

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARIANA AGNOLETTO

A TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO TOMADOR DE
SERVIÇOS

Porto Alegre
2011

MARIANA AGNOLETTO

A TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO TOMADOR DE
SERVIÇOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado como
requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Me. Francisco Rossal de Araújo

Porto Alegre
2011

MARIANA AGNOLETTO

A TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO TOMADOR DE
SERVIÇOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado como
requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul.

Aprovada pela Banca Examinadora em _____ de _____ de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Francisco Rossal de Araújo

Prof. Ricardo Antônio Lucas Camargo

Prof. Glênio Jose Wasserstein Hekman

RESUMO

Este estudo tem como objetivo perquirir acerca de um fenômeno bastante difundido na prática empresarial moderna, mas que carece de regulamentação por parte do legislador, consagrado pelo costume com o nome de terceirização, bem assim as conseqüências da sua utilização na esfera de responsabilidade trabalhista. Inicia-se a partir da análise dos elementos fundamentais da relação de emprego comum e dos conceitos de subcontratação e flexibilização, que são noções preliminares ao seu instituto. Após, expõe-se a evolução do tema na legislação e na jurisprudência, culminando com a Súmula 331 do TST, que atualmente é o instrumento que define as linhas gerais da terceirização no País. A partir da análise deste verbete, diferenciam-se as situações de terceirização lícita da ilícita, para que posteriormente sejam discriminados os diferentes efeitos jurídicos e formas de responsabilização delas decorrentes, tanto no que se refere ao setor público quanto ao privado. Finalmente, examina-se a recente alteração realizada pelo TST àquela Súmula, transformando as linhas da jurisprudência nacional no que se refere à responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto entidade tomadora de serviços.

Palavras-chave: terceirização; responsabilidade.

ABSTRACT

This study aims to inquire about a widespread phenomenon in modern business practice that lacks regulation by the legislature, settled by common with the name of outsourcing, as well as the consequences of its use in the labor sphere of responsibility. It starts from the analysis of the key elements of the employment relation and the concepts of subcontracting and flexibility, which are preliminary to that institute. After, the evolution of the issue in legislation and case law will be defined, culminating in the Digest 331 of the Labor Superior Court, which is currently the instrument that shapes the act of outsourcing in the country. From its analysis, the situations in which the outsourcing is considered legal will be differed from when it's considered illegal, so that later the different types of legal effects and responsibility that they arise can be detailed, regarding both the public and the private sector. Finally, an amendment to that Digest, recently made by the Labor Superior Court, will be analyzed, as well as its current shifting in the lines of case law regarding subsidiary responsibility of Public Administration whilst outsourcing entity.

Keywords: outsourcing; responsibility.

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

AI – Agravo de Instrumento

Art. – Artigo

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

DL – Decreto-Lei

E – Embargos

ED – Embargos de Declaração

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

j. – julgado

Min. – Ministro

OJ – Orientação Jurisprudencial

Rel. – Relator

RR – Recurso de Revista

SDI – Seção de Dissídios Individuais

SBDI – Subseção de Dissídios Individuais

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 NOÇÕES GERAIS	11
1.1. RELAÇÃO DE EMPREGO	11
1.1.1 PESSOALIDADE	12
1.1.2 ONEROSIDADE	13
1.1.3 NÃO-EVENTUALIDADE	14
1.1.4 SUBORDINAÇÃO	15
1.2 SUBCONTRATAÇÃO	16
1.3 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO	18
1.3.1 CAUSAS	18
1.3.2 FINALIDADE	19
1.4 EVOLUÇÃO NORMATIVA	14
1.4.1 DECRETO-LEI N. 200/67 E LEI 5.645/70	22
1.4.2 LEI 6.019/74	23
1.4.3 LEI 7.102/83	25
1.4.4 COOPERATIVAS DE TRABALHO	25
1.5 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	27
2 CARACTERÍSTICAS DA TERCEIRIZAÇÃO	32
2.1 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA	33
2.1.1 HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA	33
2.1.1.1 TRABALHO TEMPORÁRIO	33
2.1.1.2 SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA	34
2.1.1.3 SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA	34
2.1.1.4 SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LIGADOS À ATIVIDADE-MEIO DO TOMADOR	35
2.1.1.5 TERCEIRIZAÇÃO NOS SETORES DE TELECOMUNICAÇÕES E BANCÁRIO	36
2.1.2 HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA	39
2.2 ELEMENTOS DA TERCEIRIZAÇÃO	40
2.2.1 VÍNCULO JURÍDICO DE NATUREZA CONTRATUAL	40
2.2.2 RELAÇÃO TRILATERAL	41
2.2.3 ESPECIALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS	41
2.2.4 DIREÇÃO DO TRABALHO PELA PRESTADORA DE SERVIÇOS	42

2.2.5 BOA-FÉ ENTRE AS PARTES.....	43
3. RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO	43
3.1 RESPONSABILIDADE NO DIREITO CIVIL	44
3.1.1 CULPA IN VIGILANDO E CULPA IN ELIGENDO	46
3.1.2 RISCO	47
3.2 RESPONSABILIDADE DIRETA E TOTAL DA TOMADORA DE SERVIÇOS	47
3.3 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE TOMADOR E PRESTADOR	48
3.3.1 CONCEITO DE SOLIDARIEDADE	48
3.3.2 A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NA TERCEIRIZAÇÃO	50
3.4 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA	51
3.4.1 CONCEITO	51
3.4.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA	53
3.5 INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO TOMADOR.....	54
3.6 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO TOMADORA DE SERVIÇOS E A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST	
3.6.1 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA	56
3.6.2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA	58
3.6.2.1 A ADC 16 E O ART. 71, §1º DA LEI 8.666/93.....	59
3.6.2.2 A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331	61
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	69
ANEXO I.....	nn

INTRODUÇÃO

A terceirização é um fenômeno que vem adquirindo, nas últimas décadas, cada vez mais relevância temática, devido ao crescimento da sua utilização, tanto no setor público quanto no privado, e às suas implicações nos âmbitos jurídico, econômico e social.

Na esfera econômica, dá-se ênfase à preocupação dos empresários em diminuir os custos da mão-de-obra e, conseqüentemente, o valor final do produto disponibilizado ao mercado, a fim de assegurar a competitividade das suas empresas com outras do mesmo ramo.

No âmbito jurídico, pode-se destacar, como reflexo da sua utilização, o aumento do número de reclamações trabalhistas de trabalhadores inseridos nessa relação trilateral, seja visando à aquisição de direitos não lhe foram assegurados, seja procurando o adimplemento de obrigações trabalhistas descumpridas, tendo como causa direta, muitas vezes, o desvirtuamento daquele instituto.

A partir daí, pode-se perquirir acerca dos reflexos sociais, que compreendem a precarização do trabalho como forma de combater o desemprego, o qual muitos atribuem à rigidez da relação bilateral clássica e as necessidades da indústria moderna. Ressalta-se que, mesmo diante da crescente procura por demanda judicial, a maioria dos trabalhadores ainda abstém-se de tal meio, principalmente em razão de receio de retaliações por parte dos empregadores de sua categoria, o que incentiva as fraudes à relação de emprego e o descumprimento daquelas obrigações.

Em que pese a sua relevância atual, há um descuido muito grande do legislador no que concerne à regulamentação da terceirização. Não é por menos que o instrumento definidor de seus pressupostos ainda é, atualmente, a Súmula 331 do TST, editada em 1993.

Diante desse contexto, pretende o presente estudo examinar, à míngua de definição legal, os elementos definidores da relação de trabalho terceirizada, bem como diferenciar, a partir da análise da Súmula 331, a terceirização lícita da ilícita, discorrendo acerca da responsabilidade do tomador pelo pagamento das verbas inadimplidas pela contratada em ambas as hipóteses, tanto no que se refere ao setor público quanto ao privado.

Para tanto, no primeiro capítulo, será feita uma análise dos elementos caracterizadores da relação de emprego comum, pois a partir deles podem ser entendidos os componentes da relação terceirizada e as suas implicações quando desvirtuados. Depois, serão conceituadas a subcontratação de mão-de-obra e a flexibilização das condições de trabalho, tendo em vista que o ato de terceirizar originou-se a partir dessas noções e está intrinsecamente a elas conectado. Por último, será delineada a evolução normativa e, finalmente, jurisprudencial a respeito do tema, a fim de compreendê-lo como um todo.

No segundo capítulo, serão determinadas, primeiramente, as hipóteses lícitas e as ilícitas de terceirização, a partir da análise da Súmula 331 do TST. Em seguida, serão definidos alguns dos elementos presentes em qualquer terceirização lícita, similarmente ao anteriormente feito à relação de emprego.

Na terceira parte do trabalho, será discutida a responsabilidade do ente tomador de serviços, tanto pertencente ao setor público quanto ao privado, pelas verbas trabalhistas decorrentes do inadimplemento da empresa prestadora. Primeiro, discorrer-se-á acerca da responsabilidade civil e do alargamento da definição de culpa, até se chegar aos conceitos dos quais se vale o julgador para atribuir ao tomador de serviços a responsabilidade subsidiária constante da Súmula 331, IV, do TST, quais sejam: teoria do risco, culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Depois, serão discutidas as quatro posições doutrinárias e jurisprudenciais clássicas acerca da responsabilização do tomador, a saber: a) responsabilidade total e direta; b) responsabilidade solidária entre ele e prestador; c) responsabilidade subsidiária; d) inexistência de responsabilidade.

Por último, será analisada, separadamente, a responsabilização da tomadora enquanto entidade da Administração Pública, tendo em vista o tratamento diferenciado a ela proporcionado pelo ordenamento jurídico vigente. Nesse âmbito, será discutido o teor da ADC 16, a partir da qual se entendeu como Constitucional o art. 71, §1º, da Lei de Licitações, que dispõe acerca da não transferência ao ente

público dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais do contratado, e a consequente alteração da Súmula 331 do TST, que ampliou ainda mais a diferenciação entre entes públicos e privados em matéria de responsabilização da tomadora.

1 NOÇÕES GERAIS

Neste capítulo, serão abordadas noções gerais de conceituações essenciais à compreensão do fenômeno da terceirização. Primeiro, serão analisados os elementos da relação de emprego tradicional, a fim de entender, mais tarde, suas distinções em relação aos elementos da relação trilateral. Depois, serão definidos os conceitos de subcontratação e flexibilização. Por último, será traçado um histórico normativo e jurisprudencial a respeito do tema, culminando com as diretrizes estabelecidas pelo TST.

1.1 RELAÇÃO DE EMPREGO

Embora a relação empregatícia tenha sido, nos últimos duzentos anos, a forma predominante de prestação de trabalho, esta pode concretizar-se de diversas formas. Por exemplo, pode nascer de uma obrigação de fazer, sem subordinação ou pessoalidade, caracterizando-se o trabalho autônomo, ou de uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas esporádica, caracterizando-se o trabalho eventual.

Essas hipóteses fogem à noção jurídica de relação de emprego, de forma que não são reguladas pela legislação trabalhista. Inclusive, até a criação da Emenda Constitucional 45/04, que substituiu o antigo art. 114 da Constituição Federal, o processamento e julgamento de tais relações sequer eram de competência da Justiça do Trabalho¹.

Assim, de suma importância a caracterização dos elementos envolvidos na relação de emprego, uma vez que a partir dela é que foram criados e são desenvolvidos os institutos justralhistas.

Qualquer instituição jurídica deve ser integrada de elementos (ou fatores) diversificados, sem os quais inexistente ou torna-se incompleta sua noção². No Direito Brasileiro, não há uma definição legal para a relação de emprego. Coube à doutrina defini-los, extraíndo seus elementos fático-jurídicos determinantes das definições legais de empregado e empregador, contidas nos arts. 2º e 3º da CLT³.

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 267.

² SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 30.

³ Art 2º, CLT: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço."

Art. 3º, CLT: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não

Quatro desses elementos são aceitos pacificamente, em geral, pela doutrina. São eles: a) subordinação; b) pessoalidade; c) onerosidade; d) não-eventualidade.

No entanto, há autores que acreditam haver mais requisitos, além desses quatro, que possam caracterizar a relação. Exemplificamente, Mauricio Godinho Delgado aponta a necessidade de a prestação do trabalho ser realizada por pessoa física a um tomador qualquer, diversificando-a do requisito pessoalidade⁴. Carmen Camino, por sua vez, assinala a necessidade de que haja, por parte do empregador, uma aptidão para empreender a atividade econômica, assumindo os riscos dela decorrentes. Essa ponderação deve ser realizada quando há dúvida quanto à figura do empregador, uma vez que, muitas vezes, embora haja preenchimento dos outros requisitos definidores da relação de emprego (subordinação, pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade), se formos apurar as condições em que essa relação se estabelece, veremos que o suposto empregador pode ser tão hipossuficiente quanto o empregado.⁵

Feitas essas considerações, passaremos a definir cada um dos elementos caracterizadores da relação de emprego, em relação aos quais a doutrina é homogênea.

1.1.1 PESSOALIDADE

Para a configuração da relação de emprego, é mandatório que o trabalho seja prestado por pessoa física em caráter de infungibilidade. A prestação de trabalho é personalíssima na medida em que o contrato de trabalho tem por objeto, tão-somente, a força de trabalho do empregado, o ato de trabalhar. Está desvinculada de um resultado específico desse trabalho, passível de ser executado por qualquer trabalhador. Por esse prisma, há a subjetivização do objeto do contrato⁶. Essa característica faz com que o contrato seja *intuitu personae* em relação ao trabalhador, o qual não poderá ser substituído por outros no seu decurso⁷.

eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 269-272.

⁵ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 187.

⁶ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 194

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 271/272

Ressalte-se que, nas situações específicas em que a substituição de trabalhador é admitida, tais como férias, licença-gestante, etc., há a vinculação do trabalhador substituto à empresa por meio de uma relação jurídica nova (novo contrato de trabalho), e não no âmbito do contrato preexistente do substituído, o qual é interrompido ou suspenso. Não há, portanto, descaracterização da personalidade nesses casos⁸.

A qualidade *intuitu personae* dos contratos de trabalho estende-se, atualmente, em regra, somente aos trabalhadores. Isso porque, em geral, as qualidades pessoais dos empregadores são irrelevantes aos empregados, importando apenas a sua vinculação à atividade econômica da empresa. Esse é o entendimento consubstanciado nos arts. 10 e 448 da CLT, que tratam da sucessão de empregadores:

Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

[...]

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Essas normas são, ademais, meios de concretização do princípio da continuidade da relação de emprego.

Uma exceção a essa irrelevância quanto à personalidade do empregador ocorre quando este está constituído em empresa individual. Nesse caso, o consentimento do empregado para a formação do contrato pode levar em conta algumas características pessoais do empregador, tanto que, com a sua morte, é facultado ao trabalhador rescindir o contrato, conforme disposto no § 2º do art. 483 da CLT⁹.

1.1.2 ONEROSIDADE

Na relação de emprego, à força de trabalho colocada à disposição do empregador pelo empregado deve corresponder uma contraprestação pecuniária em favor deste, que consiste em salário. O contrato de trabalho é oneroso,

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 272

⁹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 35-41.

sinalagmático e bilateral, por envolver obrigações recíprocas e mensuráveis¹⁰. Dessas obrigações, as principais são a prestação do trabalho, por parte do empregado, e o pagamento de salário, por parte do empregador.

A ausência de salário, contudo, não descaracteriza a relação de emprego, mas determina a inadimplência, por parte do empregador, da obrigação principal decorrente do contrato¹¹. Nesse sentido, há dispositivos na CLT que prevêm o suprimento da falta de estipulação do salário, como a garantia de salário nunca inferior ao mínimo ou o direito ao recebimento de salário igual ao de empregado que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou for habitualmente pago por serviço semelhante¹².

Deve-se destacar, no entanto, que, nos casos em que a natureza do trabalho é efetivamente voluntária, prestado em favor de causa benevolente, não há formação de vínculo empregatício.

1.1.3 NÃO-EVENTUALIDADE

O art. 3º da CLT define o empregado como aquele que presta serviços de natureza não-eventual. Implica, assim, a utilização da força de trabalho, como fator de produção continuada, para a execução das atividades normais da empresa¹³, ou seja, daquelas vinculadas ao objeto da sua atividade econômica. É irrelevante, de forma imediata, o resultado do trabalho.

O conceito de não-eventualidade é bastante controverso, apresentando dissensões na jurisprudência, na doutrina e até mesmo em textos legais¹⁴. Aqui, trataremos da não-eventualidade sob o prisma da teoria dos fins do empreendimento. Segundo essa posição teórica, é eventual o trabalhador contratado para exercer atividade não compreendida nas atividades normais da empresa, como é o caso de um técnico chamado momentaneamente para consertar o elevador de um prédio comercial¹⁵.

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 277

¹¹ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 196.

¹² Art. 460: Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.

¹³ SÜSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2005. 1 v. p. 311.

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 273

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2006. p. 205.

Carmen Camino define os serviços não-eventuais como aqueles rotineiros da empresa e, por isso, necessários e permanentes ao seu funcionamento, estando ligados à sua razão social. O lapso temporal em que prestados não os define. Os eventuais, por sua vez, são aqueles apenas circunstancialmente necessários, ou seja, relacionados à obtenção de determinado resultado, e não ao ato de trabalhar.¹⁶

Segundo essa definição, mesmo que uma atividade seja prestada de forma descontinuada, ou seja, intermitente, poderá ser não-eventual, desde que necessária ao desenvolvimento das atividades normais da empresa. É o caso, por exemplo, de um professor que é contratado para ministrar aulas em uma escola de duas a três vezes por semana¹⁷.

1.1.4 SUBORDINAÇÃO

A subordinação do empregado ao empregador é o elemento de maior distinção dos contratos trabalhistas aos afins. Provém da dependência a que se refere o art. 3º da CLT, ao definir o conceito de empregado. Ainda que não haja discussão quanto à necessidade dessa dependência para a configuração do vínculo empregatício, várias correntes doutrinárias divergem quanto à sua natureza¹⁸. As principais são quatro, que entendem ser a dependência do empregado ao empregador de origem: a) social; b) técnica; c) econômica; d) hierárquica ou subordinação jurídica.

Os critérios de dependência técnica¹⁹ e social²⁰ já se encontram ultrapassados em razão da evolução das relações de trabalho²¹.

Entende-se por dependência econômica a subordinação do trabalhador ao empregador em razão de obter, da remuneração paga por este, a principal (ou

¹⁶ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 188.

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2006. p. 243

¹⁸ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 61-62

¹⁹ A dependência técnica do empregado ao empregador parte da idéia de que possui este os meios materiais necessários para suportar tanto a prestação de serviços por parte daquele quanto o seu aprendizado. Era bastante sustentada no início do século passado, quando as relações de trabalho centravam-se no setor industrial. Cf CAMINO, p. 190.

²⁰ Foi criado por René Savatier, o qual procurou fundir os critérios de dependência econômica e de subordinação jurídica, ao dizer que uma pessoa é "socialmente dependente sempre que necessitar para sua subsistência do trabalho que lhe proporciona o empregador, dos instrumentos que lhe oferece, não trabalhando a seu risco próprio, ou porque obedece às ordens deste possível empregador, do qual juridicamente é um preposto Cf SANTOS, p. 63.

²¹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 62-63.

única) fonte de sustento²². Esse critério, porém, não mais vinga, na medida em que muitos são os casos concretos em que o empregado não depende financeiramente da contraprestação oferecida pelo empregador. Um exemplo simples seria de um empregado que mantém dois (ou mais) contratos de trabalho com estabelecimentos distintos, e a extinção de um deles não abalaria significativamente a sua renda.

Além disso, é perfeitamente possível que alguém dependa de outra pessoa sem que com ela tenha estabelecido uma relação de emprego. Não se pode cogitar, assim, que a dependência econômica seja um critério válido de determinação da existência do vínculo empregatício.

O critério da dependência hierárquica ou subordinação jurídica é o mais aceito pela doutrina e pela jurisprudência atualmente. Consiste, conforme definição de Rodrigo Coimbra Santos, na “co-respectividade existente entre o poder de direção e de comando do empregador, que pode dar ordens visando a alcançar os fins da sua atividade empresarial e o correspondente dever do empregado de obedecer às ordens do empregador”²³. A subordinação é jurídica porque decorre de texto legal: o art. 2º da CLT, ao definir a figura do empregador, refere que ele “dirige a prestação pessoal de serviço”, enquanto que o art. 3º define a figura do empregado como dependente do empregador, ao prestar serviços “sob a dependência deste”.

1.2 SUBCONTRATAÇÃO

O Subcontrato deriva de um contrato-base ou contrato principal. Nele, participa uma das partes do contrato-base, tendo em vista a sua posição originária neste. Como consequência, o direito contido no contrato derivado não pode exceder ao direito contido no contrato-base e, no caso de extinção deste, extingue-se o derivado também, por impossibilidade material de sua continuação²⁴.

Sob essa perspectiva, terceirizar é, na definição de Amauri Mascaro Nascimento, “transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam, pela

²² SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 61-64.

²³ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 66.

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2004. 2 v. p. 441.

subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato-derivado”²⁵. Segundo o autor, o núcleo conceitual da terceirização está em transferir uma obrigação, do âmbito interno para o externo da empresa contratante-originária²⁶. Ela pode ser concretizada por uma variedade de contratos previstos na legislação civil, ou por esta autorizados, no exercício da liberdade negocial assegurada pelo parágrafo único do art. 170 da CF²⁷.

A empreitada e a subempreitada constituem-se como as únicas modalidades de subcontratação previstas na CLT (art. 455), também podendo ser consideradas como as primeiras manifestações da terceirização de serviços²⁸.

A empreitada pode ser entendida como o contrato em que uma das partes, o empreiteiro, se obriga a executar uma obra ou serviço, claramente identificado, à outra parte, o dono da obra, sem subordinação, mediante o pagamento de remuneração global ou proporcional ao serviço feito²⁹. A subempreitada dá-se quando o empreiteiro contrata terceiro para executar parte ou a totalidade da obra de que se encarregara. São modalidades de subcontratação muito utilizadas na construção civil, em que a empresa construtora delega parte de suas atividades, mediante contrato de subempreitada, a empresas especializadas em serviços de pastilhas, alvenarias, hidráulica, pintura, azulejos, etc.

Para Sérgio Pinto Martins³⁰, as ideias de subcontratação e terceirização se diferem na medida em que esta pressupõe a idéia de parceria e complementaridade entre empresas em longo prazo, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, enquanto a aquela está geralmente ligada à idéia de delegação de serviço de maneira temporária, atendendo a situações excepcionais e transitórias.

Ambas as ideias diferenciam-se da intermediação de mão-de-obra, entendida como a simples comercialização da força de trabalho, geralmente por empresa financeiramente inidônea, em que é claro o objetivo de mascarar a relação de

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 595.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 595.

²⁷ Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁸ PINTO, Maria Cecília Alves. **Terceirização de Serviços**: responsabilidade do tomador. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Maria_Pinto.pdf> Acesso em: 9 out. 2011. p. 98.

²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 85

³⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 85.

emprego entre a tomadora e o trabalhador. É a figura tradicionalmente conhecida como *marchandage*.

Não obstante, muitas empresas costumam utilizar-se dessa “roupagem”, representada pela terceirização ou subcontratação para, verdadeiramente, praticar a mera intermediação de mão-de-obra, furtando-se do dever de conceder aos seus empregados todos os direitos decorrentes da relação de emprego.

1.3 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

A palavra flexibilização é um neologismo. Origina-se do espanhol *flexibilización*. É o ato ou o efeito de tornar flexível, de flexibilizar³¹.

Trata-se, antes de tudo, de uma reação à rigidez das normas trabalhistas, as quais, diante das mudanças socioeconômicas, dissociaram-se da realidade, tornando-se insuficientes à regulação das questões trabalhistas³².

Na definição de Sérgio Pinto Martins, flexibilização “é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho”³³.

Essa compatibilização pode, em determinados casos, implicar a atenuação ao princípio da proteção à relação de emprego.

1.3.1 CAUSAS

Atualmente, presencia-se um momento de profunda transição em razão da nova revolução tecnológica, em uma época denominada pós-industrial. A informática, a telemática e a robotização³⁴ repercutem nos mecanismos de produção das empresas.

Esse quadro inicia-se a partir do fim da Guerra Fria, quando houve o início da expansão da economia mundial e o aumento a concorrência entre países³⁵.

³¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 22.

³² MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23.

³³ MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.

³⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2005. 1 v. p. 204.

³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2005. 1 v. p. 204.

Enquanto os países mais desenvolvidos, detentores do conhecimento tecnológico, implantavam sistemas modernos de produção, fabricando itens de alto valor agregado, os países periféricos limitavam-se à produção de mercadorias de baixo valor. Em razão disso, seus parques produtivos se desestruturaram. A fim de atrair multinacionais, as quais levavam consigo capital e emprego, esses países realizaram ajustes institucionais, reduzindo as barreiras internacionais, de forma a abrir-se comercialmente à dura concorrência externa³⁶.

Nos anos 90, no Brasil, houve um grande impulso de desregulação, com enxugamento e desverticalização de estruturas organizacionais³⁷. Em razão dessas mudanças, expandiram-se várias formas típicas de trabalho que não a relação de emprego comum, como o trabalho em tempo parcial, o teletrabalho, o trabalho *on call*, etc, e formas atípicas, como a terceirização, todas visando à diminuição dos custos decorrentes dos encargos sociais das empresas, a fim de aumentar a produtividade.

1.3.2 FINALIDADE

A flexibilização das normas trabalhistas visa a assegurar um conjunto mínimo de direitos ao trabalhador, ao mesmo tempo em que garantir a sobrevivência da empresa, por meio da alteração de comandos legais. Diante dessa maleabilidade, o sindicato passa a exercer um papel fundamental, na medida em que protagoniza a mediação entre trabalhadores e empregadores em acordos e convenções coletivas, procurando garantir aos trabalhadores a manutenção de seus postos de trabalho e, concomitantemente, o funcionamento saudável das empresas, em meio às mudanças sócio-econômicas. É um procedimento de adequação das regras vigentes às necessidades e conveniências de empregados e empregadores.³⁸

Sobre o tema, explica Arnaldo Süssekind:

³⁶ BIAVASCHI, Magda Barros. **A terceirização e a justiça do trabalho**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_74/rev_74_4/biavaschimagdab arros.pdf> Acesso em: 09 set. 2011.

³⁷ BIAVASCHI, Magda Barros. **A terceirização e a justiça do trabalho**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_74/rev_74_4/biavaschimagdab arros.pdf> Acesso em: 09 set. 2011.

³⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 26-27.

Com a flexibilização, os sistemas legais prevêem fórmulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, seja pelos instrumentos da negociação coletiva, ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários. Por conseguinte: a) amplia o espaço para a complementação ou suplementação do ordenamento legal; b) permite a adaptação de normas cogentes a peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais; c) admite derrogações de condições anteriormente ajustadas, para adaptá-las a situações conjunturais, métodos de trabalho ou implementação de nova tecnologia³⁹.

Atualmente, exemplos comuns de flexibilização são: o trabalho em tempo parcial, o estágio, o trabalho temporário, o contrato de trabalho por prazo determinado, o contrato de safra, o trabalho avulso, a flexibilização da jornada de trabalho (*flexitime*), que ocorre quando o funcionário estabelece seu horário, obedecendo ao número mínimo de horas a serem trabalhadas em um determinado espaço de tempo⁴⁰, entre outros.

A Constituição de 1988, adotou, em limitadas hipóteses, a flexibilização de suas normas. Por exemplo, a possibilidade de redução do salário por meio de convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI); a faculdade de compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7º, XIII) e a modificação da jornada de trabalho de 6 (seis) horas em turnos ininterruptos de revezamento, mediante negociação coletiva (art. 7º, XIV). Há, também, previsão constitucional da obrigatoriedade do reconhecimento de acordos e convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI).⁴¹

Essa maleabilidade ao direito dos trabalhadores oferecida pela Constituição, a ser realizada por meio de acordos e convenções coletivas, obriga a atuação sindical, tendo em vista a previsão do art. 8, VI, da CF⁴². Por meio dessas negociações, podem ser modificar as condições de trabalho dos trabalhadores de determinada categoria tanto para melhor (*in melius*) quanto para pior (*in peius*). A redução da jornada de trabalho, por exemplo, seria uma modificação *in melius*, enquanto a redução dos salários, *in peius*.⁴³

Importante ressaltar, ainda, que a flexibilização do Direito do Trabalho não

³⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2005. 1 v. p. 206.

⁴⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 25-26.

⁴¹ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 27

⁴² Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

⁴³ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 27-29

se confunde com desregulamentação. Esta retira a proteção do trabalhador dada pelo Estado, permitindo que as relações de trabalho sejam reguladas pela autonomia privada, assim como as obrigações e direitos delas decorrentes. A flexibilização, por outro lado, pressupõe a intervenção estatal, por meio de normas gerais que estabelecem o núcleo mínimo e inviolável de direito do trabalhador, a partir do qual se cogita o labor com dignidade.⁴⁴

Assim, flexibilizar significa diminuir a rigidez da legislação com intuito adaptar as necessidades das empresas e dos trabalhadores às mudanças sociais e econômicas.

A terceirização, é, sobretudo, uma forma de flexibilização do Direito do Trabalho. Ela surgiu a partir da necessidade de as empresas compatibilizarem eficácia econômica com inovações tecnológicas e novas formas de gestão de mão-de-obra⁴⁵. Apesar de muitas vezes necessária à sustentabilidade das empresas, ela é vista negativamente pelas entidades sindicais, em razão dos inúmeros prejuízos causados aos seus interesses. Sobre o tema, diz Sérgio Pinto Martins:

Os sindicatos, porém, não simpatizam com a terceirização, pois há perda de postos de trabalho, inibição do sindicalismo, com a desagregação dos filiados da categoria, o que pode afetar as bases sindicais, reduzindo a dimensão da categoria e a representatividade do sindicato. O sindicato tem perda de receitas, tanto em relação à mensalidade dos associados, que deixam de sê-lo, como à menor cobrança de contribuição confederativa, sindical e assistencial.⁴⁶

1.4 EVOLUÇÃO NORMATIVA

O fenômeno da terceirização, no Brasil, iniciou-se a partir da evolução tecnológica e organizacional, ocorrida com grande intensidade a partir da década de 80. Em que pese a sua crescente utilização no âmbito da atividade empresarial, não recebeu a devida atenção pelo legislador pátrio, tendo se desenvolvido informalmente além dos limites fixados pelo Direito do Trabalho brasileiro⁴⁷.

A Consolidação das Leis do Trabalho apenas faz referência, em seu art. 455, a duas espécies delimitadas de subcontratação de mão-de-obra: empreitada e

⁴⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2005. 1 v. p. 206-207.

⁴⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28

⁴⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 411

subempreitada. Isso porque na época da criação desse diploma legal (década de 40), tal fenômeno não havia ainda despontado no Brasil. Nem mesmo nas décadas que o sucederam, marcadas pela acentuação da industrialização e internacionalização da economia, abalou-se o sistema bilateral clássico da relação de emprego⁴⁸.

Entre as décadas de 60 e 70 é feita, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, menção legal ao fenômeno da terceirização (embora na época não recebesse essa denominação), no Decreto-Lei n. 200/67 (art. 10) e na Lei 5.645/70. Destaca-se, no entanto, que as disposições deles constantes apenas vinculavam administração pública direta e indireta, estimulando a descentralização administrativa, mediante contratação de trabalhadores assalariados por empresas interpostas para realizar serviços de apoio, instrumentais, de execução⁴⁹.

No âmbito privado, as leis 6.019/74 e 7.102/83 foram as primeiras a tratar do tema, ao permitir e regular, respectivamente, o trabalho temporário e a terceirização (permanente) do trabalho de vigilância bancária. Não obstante, a terceirização passou a ser incorporada costumeiramente em diversas outras atividades além daquelas autorizadas pelo legislador até o momento. Exemplificamente, o trabalho de conservação e limpeza⁵⁰.

Diante da crescente utilização da terceirização no âmbito das relações de trabalho, nos anos 80 e 90, e das divergentes orientações jurisprudenciais dela decorrentes, lançou o TST duas súmulas de uniformização de jurisprudência: a nº 256, em 1986, e a 331, em 1993, que revisou a anterior.

1.4.1 DECRETO-LEI N. 200/67 E LEI 5.645/70

O DL 200/67 dispõe, em seu art. 10, que “a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”. O §7º do mesmo artigo completa esse preceito, ao referir que:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 408.

⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 408-411.

⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 408-409.

tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Como se vê, a referida norma estimula a terceirização no âmbito da atividade estatal, ao autorizar a descentralização de tarefas meramente executivas à iniciativa privada, mediante contrato. A dúvida, no entanto, remanesce quanto a quais atividades poderiam ser classificadas como executivas, a ponto de autorizar a sua terceirização⁵¹.

A Lei 5.645/70, em seu art. 3º, parágrafo único, trouxe um rol exemplificativo das atividades que poderiam ser objeto de execução indireta por parte da administração pública:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Conjugando o disposto em ambas as leis, percebe-se que as atividades de transporte, conservação, limpeza, custódia, operação de elevadores, e outras assemelhadas, por serem consideradas atividades meramente instrumentais, ou seja, atividades-meio, poderiam ser objeto de terceirização. Inexiste, até então, permissão à terceirização de atividades-fim dos entes tomadores de serviço⁵².

1.4.2 LEI 6.019/74

No âmbito privado, a regulação inicial acerca do fenômeno terceirização deu-se com o advento da Lei 6.019/74, que trata do trabalho temporário⁵³.

Esse diploma foi criado em um contexto em que os elevados custos das reparações provenientes da rescisão dos contratos por prazo indeterminado (antes do advento do FGTS) e a limitação à utilização indiscriminada de contrato a termo (por meio do DL 229/67, que o autorizou apenas em determinadas hipóteses) deram razão à criação de inúmeras empresas fornecedoras de mão-de-obra para atividade

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 408-411.

⁵² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 411-412.

⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 412-413.

permanente ou provisória, via contrato de locação de serviços ou empreitada⁵⁴. Há notícia, inclusive, que em São Paulo, no ano de 1973, existiam 10 mil empresas que adotavam esse sistema.⁵⁵

Na sua origem, parecia a Lei do Trabalho Temporário ter a pretensão de consolidar outro vínculo trabalhista que não aquele constante nos arts. 2º e 3º da CLT (empregatício), ao sufragar a terceirização e, ao mesmo tempo, assegurar menos direitos para a respectiva categoria do que aqueles garantidos aos empregados submetidos a contrato a termo. Ao longo do tempo, no entanto, tratou a jurisprudência de suplantiar esse entendimento. Atualmente, predomina idéia de que o contrato temporário é contrato de emprego a termo, regido por lei especial⁵⁶.

Ressalta-se, no entanto, que não devem ser confundidas as figuras do trabalhador temporário e aquele admitido a prazo. Quanto à diferença, explica Mauricio Godinho Delgado:

O trabalhador temporário não se confunde com a figura do trabalhador admitido a prazo, por curto período, pela própria empresa tomadora de serviços (por contrato de temporada, por exemplo). Esse último é empregado clássico, firmando relação de emprego com o tomador real de seu trabalho, regendo-se integralmente pela CLT e não pela Lei n. 6.019/74. As regras de seu contrato a termo estão insculpidas nos arts. 443 e 445 da CLT, por exemplo, ao passo que o temporário tem sua relação de emprego firmada com a empresa de trabalho temporário e não com o tomador real de seus serviços, submetendo-se, ademais, à regência normativa da Lei n. 6.019⁵⁷.

A Lei 6.019 define o conceito de trabalhado temporário, em seu art. 2º: “[...] é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços”. Esse trabalhador deve estar vinculado juridicamente a uma empresa de trabalho temporário, com quem mantém vínculo empregatício. O art. 4º, da mesma lei, define essa empresa como “a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e

⁵⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2006. p. 419.

⁵⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2006. p. 419. *Apud* ALMEIDA, Ísis de. **O Regime de Trabalho Temporário**.

⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 425-426.

⁵⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 426.

assistidos”.

A nova relação de trabalho estabelecida por esse diploma distingue-se da noção clássica de relação de emprego, na medida em que nela interagem três partes, e não mais só duas, formando uma relação trilateral. Compõe-se por três agentes: a) empresa de trabalho temporário ou empresa terceirizante; b) trabalhador temporário; c) empresa tomadora dos serviços ou empresa cliente⁵⁸.

O vínculo empregatício do trabalhador temporário se estabelece entre ele e a empresa de trabalho temporário, embora ele, efetivamente, preste serviços à tomadora. Tal regra estende-se às outras hipóteses de terceirização, em que aquele vínculo forma-se entre o trabalhador e a empresa terceirizada.

1.4.3 LEI 7.102/83

Com o advento da Lei 7.102/83, foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro hipótese de terceirização de atividade privada em caráter permanente. Seus efeitos, no entanto, foram bastante limitados, na medida em que, no começo, autorizava apenas a terceirização de profissionais da categoria dos vigilantes no que se refere ao segmento bancário da economia⁵⁹.

A Lei 8.863/94 modificou a redação de vários dos artigos daquela lei, ampliando seu âmbito de regulação e o conceito de vigilante. Este, para os efeitos da Lei 7.102/83, passou a ser definido não só como aquele contratado “por estabelecimentos financeiros ou por empresa especializada em prestação de serviço de vigilância ou de transporte de valores, para impedir ou inibir ação criminosa” (antigo art. 15), mas para a vigilância patrimonial de qualquer estabelecimento, público ou privado, para a segurança de pessoas físicas e, por fim, para realizar o transporte de qualquer tipo de carga, ou garanti-lo. Possibilitou-se, assim, a terceirização de vigilantes que exercessem qualquer uma dessas atividades.

1.4.4 COOPERATIVAS DE TRABALHO

A Lei 8.949/94 adicionou o parágrafo único ao art. 442 da CLT, que assim estabelece: “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não

⁵⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 427.

⁵⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 412

existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

A novidade trazida por esse diploma diz respeito à última parte (não formação de vínculo empregatício entre associados e tomadores de serviço), vez que a Lei das Cooperativas (5.764/71) já previa, em seu art. 90, a inexistência de vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, utilizando-se praticamente dos mesmos termos: “qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”⁶⁰.

O trabalho em regime cooperado é bastante antigo. O legislador, já em 1932, definia as cooperativas de trabalho como

[...] aquelas que, constituídas entre os operários de uma determinada profissão ou ofício, ou de ofícios vários de uma mesma classe, têm como finalidade primordial melhorar os salários e as condições de trabalho pessoal de seus associados e, dispensando a intervenção do patrão ou empresário, se propõem a contratar, executar obras, tarefas, trabalhos ou serviços, públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns (Decreto 22.239, de 19 de dezembro de 1932).

Depreende-se desse conceito que a sua finalidade é elidir a figura do intermediário, evitando a apropriação da mais-valia por parte deste. O trabalho subordinado e por conta alheia dá lugar ao trabalho autônomo e por conta própria. Juntando-se com outros trabalhadores, obtém o cooperativado os meios necessários (técnicos, materiais e econômicos) para suportar a atividade produtiva, que sozinho não seria capaz⁶¹.

No entanto, muitas vezes, a figura da cooperativa é utilizada para fraudar a relação de emprego convencional, de forma a diminuir o custo da mão-de-obra. Ocorre quando há intermediação de mão-de-obra por meio da cooperativa, possuindo o tomador de serviços os meios necessários à atividade produtiva. Acaba este, também, disciplinando e dirigindo a força de trabalho. Nesses casos, obviamente, não prevalece a exceção imposta pelo parágrafo único do art. 442 da CLT, devendo ser reconhecido o vínculo empregatício entre trabalhador cooperativado e o contratante dos serviços da cooperativa.

Ademais, é possível terceirizar serviços a cooperativas de trabalho, desde

⁶⁰ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 241-242.

⁶¹ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 242-243.

que: a) a delegação seja de atividades-meio da tomadora de serviços; b) não haja interferência desta na execução dos serviços; c) não haja subordinação e pessoalidade diretas dos trabalhadores cooperativados em relação à tomadora⁶².

Quanto à responsabilidade em razão do desvirtuamento do instituto, dispõe Carmen Camino a impossibilidade de

[...] cogitar de responsabilidade solidária da cooperativa, enquanto organização associativa de trabalhadores, regularmente constituída. Tal implicaria responsabilizar, em *ultima ratio*, os próprios trabalhadores cooperativados. Caberá, assim, cogitar de responsabilização solidária, com fundamento no art. 942 do Código Civil, de eventuais arrematadores de mão-de-obra, travestidos de dirigentes, assessores, assistentes sociais de pseudo-cooperativas ou que, fazendo uso de cooperativas irregulares, obtêm resultado econômico da intermediação em proveito próprio⁶³.

Não obstante esse entendimento, muitas são as decisões de tribunais do trabalho que reconhecem o vínculo empregatício entre cooperativa e trabalhador.

1.5 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em face da inexistência de legislação específica sobre a terceirização e da intensa atividade interpretativa da jurisprudência, o TST editou, em 1986, a Súmula 256, que buscou limitar a contratação de trabalhadores por empresa interposta, nos seguintes termos:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 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 dos serviços.

O verbete, como se vê, preocupando-se, sobretudo, em proibir a locação da mão-de-obra ou *marchandage*, noção a partir da qual se considera o trabalhador uma mercadoria⁶⁴, pareceu limitar as hipóteses de terceirização lícita às exceções contidas nas Leis 6.019/74 e 7.102/83, que autorizam, respectivamente, a terceirização no trabalho temporário e de profissionais vigilantes do segmento bancário da economia (o que posteriormente foi modificado pela Lei 8.863/94,

⁶² CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 244-246.

⁶³ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 245.

⁶⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 115.

autorizando-se, também, a terceirização de vigilantes encarregados da vigilância patrimonial de qualquer estabelecimento, público ou privado, para a segurança de pessoas físicas e, por fim, para realizar o transporte de qualquer tipo de carga, ou garanti-lo).

Sérgio Pinto Martins⁶⁵ sustenta que, apesar da redação, a correta interpretação a ser dada à referida Súmula deveria ser exemplificativa, e não taxativa, uma vez que, conforme o art. 5º, II, da CF “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e, ausente previsão legal que proíba o trabalho de empresas prestadoras de serviços, a atividade deveria ser considerada lícita, não havendo falar da aplicação do referido verbete em todas as situações, pois seria o mesmo que aplicar de forma generalizada a presunção de fraude. Além disso, nenhum dos textos aprovados nas três sessões plenárias em que aprovada a Súmula aventavam sobre a proibição de uma empresa contratar empresa prestadora de serviços.

Argumenta que o propósito da jurisprudência seria, tão-somente, coibir a utilização de empresas interpostas como subterfúgio à aplicação dos preceitos de lei, e não a atividade de prestação de serviços como um todo, conforme sugeriria a leitura literal do Enunciado 256.

Diante desse quadro, as críticas contra a Súmula 256 se multiplicaram. Outro argumento em seu desfavor seria que ela não contemplava em seu texto as exceções previstas no Decreto-lei 200/67, art. 10, *caput* e §7º, e na Lei 5.645/70, art. 3º, que autorizavam a Administração Pública a delegar atividades meramente executivas a terceiros.

Ademais, sua previsão de formação de vínculo empregatício com a empresa tomadora, nos casos em que esta fazia parte da Administração Pública, passou a ser incompatível com a nova ordem Constitucional, tendo em vista que o texto da CF/88 explicita, em seu art. 37, II, a necessidade de aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, implicando a nulidade do ato realizado sem a observância desse requisito (§2º)⁶⁶.

Em 1993, a Procuradoria-Geral do Trabalho, motivada por inquéritos civis e, ao final, ações civis públicas ajuizadas contra as instituições do Banco do Brasil e da

⁶⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 120-122.

⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 415.

Caixa Econômica Federal, as quais, pautando-se pelo disposto na Lei 5.645/70, contratavam prestadores de serviços para realizarem atividades de apoio, sem realizar concurso público, encaminhou expediente ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (sob o nº 31.696/93.4), pedindo pela revisão parcial da Súmula 256, para remover sua eficácia em relação a empresas públicas, sociedades de economia mista e órgãos da administração direta, indireta e fundacional, autorizando-se, ademais, a terceirização de serviços de limpeza⁶⁷.

Em face desses motivos, procedeu-se, em 1994, à revisão do referido enunciado (o qual foi definitivamente revogado pela Resolução 121/2003), por intermédio da edição da Súmula 331 do TST, com a seguinte redação:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, através empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Em 2000, houve a alteração do inciso IV, nele passando a constar que a responsabilidade subsidiária, decorrente do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, também abrange os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

A Súmula 311, por meio de seus quatro incisos, esclareceu algumas questões em razão das quais foi a Súmula 256 duramente criticada. A saber, permitiu expressamente a terceirização de serviços de conservação e limpeza e de outros serviços ligados à atividade-meio do tomador (inc. III) o que anteriormente era vedado, de acordo com interpretação literal do Enunciado 256; coadunou-se com a

⁶⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 127-128.

previsão constitucional de obrigatoriedade de concurso público para a contratação de servidores *lato sensu* (art. 37, inc. II e §2º), ao dispor, em seu segundo inciso, que a admissão irregular de trabalhador, por empresa interposta, não gera vínculo de emprego os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional; e explicitou a natureza e extensão da responsabilidade do tomador em caso de inadimplemento por parte do empregador⁶⁸.

Ademais, introduziu, em seu inc. III, a noção de atividade-meio, cujo significado, em dicotomia com a atividade-fim, é objeto de bastante discussão na doutrina e na jurisprudência.

Pautando-se pelo inc. IV da Súmula, os órgãos da Justiça do Trabalho passaram a impor indiscriminadamente ao tomador de serviços, tanto do setor privado quanto do setor público, a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das verbas trabalhistas da contratada, baseando-se na culpa presumida ou na responsabilidade objetiva. Na prática, o simples inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da prestadora já ensejava a condenação dos entes tomadores ao seu pagamento, de forma subsidiária, desde que parte passiva da lide.

Ocorre que a Lei 8.666/93, a qual estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras e serviços (incluídos os contratos de terceirização de serviços), no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º), prevê, em seu art. 71, §1º, que a inadimplência do contratado quanto às verbas trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere ao Poder Público a responsabilidade por seu pagamento. Percebe-se, assim, que havia evidente conflito entre a atitude adotada pelos tribunais em razão do referido verbete e essa disposição legal.

Diante disso, em 2007, o Governador do Distrito Federal ajuizou Ação Direta de Constitucionalidade do art. 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93 (ADC 16-DF), alegando que a Súmula 331, inc. IV do TST negava vigência ao dispositivo em comento⁶⁹. Em 24 de novembro de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a sua constitucionalidade.

Na oportunidade, o presidente do Supremo destacou que essa declaração não impediria o TST de reconhecer a responsabilidade da Administração Pública

⁶⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 415-416.

⁶⁹ Sumula 331-inconst...

com base em fatos concretos, os quais variam de caso a caso⁷⁰. A preocupação dos ministros do STF seria com a generalização promovida pelo entendimento consubstanciado no item IV daquela Súmula, de que a responsabilidade subsidiária da Administração ao pagamento de verbas derivadas do contrato de trabalho decorreria de toda e qualquer inadimplência por parte do contratado, colocando-a numa posição de seguradora universal. Assim, pelo entendimento do Supremo, deveria o TST proceder à investigação casual, a fim de constatar se a inadimplência teve como causa falha ou omissão do poder público quanto à fiscalização do cumprimento do contrato e, somente se verificado nexos de causalidade, condenar a Administração Pública ao pagamento daquelas verbas.

Tendo em vista o pronunciamento do Supremo, os ministros do pleno do TST editaram novamente a Súmula, alterando o item IV e adicionando os incisos V e VI, assim dispondo:

[...]

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial

V- Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Como se vê, a nova redação do item IV equivale-se à original, qual seja, àquela anterior à alteração promovida em 2000, que incluiu a previsão expressa de que a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador estendia-se, “inclusive, aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”.

O inciso V faz a ressalva da responsabilização subsidiária da Administração

⁷⁰<http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12332&p_cod_area_noticia=ASCS>

Pública somente quando evidenciada conduta culposa quando do cumprimento das obrigações exigidas pela Lei de Licitações, coadunando-se, assim, com o §1º do art. 71 desta Lei, que estabelece que a simples inadimplência do contratado não transfere àquela a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

O último item faz referência a uma questão que já tinha entendimento pacífico na jurisprudência, porém não se encontrava expressamente sumulada. Diz que a condenação subsidiária do tomador abrange todas as parcelas devidas pelo devedor durante o período da prestação laboral. Nesse sentido, os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. SÚMULA331/TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS . A Súmula 331/TST, que estabelece a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, não excepciona nenhuma verba, alcançando, portanto, toda e qualquer inadimplência resultante do contrato de trabalho, na qual se inserem os honorários assistenciais. Recurso de embargos não conhecido. (TST-E-RR-376/2006-001-10-00.0, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ 03.10.2008).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A condenação subsidiária do tomador dos serviços abrange todas as parcelas devidas pelo devedor principal, incluindo-se as verbas rescisórias. Referida condenação decorre da culpa *in eligendo* e *in vigilando* (Súmula n.º 331, IV, do TST) e implica a assunção de responsabilidade pela totalidade dos créditos devidos ao reclamante, não havendo razão para se cogitar da limitação da responsabilidade quanto às verbas rescisórias. Embargos não conhecidos. (TST-E-ED-RR-715.443/2000.3, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 30.3.2007).

Tanto a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto a solidária entre tomador e prestador, decorrente da ilicitude da terceirização, serão objeto de estudo mais detalhado no capítulo III.

2 CARACTERÍSTICAS DA TERCEIRIZAÇÃO

Neste capítulo, serão distinguidas, primeiramente, as hipóteses de terceirização lícita e ilícita, a partir do estudo da Súmula 331 do TST. Em seguida, serão elencados alguns dos elementos constantes da relação terceirizada de

trabalho, sobre os quais a doutrina não é uníssona⁷¹.

No presente trabalho, discorreremos acerca dos seguintes: 1) vínculo jurídico de natureza contratual (de direito privado ou direito administrativo); 2) relação trilateral; 3) especialização dos serviços; 4) direção do trabalho pela prestadora do serviço; 5) boa-fé entre as partes⁷².

2.1 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

A terceirização lícita é aquela que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, distanciando-se da relação de emprego comum. A ilícita, por sua vez, é aquela que visa à mera intermediação de mão-de-obra, ensejando fraudes àqueles direitos.⁷³

As hipóteses de terceirização lícita, claramente relacionadas na Súmula 331 do TST, constituem-se em quatro: a) trabalho temporário; b) atividades de vigilância; c) atividades de conservação e limpeza; d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.⁷⁴

Há, no entanto, novo entendimento consolidado pelo TST por ocasião da audiência pública sobre terceirização realizada nos dias 4 e 5 de outubro de 2011, no sentido de que o critério de distinção entre atividade-meio e atividade-fim deve ser conjugado com o do local da prestação de serviços, em face dos polêmicos casos envolvendo terceirização no setor de telecomunicações e no setor bancário⁷⁵, que adiante serão explicados.

2.1.1 HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

2.1.1.1 TRABALHO TEMPORÁRIO

A primeira delas está enunciada no item I da Súmula 331, que refere ser a contratação de trabalhador por empresa interposta ilegal, salvo nos casos de

⁷¹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 94.

⁷² SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 94

⁷³ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 157

⁷⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 416-417.

⁷⁵ MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. **Audiência pública: reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-ruhos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=3>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

trabalho temporário (Lei 6.019/74).

A lei estabelece uma série de requisitos para esse tipo de contratação. Conforme visto no item 1.4.1, esse tipo de contratação só pode ser realizado em casos de acréscimo extraordinário de serviços e para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente (art. 2º). Além disso, não pode exceder a três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social (art. 10º).

Diz-se que o trabalho temporário constitui-se em uma modalidade precária de trabalho, uma vez que os direitos conferidos aos trabalhadores são restritos e estão elencados no art. 12 da Lei 6.019/74⁷⁶.

2.1.1.2 SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA

A terceirização de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83) está autorizada pelo inciso III da Súmula 311, ao referir que a contratação de tais atividades não forma vínculo de emprego com o tomador.

Como visto no item 1.4.3, esta lei, originalmente, apenas permitia a subcontratação de atividades de vigilância ligada ao segmento bancário da economia. As alterações promovidas pela Lei 8.863/94, no entanto, fizeram com que qualquer estabelecimento, inclusive pessoas físicas, por meio de empresas especializadas, pudesse terceirizar essas atividades.

Diferencia-se, porém, vigilante do vigia. Este é empregado não especializado ou semiespecializado que, em geral, realiza guarda de bens, estando vinculado diretamente ao tomador, submetendo-se às regras da categoria definida pela atividade deste. Vigilante, por outro lado, exerce atividade especializada e pertence a uma categoria especial, submetendo-se a regras próprias, independentemente da atividade exercida pela tomadora⁷⁷.

2.1.1.3 SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA

Diferentemente do trabalho temporário e dos serviços de vigilância, essa atividade não possui lei própria que a regule e autorize a sua subcontratação,

⁷⁶ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 120

⁷⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 417

sendo tal apenas permitida por força do inciso III da Súmula 331⁷⁸. No entanto, mesmo enquanto vigente a antiga Súmula 256 do TST, a atividade de conservação e limpeza foi uma das primeiras a ensejar terceirização, havendo previsão dessa possibilidade, inclusive, no tocante à Administração Pública, conforme rol contido na Lei 5.645/70.⁷⁹

2.1.1.4 SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LIGADOS À ATIVIDADE-MEIO DO TOMADOR

Pelo inciso III da Súmula 331 do TST, permite-se, ainda, a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Esse grupo envolve atividades não expressamente discriminadas, mas que se caracterizam por não pertencerem ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços – ou seja, às atividades-fim deste⁸⁰.

Assim, por essa disposição, entende o TST ser ilícita a terceirização de serviços relacionados às atividades-fim, entendidas como aquelas para as quais foram constituídas as empresas tomadoras⁸¹.

Segundo Maurício Godinho Delgado, são atividades-meio aquelas atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços, ou seja, que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial deste, tampouco contribuem ao seu posicionamento no contexto empresarial e econômico. São atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento⁸².

Carmen Camino⁸³, seguindo a mesma linha de raciocínio, invoca a diferença entre serviços essenciais (naturais ao empreendimento econômico e diretamente vinculados ao seu objeto) e serviços acessórios ou de apoio, que não são essenciais ao empreendimento, mas permanentes e necessários.

Segundo a autora, embora ambos sejam serviços não-eventuais, por serem necessários e permanentes, somente os primeiros situam-se na atividade-fim da empresa, enquanto os últimos, na atividade-meio. Exemplificando a idéia, explica a situação de uma loja comercial de roupas, a qual compreende, como essenciais, os

⁷⁸ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 127

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 417

⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 417-418.

⁸¹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 134

⁸² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 418

⁸³ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 236.

serviços praticados pelo gerente, pelos balconistas e pelos caixas, visto que vinculados ao objeto da empresa, que é vender confecções. Os serviços prestados pela faxineira, que ali também cumpre jornada regular, ainda que indispensáveis, visto que mantêm a loja em condições adequadas de asseio, não estão diretamente vinculados ao objeto principal da empresa, mas indiretamente, pelo que são considerados serviços de apoio, permanentes.⁸⁴

Assim, podem ser delegados a terceiros os serviços especializados de apoio, vinculados à atividade-meio da empresa tomadora, por meio da terceirização. Há de se atentar, no entanto, à excepcionalidade do instituto, vez que, diante do disposto no art. 3º da CLT, a regra ainda é a contratação direta, pelo empreendedor da atividade econômica, tanto dos serviços essenciais quanto dos não-essenciais de natureza não-eventual, visto que ambos são necessários e permanentes⁸⁵.

A grande dificuldade da jurisprudência reside em definir, concretamente, quais atividades podem ser consideradas atividades-meio e quais podem ser consideradas atividades-fim, tendo em vista a crescente diversificação de processos produtivos e de divisão do trabalho⁸⁶.

2.1.1.5 TERCEIRIZAÇÃO NOS SETORES DE TELECOMUNICAÇÕES E BANCÁRIO

Segundo o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra da Silva Martins Filho, por ocasião da audiência pública sobre terceirização promovida nos dias 4 e 5 de outubro, concluíram os julgadores daquele órgão pela necessidade de conjugação do local da prestação de serviço com os critérios de distinção de atividade-fim e atividade-meio, de modo a não engessar e economia e não prejudicar o trabalhador⁸⁷.

Explica que tal resolução se deu em razão das hipóteses emblemáticas de terceirização de serviços de *call center* por empresas de telecomunicações e de serviços bancários.

⁸⁴ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 237-238.

⁸⁵ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 238.

⁸⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 599-601.

⁸⁷ MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. **Audiência pública**: reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-ruumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=3>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

Quanto ao primeiro caso, tem-se que a Lei 8.987/95⁸⁸, ao regular a concessão de serviços públicos, admitiu expressamente que as concessionárias contratassem terceiros para a realização de atividades inerentes ao serviço concedido.

Além disso, a própria Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), que define o serviço de telecomunicação como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação” (art. 60), tem disposição no sentido de que podem ser terceirizadas as atividades inerentes ao serviço prestado pela concessionária:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

[...]

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Diante dessas disposições, seria, a rigor, lícito às empresas concessionárias de telecomunicações terceirizar suas atividades-fim, uma vez que se trata de permissivo oriundo de disposição legal, o qual não poderia a Súmula 331 contrariar. Embora não pacífico, há jurisprudência do TST que adota esse entendimento:

RECURSO DE REVISTA DA TIM NORDESTE S.A. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. LICITUDE. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT; Lei nº 9.472/97) ampliou as hipóteses de terceirização de serviços. Assim, a previsão contida no artigo 94, inciso II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes ao serviço de telecomunicações, autoriza a terceirização das atividades preceituadas no § 1º do artigo 60 da LGT. Por conseguinte, torna-se irrelevante discutir se a função desempenhada pela reclamante enquadra-se como atividade-fim ou meio, ante a licitude da terceirização, uma vez respaldada em expressa previsão legal. Tal licitude, porém, não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, nos termos da Súmula 331, IV, desta Corte Superior. Precedentes do TST. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 60800-04.2009.5.03.0023 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 05/05/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 14/05/2010).

⁸⁸ Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua sua responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Nessa senda, inúmeras empresas concessionárias de telecomunicações, bem assim outras que realizam atividades diversas e o próprio poder público, têm terceirizado a atividade de intermediação da comunicação entre os clientes e a empresa, denominada serviço de *call center*⁸⁹.

Mesmo diante da disposição do art. 60 daquela lei, chegaram os Ministros ao consenso de que tal serviço (de *call center*) pode ser entendido como atividade-meio da concessionária de telefonia, uma vez que se distingue da verdadeira oferta de telecomunicação. Além do mais, é utilizado, com igual proveito, por empresas vinculadas a outras atividades completamente distintas do serviço de telecomunicações. Ainda, da mesma forma, entenderam ser a atividade de instalação e manutenção de linhas uma atividade-meio à oferta de telecomunicação⁹⁰.

No que se refere ao setor bancário, várias são as atividades de cunho burocrático desempenhadas todos os dias no interior dos estabelecimentos, ligadas a depósito, saque de dinheiro, abertura de contas, realização de operações de crédito, financiamento e investimento, etc. Integram, assim, o núcleo das suas atividades-fim⁹¹.

O Conselho Monetário Nacional editou, em 24 de fevereiro deste ano, a Resolução 3.954⁹², que autoriza a terceirização de serviços bancários a “correspondentes”, os quais estariam encarregados de atender clientes em locais onde não há agências bancárias. Tal modelo já havia sido criado, em 2000, pela Resolução 2.707 do Banco Central⁹³.

Hoje, verifica-se existir no Brasil em torno de 20.000 agências bancárias, 8.500 postos de atendimento, e 45.000 caixas eletrônicos, enquanto o número de

⁸⁹ MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. **Audiência pública:** reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=3>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

⁹⁰ MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. **Audiência pública:** reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=3>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

⁹¹ MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. **Audiência pública:** reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=3>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

⁹² <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=111013543>>.

⁹³ MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. **Audiência pública:** reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=4>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

correspondentes ultrapassa 160.000. Não há, assim, como contestar a dimensão alcançada por esse sistema⁹⁴.

Se, por um lado, explicita aquela resolução a possibilidade de delegação a terceiros (os correspondentes) de atividades-fim dos bancos, por outro firma a necessidade de que tais atividades sejam realizadas no estabelecimento do terceirizado, do qual exige-se que informe a seus clientes a condição de mero prestador de serviços, bem como que mantenha vínculo empregatício formal com os trabalhadores vinculados ao atendimento a clientes dos serviços bancários delegados⁹⁵.

Assim, na visão dos Ministros, pode-se admitir a terceirização de atividade-fim, como ocorre no caso de correspondentes bancários, desde que a real prestação dos serviços seja executada fora do estabelecimento da tomadora⁹⁶.

2.1.2 HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

Depreende-se da Súmula 331 do TST que a terceirização será ilícita em duas hipóteses: a) quando houver contratação de serviços compreendidos nas atividades-fim da tomadora, excetuando-se o novo entendimento do TST no sentido de permitir, conforme o caso concreto, a delegação de atividade-fim se executada fora do estabelecimento daquela; b) quando, em qualquer das hipóteses em que a terceirização pode ser realizada de forma lícita, com exceção do trabalho temporário, existir pessoalidade e subordinação direta do trabalhador terceirizado à empresa tomadora de serviços (Súmula 331, III). Em qualquer outra situação, sequer se cogitará de relação de trabalho terceirizada.

Ressalta-se que, no que se refere ao trabalho temporário, a lei autoriza a integração total do obreiro na dinâmica empresarial da tomadora de serviços, mas por período limitado. É, assim, a única situação de terceirização em que é permitida a pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador perante a empresa tomadora

⁹⁴ MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. **Audiência pública:** reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=4>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

⁹⁵ MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. **Audiência pública:** reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=4>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

⁹⁶ MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. **Audiência pública:** reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=4>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

de serviços⁹⁷.

Os efeitos jurídicos da ilicitude da terceirização, bem assim a responsabilidade da tomadora de serviços pelos créditos trabalhistas dela decorrentes serão analisados no próximo capítulo.

2.2 ELEMENTOS DA TERCEIRIZAÇÃO

2.2.1 VÍNCULO JURÍDICO DE NATUREZA CONTRATUAL

A terceirização se realiza na esfera jurídica em razão de um vínculo contratual entre empresas terceirizante e terceirizada. De regra, o vínculo a ser formado entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços é trabalhista, enquanto o firmado entre esta e a tomadora é civil.

Como qualquer negócio jurídico, sua validade pressupõe agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não prescrita em lei (art. 104, incisos I, II e III do Código Civil)⁹⁸.

A natureza jurídica será a do contrato utilizado para efetuar-la. Dentre os principais de natureza civil, podemos citar a empreitada, subempreitada, prestação de serviços e parceria⁹⁹. Poderá ocorrer, também, uma composição de diversos contratos. Conforme explica Sérgio Pinto Martins:

O processo de terceirização entre a terceirizante e a terceirizada passa por um contrato entre as partes, como qualquer outro. Entretanto, esse contrato tem características especiais, podendo ser tanto um contrato comum como um misto de vários contratos, trazendo um pacto completamente novo. Seria o caso de se verificar uma combinação de licença de patentes, de marcas ou *know how*, ou seja, um contrato abrangendo em parte questões de propriedade industrial, porém tendo elementos de contrato de pesquisa, de subempreitada, de fornecimento, de *engineering*, de locação de mão-de-obra, concessão mercantil, representação comercial autônoma, e até mesmo do franchising. Não há, assim preponderância de elementos de um único contrato, mas de vários deles¹⁰⁰.

Deverá ser o contrato escrito se a lei assim o determinar, ou quando

⁹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009. p. 419.

⁹⁸ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 95.

⁹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 42.

¹⁰⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 47.

exceder o limite do décuplo do maior salário mínimo vigente na data da celebração (uma vez que, nesse caso, sua prova deve ser realizada por outros meios que o exclusivamente testemunhal, cf art. 227 CC e 401 CPC). O contrato para trabalho temporário, por exemplo, deve ser, obrigatoriamente, por escrito, conforme exigência do art. 9º da Lei 6.019/74¹⁰¹.

A terceirização pela administração pública é realizada mediante contrato administrativo, os quais são regradados pela Lei 8.666/93.

2.2.2 RELAÇÃO TRILATERAL

Para que seja configurada a terceirização, três pessoas devem necessariamente interagir nessa relação, gerando, entre elas, dois vínculos jurídicos interdependentes entre si¹⁰². Essas pessoas são: empresa tomadora de serviços, empresa prestadora de serviços e trabalhador.

Entre o tomador de serviço e o prestador, forma-se contrato de natureza civil, enquanto que entre prestador de serviços e trabalhador, haverá uma relação de trabalho *lato sensu*. Na terceirização lícita, nenhum vínculo jurídico será formado entre trabalhador e empresa tomadora, havendo entre eles apenas uma relação de fato¹⁰³.

O modelo trilateral da relação socioeconômica e jurídica oriundo dessa forma de relação de trabalho dissocia-se da concepção bilateral clássica da relação de emprego, em que uma parte admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço e a outra presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (arts. 2º e 3º da CLT).

2.2.3 ESPECIALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS

A empresa terceirizada deve especializar-se nos serviços que serão prestados à empresa tomadora, os quais devem compreender as atividades-meio desta última. Ocorre que a finalidade da terceirização é justamente aumentar a

¹⁰¹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 95.

¹⁰² SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2005. 1 v. p. 274.

¹⁰³ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 98-100.

produtividade e diminuir os custos do processo produtivo, o que só pode ser alcançado por meio da especialização dos trabalhadores terceirizados. A terceirização pressupõe uma parceria entre empresas: a atividade-fim de uma deve agregar a atividade-meio da outra.

A falta de especialização em um determinado serviço por parte da empresa prestadora, ou a existência de uma diversidade de objetos em seu contrato social, evidencia a mera intermediação de mão-de-obra, como na figura do *marchandage*¹⁰⁴, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico (Súmula 331 do TST, I).

2.2.4 DIREÇÃO DO TRABALHO PELA PRESTADORA DE SERVIÇOS

Conforme referido no primeiro capítulo, dentre os elementos que caracterizam a relação de emprego, a subordinação é o que mais a diferencia das demais.

Para que se configure a relação terceirizada de trabalho, não pode haver subordinação do trabalhador à empresa tomadora de serviços, sob pena de reconhecimento do vínculo empregatício entre essas duas partes. A direção do trabalho deve, assim, ficar a cargo da empresa prestadora de serviços, a qual exerce a contratação e o assalariamento do trabalhador¹⁰⁵.

Nesse sentido, diz Arnaldo Süssekind:

[...] ainda que os contratos previstos no Código Civil hajam sido celebrados para tarefas estranhas às atividades normais da empresa contratante, caberá verificar-se, em cada caso, se os empregados da firma contratada trabalham, de fato, subordinados ao poder de comando da referida empresa. Em caso afirmativo, haverá nítida simulação em fraude à lei trabalhista (art. 9º da CLT), configurando-se o contrato-realidade de trabalho entre a empresa contratante e os trabalhadores formalmente vinculados à firma contratada (art. 422, combinado com os arts. 2º e 3º da CLT)¹⁰⁶.

Ressalta-se, no entanto, a exceção do contrato de trabalho temporário, regido pela Lei 6.019/74, uma vez que é a única hipótese de terceirização em que se

¹⁰⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2005. 1 v. p. 280.

¹⁰⁵ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 106.

¹⁰⁶ João de Lima Teixeira Filho Apud SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2005. 1 v. p. 279-280.

admite a subordinação do trabalhador temporário ao comando da empresa tomadora de serviços.

2.2.5 BOA-FÉ ENTRE AS PARTES

O princípio da boa-fé torna-se especialmente importante nas relações trilaterais atípicas, tendo em vista a diversidade de interesses envolvidos¹⁰⁷. As partes devem estar cientes das peculiaridades desse tipo de relação e assim agir com probidade, para que dela não resultem litígios. Muitas das ações trabalhistas são ajuizadas em decorrência da quebra de boa-fé entre as partes¹⁰⁸.

Nesse contexto, ressalta-se a importância da idoneidade da empresa prestadora de serviços, tendo em vista a previsão de responsabilidade subsidiária da tomadora nos casos de inadimplência.

3 RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO

Neste capítulo, serão analisadas as formas de responsabilidade do tomador de serviços pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela prestadora. Ela pode decorrer tanto da terceirização lícita quanto da ilícita.

Primeiramente, serão feitas algumas considerações sobre a Responsabilidade Civil e o elastecimento do conceito de culpa a ela inerente, o qual tem ampla repercussão em matéria de responsabilização dos entes tomadores de serviço na terceirização.

Em seguida, serão examinados quatro posicionamentos a respeito dessa responsabilidade, no que concerne ao setor privado: a) responsabilidade direta e total do tomador; b) responsabilidade solidária entre prestador e tomador; c) responsabilidade subsidiária do tomador; d) inexistência de responsabilidade do tomador¹⁰⁹.

Por último, em tópico separado, será pormenorizadamente analisada a responsabilidade da Administração Pública enquanto tomadora, o que envolve o

¹⁰⁷ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 106-107.

¹⁰⁸ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 107.

¹⁰⁹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 155-156.

exame do contexto fático-jurídico em que elaborada a nova redação Súmula 331 e de suas implicações.

3.1 RESPONSABILIDADE NO DIREITO CIVIL

A teoria da responsabilidade civil baseia-se na ideia de que quem causa dano a outrem, mediante conduta antijurídica, tem o dever de indenizá-lo.

Embora uma instituição de Direito Civil, “a responsabilidade estende-se a outros ramos do Direito, como decorrência da unidade jurídica dos institutos basilares”¹¹⁰.

A função da responsabilidade é compensatória, com a pretensão de restabelecer o equilíbrio violado. Tem-se observado, com o tempo, a extensão do seu alcance, a fim de todos os danos sejam objeto de reparação. Nesse âmbito, admite-se, além da responsabilidade direta, em que o agente causador é o responsável, a de pessoa responsabilizada por ato antijurídico cometido por terceiro ou coisa sob sua guarda¹¹¹, desde que haja previsão legal para tanto.

A responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual (ou aquiliana). De forma singela, podemos dizer que a primeira decorre de ato danoso que se deu em razão de uma obrigação preexistente, contrato ou negócio jurídico unilateral¹¹². A segunda, por sua vez, resulta de um dano, fundado em lei, ao qual não precede vínculo jurídico entre o prejudicado e aquele a que se atribui o prejuízo.

No que concerne à responsabilidade extracontratual, o Código Civil de 1916 estabeleceu, como regra, a responsabilidade civil subjetiva, ao referir a necessidade de verificação da culpa para a aferição da do dever de indenizar. Dispunha seu art. 159:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

A culpa pode ser entendida, *stricto sensu*, como “conduta voluntária,

¹¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2006, p. 429.

¹¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2006, p. 430.

¹¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2004. 4 v. p. 25.

contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”¹¹³. A culpa civil, *lato sensu*, abrange, além deste conceito, o de dolo (ato ou conduta intencional).

A tendência da jurisprudência foi de, com o tempo, relativizar a culpa, alargando o seu conceito ou dispensando-a como requisito para o dever de indenizar. É nesse contexto que surge, em um primeiro plano, a ideia de culpa presumida.

Relativizando-se ainda mais além, nasce a corrente de pensamento que defende a responsabilidade objetiva, na qual é adotada a teoria do risco. Segundo esse sistema, provados o dano e o nexo causal, surge o dever de reparar, independentemente de culpa¹¹⁴. Em torno dessa idéia central de risco, várias subespécies surgem. No que concerne à terceirização, apenas duas delas, a teoria do risco-proveito e a do risco criado, têm aplicação prática, como veremos a seguir¹¹⁵.

Ressalta-se, no entanto, que mesmo diante dessas novas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que buscam redefinir o conceito de responsabilidade, a regra geral traduzida pelo art. 927, *caput*, do Código Civil de 2002, ainda é a responsabilidade extracontratual subjetiva. Segundo seu parágrafo único, a responsabilidade objetiva somente pode ser aplicada quando existir lei expressa nesse sentido e quando o dano decorrer de atividade normalmente desenvolvida por seu agente causador.

Art. 927. 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.

Tanto a culpa presumida quanto a teoria do risco têm aplicabilidade para fundamentar a responsabilização do tomador de serviços ao pagamento dos créditos trabalhistas inadimplidos pela prestadora.

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

¹¹⁴ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 195.

¹¹⁵ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 195

3.1.1 CULPA *IN VIGILANDO* E CULPA *IN ELIGENDO*

Como visto, alargando-se o conceito de culpa, tem-se a ampliação das hipóteses de reparação civil. Admite-se, com esse propósito, a responsabilidade indireta por fato de terceiros, por meio da ideia de culpa presumida.

Essa modalidade de culpa difere da concepção tradicional porque a sua configuração enseja a inversão do ônus probatório. Vale dizer, se pela concepção tradicional de culpa, é ônus da vítima prová-la, por meio da culpa presumida, o ônus de provar a sua ausência é do próprio causador do dano. Assim, até que o autor do fato danoso prove que não agiu com culpa na sua conduta, presume-se ser ele culpado e incumbido do dever de reparação. Essa inversão se dá em razão de, em muitos casos, ser extremamente difícil a demonstração de culpa por parte da vítima. É mais um instituto que visa, portanto, à reparação do dano¹¹⁶.

Há duas modalidades de culpa presumida que são amplamente aplicadas às relações terceirizadas, a fim de responsabilizar o tomador de serviços pelas verbas trabalhistas decorrentes da inadimplência da prestadora. São elas a culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

A culpa *in eligendo* configura-se pela responsabilização daquele que escolheu mal a pessoa que praticou o ato. No caso da terceirização, consubstancia-se, na maioria dos casos, na falta de cuidado da tomadora quanto à idoneidade financeira da empresa contratada para prestar os serviços, que não possui reais condições financeiras de arcar com o seu custo de pessoal. Ou seja, impossibilitada a prestadora de adimplir as verbas trabalhistas de seus empregados, por falta ou insuficiência de bens, poderá responder a tomadora subsidiariamente fundada na culpa *in eligendo*.

Há culpa *in vigilando* quando a responsabilidade é imputada àquele que descuroou de dever de vigiar a conduta de outrem¹¹⁷. Na terceirização, ela se configura em decorrência da falta de fiscalização da empresa tomadora sobre a prestadora, uma vez que, sendo a primeira beneficiária da prestação dos serviços, deve atentar-se ao devido adimplemento das obrigações trabalhistas¹¹⁸.

¹¹⁶ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 191

¹¹⁷ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 192

¹¹⁸ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 193

3.1.2 RISCO

O risco, também chamado de responsabilidade objetiva, surge a partir da insuficiência da culpa como fator determinante para o dever de reparação. Segundo essa teoria, a obrigação de indenizar concretiza-se com a configuração do dano e do nexo de causalidade, sem a necessidade de qualquer aferição de culpa.

Das várias subespécies de risco, têm aplicabilidade à responsabilidade na terceirização as teorias do risco-proveito e a do risco criado¹¹⁹.

Entende-se por risco criado a potencialidade de causar danos. A conduta do agente resulta, por si só, na exposição a um perigo¹²⁰. Segundo a teoria do risco-proveito, responsável é aquele que se beneficia da atividade no âmbito da qual o dano foi perpetrado, partindo do pressuposto que a quem aproveita, o risco deve correr¹²¹.

O risco criado encontra previsão expressa no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que prevê a obrigação de reparar, independentemente de culpa, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Esse dispositivo, como se vê, encaixa-se perfeitamente como fundamentação para a atribuição de responsabilidade ao tomador, podendo ser inclusive utilizado como norma suplementar, em face do art. 8º da CLT¹²².

3.2 RESPONSABILIDADE DIRETA E TOTAL DA TOMADORA DE SERVIÇOS

Segundo essa perspectiva, somente a empresa tomadora se responsabilizaria total e diretamente pelos encargos trabalhistas provenientes da relação trilateral de trabalho, por ser a beneficiária dos serviços prestados. É defendida por aqueles que pensam ser intermediação do prestador de serviços apenas uma forma de fraudar os direitos dos trabalhadores e diminuir os custos da mão-de-obra, consubstanciando-se em ato ilícito¹²³.

Costumava-se utilizar essa linha argumentativa antes da edição da Súmula

¹¹⁹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 194

¹²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2004. 4 v. p. 17.

¹²¹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 195

¹²² SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 200

¹²³ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 157

331, de forma que ainda prevalece nas hipóteses em que houve contratação de trabalhador por interposta pessoa anteriormente à vigência da CF/88¹²⁴. Nestes casos, aplica-se a Orientação Jurisprudencial 321 da SDI-I do TST, que assim dispõe:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício direta-mente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88.

Segundo essa orientação, todas as hipóteses de terceirização que não aquelas relacionadas ao trabalho temporário e serviço de vigilância são consideradas ilícitas, originando-se responsabilidade direta e total com a empresa tomadora dos serviços¹²⁵.

Ainda, pode-se falar da aplicação dessa responsabilização exclusiva ao tomador nos casos em que há desvirtuação da finalidade da cooperativa. Como visto no item 1.4.4 do primeiro capítulo, quando a organização associativa for regularmente instituída, mas ainda assim utilizada como mera intermediadora de mão-de-obra, a tomadora deve ser unicamente responsável pelo pagamento das verbas postuladas em juízo, uma vez que a responsabilização solidária da cooperativa prestadora de serviços implicaria a responsabilização do próprio trabalhador, já que dela é sócio.

3.3 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE TOMADOR E PRESTADOR

3.3.1 CONCEITO DE SOLIDARIEDADE

O Direito do Trabalho não possui definição própria sobre o tema, aplicando-se, por força do parágrafo único do art. 8º da CLT¹²⁶, o disciplinado pelo Código Civil de 2002.

O art. 264 desse diploma define que há solidariedade quando, na mesma

¹²⁴ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 157

¹²⁵ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 157

¹²⁶ Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

obrigação, há multiplicidade de credores ou devedores, cada um com direito, ou obrigação, à totalidade da dívida¹²⁷.

Tem ela caráter excepcional, pois, conforme consta do art. 265, não se pode presumi-la, resultando da lei ou da vontade das partes¹²⁸.

A solidariedade é ativa quando há concurso de credores, de forma que cada um deles pode exigir o cumprimento integral da prestação (art. 267, CC/2002)¹²⁹.

Para efeitos de terceirização, no entanto, importa apenas o estudo da solidariedade passiva. Ela ocorre quando há pluralidade de devedores, sendo que cada um responde *in totum et totaliter* pela satisfação da dívida, como se sozinhos tivessem a contraído¹³⁰.

As consequências jurídicas da solidariedade passiva devem ser analisadas em dois campos distintos: no âmbito da relação entre co-devedores e credor (relação externa) e entre os próprios devedores (relação interna)¹³¹.

No âmbito das relações externas, o credor tem o direito de exigir e receber, de qualquer dos devedores, o pagamento parcial ou total do débito. No entanto, a prestação por parte do devedor não pode ser feita em parte, devendo este pagar integralmente o que lhe é cobrado. Se o pagamento for parcial, os demais devedores continuam solidariamente responsáveis pelo pagamento do restante. O ajuizamento de demanda pelo credor em face de um ou alguns dos devedores não implica renúncia da solidariedade (art. 275 e parágrafo único, CC/2002)¹³².

A solidariedade, que somente subsiste na relação entre devedor e credor, tem seu fim com o adimplemento da prestação. A partir desse momento, ter-se-ão as relações internas entre os devedores¹³³, no âmbito das quais cada um dos coobrigados é responsável por sua quota-parte da dívida. Assim, se um dos obrigados satisfazer totalmente o débito, extinguindo-se a obrigação em relação ao

¹²⁷ Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

¹²⁸ Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

¹²⁹ Art. 267. Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro.

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. 2 v. p. 171.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. 2 v. p. 171/172.

¹³² Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

¹³³ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. 2 v. p. 178.

credor, tem aquele o direito de regresso em face do restante dos devedores. Ou seja, tem o direito de haver de cada um dos co-devedores a respectiva quota-parte, a qual, na falta de estipulação em sentido diverso, equivalerá à divisão igualitária entre os coobrigados. Ademais, a quota-parte de eventual devedor insolvente deverá ser dividida igualmente entre todos os demais¹³⁴.

3.3.2 A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NA TERCEIRIZAÇÃO

Conforme visto no item 2.1.2, os serviços que podem ser terceirizados são: trabalho temporário; serviços de vigilância; serviços de conservação e limpeza; e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Firma a jurisprudência do TST que, com exceção do trabalho temporário, para que haja a licitude da terceirização dessas atividades, elas devem constituir-se como serviços especializados vinculados à atividade-meio da empresa tomadora e executadas sem subordinação direta e pessoalidade em relação a esta¹³⁵. Tal está disposto no item III da Súmula 331, *in verbis*:

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Assim, depreende-se desse item que a utilização da terceirização como forma de fraudar as normas tutelares ocorre nas seguintes hipóteses:

- a) quando o tomador de serviços secciona e terceiriza atividades essenciais da empresa (atividade-fim) como se de apoio (atividade-meio) fossem¹³⁶, excetuando-se determinados casos em que essa atividade-fim é realizada fora do estabelecimento da tomadora, como na hipótese antes vista de correspondentes bancários;
- b) independentemente da atividade realizada, quando há configuração dos elementos definidores da relação de emprego entre tomador e trabalhador

¹³⁴ Art. 283. O devedor que satisfizer a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.

¹³⁵ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 161

¹³⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2005. 1 v. p. 283.

terceirizado.

Nestes casos, incide com toda a força o art. 9º da CLT, sendo nulo o contrato mantido pelo prestador com o trabalhador e reconhecido o vínculo empregatício entre este e o tomador, à luz dos arts. 2º e 3º da CLT¹³⁷.

Esse reconhecimento do vínculo direto entre tomadora e trabalhador não isenta de responsabilidade a empresa prestadora de serviços que concorreu com a fraude. Por força do art. 942 do Código Civil¹³⁸, responderá essa solidariamente pelas verbas contratuais devidas ao trabalhador.

O reconhecimento dessa responsabilidade solidária entre tomadora e prestadora de serviços faculta ao trabalhador direcionar a execução da sentença condenatória em face de uma ou outra empresa, de acordo com sua escolha, ou ainda cobrar uma parte de cada. Esse tipo de responsabilização facilita a satisfação do crédito¹³⁹.

3.4 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

3.4.1 CONCEITO

O termo subsidiário vem do latim *subsidiarius*, que significa secundário.

A responsabilidade subsidiária é a que substitui ou reforça a principal. Não pagando o devedor principal, paga o secundário¹⁴⁰.

Diferentemente da obrigação solidária, que está disciplinada no Código Civil de 2002, a obrigação subsidiária não encontra previsão legal. Na esfera trabalhista, ela decorre da previsão do inciso IV da Súmula 331 do TST, *verbis*:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Em outras palavras, nas hipóteses de terceirização lícita, o tomador de

¹³⁷ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre : Síntese, 2004. p. 240.

¹³⁸ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

¹³⁹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 159

¹⁴⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 137.

serviços somente responderá pelas verbas contratuais se a empresa prestadora de serviços não pagar as verbas trabalhistas ou se seu patrimônio for insuficiente para tanto.

Os efeitos desse tipo responsabilização assemelham-se aos da fiança judicial (aquela imposta pelo juiz), no sentido de que é garantido ao tomador o benefício de ordem e a sub-rogação à quantia paga.

O benefício de ordem está previsto no art. 827 do Código Civil:

Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Conforme o art. 828, o benefício de ordem não aproveita ao fiador: se ele o renunciou expressamente; se se obrigou como principal pagador; se o devedor for insolvente ou falido.

A repercussão desse instituto no âmbito específico da terceirização é que, considerando que essa obrigação provém da sentença, poderá a empresa tomadora invocar esse benefício caso a execução não seja direcionada, primeiramente, em face da empresa prestadora de serviços. Ou seja, a tomadora somente responderá pelos créditos trabalhistas depois de esgotados os bens da empresa prestadora, que é a devedora principal.¹⁴¹

Quando houver mais de uma tomadora de serviços, é possível ser concedido o benefício de divisão (embora não se costume utilizar essa denominação), o qual determina que a responsabilidade de cada empresa é limitada ao período em que o trabalhador prestou serviços em seu benefício¹⁴². No Código Civil, tal benefício está regulado pelo art. 829¹⁴³.

Ainda, o CC/2002 prevê, em seu art. 831, que o fiador que pagar

¹⁴¹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 212/213.

¹⁴² SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 214.

¹⁴³ Art. 829. A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão.

Parágrafo único. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento.

integralmente a dívida fica sub-rogado no direito do credor, mas só poderá demandar contra cada fiador no limite da sua respectiva quota.

Sempre que a tomadora, quando responsabilizada subsidiariamente, adimplir integralmente a dívida da empresa prestadora, poderá ressarcir-se da quantia paga, seja pela retenção dos valores a esta devidos pelos serviços prestados, seja por meio de ação regressiva¹⁴⁴. Nessa senda, poderá pleitear não só a quantia paga, mas também os valores decorrentes de danos sofridos em razão da fiança, bem assim os juros oriundos do desembolso (arts. 832 e 833 do CC/2002).

3.4.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Para que possa se cogitar de responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, a terceirização deve ser lícita. Pois, nos casos de terceirização ilícita, como vimos, a empresa prestadora e a tomadora são responsabilizadas solidariamente pelos créditos oriundos do contrato de trabalho, por força do art. 942 do CPC.

Não há, ademais, formação de vínculo de emprego do trabalhador diretamente com o tomador, uma vez que inexistente fraude à incidência dos preceitos trabalhistas.

Essa modalidade de responsabilidade, criada pela jurisprudência, é a forma de garantir o adimplemento das obrigações trabalhistas. Pode-se atribuí-la aos inúmeros insucessos na execução dos créditos trabalhistas junto à empresa prestadora de serviços¹⁴⁵, apresentando-se, assim, como incentivo à terceirização com parceiros economicamente idôneos. Se assim não o fosse, tal irresponsabilidade poderia levar à formação de conluio entre as empresas, em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

Especula-se que ela decorre de aplicação analógica do art. 455 da CLT, que estabelece, nos contratos de subempreitada, a faculdade de os empregados ajuizarem demanda contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento de obrigações por parte do subempreiteiro¹⁴⁶.

Trata-se de uma responsabilidade indireta¹⁴⁷, em torno da qual há uma diversidade de entendimentos para validar a sua atribuição. Uns sustentam ser essa

¹⁴⁴ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. P. 216.

¹⁴⁵ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 186

¹⁴⁶ Nesse sentido, MARTINS (p. 138), FRANCISCO ANTONIO, p. 837

¹⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2006, p. 430.

responsabilidade decorrência da aplicação da teoria do risco, tanto pelo fundamento de que o tomador é o beneficiário da atividade no âmbito da qual se efetuou a inadimplência da prestadora (teoria do risco-proveito) quanto pelo fato da natureza da sua atividade representar, em si, risco a outrem (teoria do risco criado); outros a justificam a partir das noções de culpas presumidas *in vigilando* e *in eligendo*.

Salienta-se, entretanto, a exigência de que o tomador tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial (Sumula 331, inc. IV, última parte). Isso significa que o trabalhador, ao propor reclamação trabalhista, deve incluir no pólo passivo da lide a empresa tomadora de serviços, para que venha a adimplir de forma subsidiária os créditos decorrentes de seu contrato no caso de inexistência ou insuficiência de bens da empresa prestadora de serviços para a satisfação do débito¹⁴⁸.

3.5 INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO TOMADOR

Embora não muito comum, há quem sustente a isenção do tomador de serviços de qualquer responsabilidade decorrente da terceirização, respondendo pelos encargos trabalhistas, tão-somente, a prestadora de serviços com quem o trabalhador mantém vínculo laboral.

Ressalta-se que a terceirização e a responsabilidade jurídica decorrente da sua prática são reguladas somente pelo entendimento sumulado pelo TST, inexistindo legislação nesse sentido. Por isso, sustentam que a responsabilização da tomadora de serviços pelo inadimplemento dos haveres trabalhistas por parte da prestadora “implica flagrante e ostensiva violação da lei e do contrato de trabalho, não sendo justo que, numa contratação envolvendo duas pessoas jurídicas, uma pratique infração contratual e locupletamento ilícito e a outra seja responsabilizada a pagar pelo descaso e irresponsabilidade da infratora e seus dirigentes”¹⁴⁹.

Além disso, diante das infrações cometidas pela empresa prestadora, suscitam a possibilidade de satisfação dos créditos trabalhistas por outro meio que não a responsabilização da tomadora: mediante a desconsideração da pessoa jurídica da prestadora (*disregard of legal entity*), conforme leciona o art. 50 do

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários às súmulas do TST**. São Paulo: RT, 2005. p. 837.

¹⁴⁹ SOUZA, Mauro César Martins. **Responsabilidade do tomador de serviços na terceirização**. Disponível em: <<http://amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/372.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

Código Civil de 2002¹⁵⁰:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Assim, comprovado o locupletamento ilícito da prestadora, que não repassou a seus trabalhadores as verbas obtidas da tomadora de serviços, enseja-se a aplicação desse instituto, para que os administradores ou sócios da prestadora respondam, pessoalmente, pelos créditos trabalhistas dos empregados.

Ademais, ao Direito do Trabalho também podem ser aplicadas outras disposições do Código Civil que visam a impedir operações fraudulentas por parte de sociedades, como a subsistência da responsabilidade do sócio em relação às obrigações da empresa por até dois anos após sua saída e a responsabilidade daquele que ingressa no quadro societário, pelas dívidas anteriores à sua admissão, conforme disposições dos arts. 1.003, parágrafo único¹⁵¹, e 1.025¹⁵², respectivamente¹⁵³.

Cabe referir, ainda, que o TST, conforme OJ 191 da SDI-1¹⁵⁴, tem entendido que, diante da inexistência de previsão legal específica, do contrato de empreitada feito entre empreiteiro e dono da obra não decorre a este responsabilidade solidária ou subsidiária pelas obrigações trabalhistas contraídas por aquele, exceto se for empresa construtora ou incorporadora. Essa isenção fundamenta-se na ausência de finalidade econômica na prestação dos serviços por parte do dono da obra, que apenas quer a sua construção¹⁵⁵.

¹⁵⁰ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 222

¹⁵¹ Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

¹⁵² Art. 1.025. O sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.

¹⁵³ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006. p. 222.

¹⁵⁴ OJ-SDI1-191 CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE - Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilida-de solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreitei-ro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

¹⁵⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 139.

3.6 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO TOMADORA DE SERVIÇOS E A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST

3.6.1 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

Conforme visto no item 1.5 do primeiro capítulo, a Constituição Federal de 1988 passou a exigir, por meio de seu art. 37, II, a necessidade de aprovação em concurso para a investidura em cargo e emprego público. Diante disso, tornou-se incabível a formação de vínculo empregatício, por ocasião da terceirização ilícita, de trabalhador terceirizado com empresas tomadoras pertencentes à Administração Pública, conforme previa o Enunciado 256.

Não obstante, aos casos anteriores à CF/88, admite-se a formação de vínculo empregatício com a Administração Pública, conforme entendimento consignado na OJ-SDI1-321, *verbis*:

OJ-SDI1-321 VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988. (nova redação, DJ 20.04.2005)

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88.

Convém ressaltar que, antes de editada em 2005, a redação dessa orientação, apontava ser “aplicável a Súmula nº 256 para as hipóteses de vínculo empregatício com a Administração Pública, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988”. No entanto, o verbete 256 foi cancelado pela Res. 121/2003, o que ensejou a modificação do texto da orientação.

Em 1993, foi editada a Súmula 331, que observou aquele dispositivo constitucional e ressalvou, em seu inc. II, que a “contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional”.

Tal item, ainda vigente, delimita a distinção dos efeitos jurídicos da

terceirização entre os entes privados e os entes públicos enquanto tomadores de serviços nas terceirizações ilícitas.

Ocorre que, conforme visto no item 3.2, que trata da responsabilidade solidária do tomador e prestador, as entidades privadas que efetuarem terceirização ilícita, ou seja, aquela não permitida pelo Enunciado 331, consistente na contratação de trabalhadores por empresa interposta (situação que pode restar configurada quando da contratação de serviços relacionados à atividade-fim do tomador e quando da manutenção, por parte deste, de poder diretivo em relação ao trabalhador terceirizado), com exceção do trabalho temporário, formarão vínculo de emprego direto com o empregado da prestadora, tornando-se devedoras diretas dos créditos trabalhistas a ele devidos. Uma vez que concorre para perpetração da fraude, por força do art. 942 do CC/2002, há responsabilização solidária da empresa prestadora.

Como há vedação constitucional à formação de vínculo empregatício com as entidades da Administração Pública direta e indireta, a terceirização ilícita por elas realizada não resulta na configuração daquele vínculo (Súmula 331, II), tampouco transfere a ela a responsabilização direta pelos débitos trabalhistas. O trabalhador, nessas hipóteses, permanecerá vinculado à empresa prestadora, a qual continuará sendo a devedora principal dos créditos a ele devidos. Impõe-se, nesses casos, a responsabilidade subsidiária da entidade pública terceirizante, que só arcará com os créditos devidos se verificada a insuficiência ou falta de bens da empregadora para seu pagamento.

Isso se explica porque reconhecer a responsabilidade solidária da Administração Pública ao pagamento dos haveres contratuais seria o equivalente a reconhecer o vínculo empregatício, visto que ambas as situações produzem os mesmos efeitos.

O mesmo não ocorre, contudo, na responsabilização subsidiária, pois nessa o débito não é transferido ao poder público, o qual apenas garante o seu pagamento no caso de inadimplência do devedor direto, como uma espécie de fiador. É assegurado, ademais, o direito de regresso em face do devedor principal.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRARIEDADE À SÚMULA 331, ITENS II E IV, DO TST. 1. **A condenação solidária do tomador de serviços, que no caso é ente da administração pública, equivale**

quanto aos efeitos ao reconhecimento do vínculo de emprego e, portanto, contraria frontalmente os itens II e IV da Súmula 331 do TST. Com efeito, esta Corte apreciando a questão da terceirização ilícita pacificou o entendimento de que não é possível a formação de vínculo de emprego com os órgãos da administração pública em face do disposto no art. 37, inc. II, da Constituição da República, reconhecendo apenas a responsabilidade subsidiária em relação às obrigações trabalhistas inadimplidas. Recurso de embargos de que se conhece em parte e a que se dá provimento. (ERR- 708738-76.200.5.02.5555, da Egregia SBDI-1/TST, Rel. Min. Joao Batista Brito Pereira, unanime, DEJT 27/02/09) [grifo nosso].

[...]

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ÍLICITA. CONDIÇÃO DE BANCÁRIO. ISONOMIA SALARIAL. OJ 383, SBDI-1/TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. **A terceirização ilícita perpetrada por entidade da Administração Pública dá ensejo à responsabilização subsidiária da tomadora de serviços** pelas verbas inadimplidas pela prestadora de serviços (Súmula 331, II e V/TST - nova redação). **Noutro norte, a impossibilidade de reconhecimento de responsabilidade solidária ou de reconhecimento de vínculo empregatício com o ente da Administração Pública** não configura óbice ao direito do trabalhador às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumpre função idêntica no ente estatal tomador de serviços, conforme jurisprudência que vem se consolidando no âmbito desta Corte Superior. Tal entendimento, inclusive, harmoniza a vedação constitucional ao reconhecimento de vínculo empregatício com entidades estatais sem concurso público (art. 37, II e § 2º, CF) com o princípio isonômico (art. 5º, caput e I), afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios resultantes da terceirização. Harmoniza-se, também, com a valorização do trabalho humano, enfatizada, entre outros, nos arts. 1º, IV, 3º, III e 170, caput. Nesta direção, a recente OJ 383 da SDI-1 do TST. Recurso de revista provido parcialmente.

(RR - 452700-44.2006.5.09.0892 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 26/10/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 04/11/2011) [grifou-se].

Importante ressaltar que essa responsabilidade subsidiária independe de configuração de culpa *in vigilando* ou *in eligendo* por parte da Administração Pública, uma vez que decorre de ilícito por ela perpetrado contra o trabalhador, com quem mantém apenas uma relação de fato. Na hipótese, atribui-se responsabilidade extracontratual objetiva, constante do art. 37, §6º da CF.

3.6.2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

A responsabilidade do poder público pelo inadimplemento das verbas

trabalhistas por parte da empresa contratada, nos casos de terceirização lícita, é a mesma daquela atribuída aos entes privados, qual seja, subsidiária, conforme declinado no item 3.3.

No entanto, a nova redação da Súmula 331 trouxe algumas inovações quanto às situações em que os entes tomadores da Administração Pública podem ser subsidiariamente responsabilizados pelo pagamento daquelas verbas, nada mudando em relação aos entes privados.

Neste tópico, será explicado o contexto em que se deu essa alteração, bem como as suas implicações à aferição das circunstâncias que autorizam a responsabilização subsidiária.

3.6.2.1 A ADC 16 E O ART. 71, §1º DA LEI 8.666/93

A antiga redação da Súmula 331 estabelecia, em seu item IV, que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, também acarretava a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quando entidade da Administração Pública.

Pautando-se por essa disposição genérica, a tendência dos julgadores era condenar o ente público à responsabilidade subsidiária de forma objetiva, ou seja, o mero inadimplemento por parte da contratada a ensejava.

Essa tendência, contudo, conflitava com o art. 71, §1º da Lei 8.666, conforme delineado no item 1.5 (capítulo I), o que desencadeou o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16. Nela, fundamentou-se que os tribunais contornavam a análise da inconstitucionalidade daquele dispositivo legal (cuja declaração se submete à cláusula de reserva de plenário, conforme art. 97 da CF¹⁵⁶) e condenavam entes da Administração Pública ao pagamento de verbas trabalhistas oriundas do mero inadimplemento por parte da empresa por ela contratada, por força do inc. IV da Súmula. Alegou-se, ainda, que tal conduta é expressamente vedada pela Súmula Vinculante 10 do STF, *verbis*:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare

¹⁵⁶ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Embora, diretamente, não fizesse parte da controvérsia, foi também objeto de debate, no âmbito do julgamento da referida ação, a compatibilidade do referido dispositivo (art. 71, §1º, da Lei 8.666/93) com o art. 37, §6º, da CF¹⁵⁷, que dispõe sobre a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes a terceiros.

A Ministra Carmen Lúcia, em seu voto-vista, opinou pela compatibilidade entre as duas disposições, nos seguintes termos:

A responsabilidade do ente do Poder Público Prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade.

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, §1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o “dano” considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público.

[...]

Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre entidade da Administração Pública e seu contratado.

[...]

Ao argumento de obediência ao princípio de responsabilidade de Estado – de natureza extracontratual – não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida¹⁵⁸.

Indo além, utilizou-se de excerto constante no próprio incidente de uniformização da jurisprudência do TST, do qual se originou a Súmula 331, para evidenciar que a responsabilidade do ente público, nos casos de inadimplência de empresa por ele contratada, é contratual, e não a extracontratual constante do art. 37, §6º, da CF, como entendeu o TST naquela ocasião. Colaciona-se:

Aí, faz referência (o incidente de uniformização de jurisprudência no

¹⁵⁷ Art. 37, § 6º, CF: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁵⁸ Inteiro teor do acórdão da ADC/16 – Anexo I. p. 33-34

TST) aos artigos 173 e 195, § 3º, da Constituição, para se afirmar responsabilidade, afirmando-se ali:

‘Registre-se, por lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro’.

Com um detalhe: essa frase é rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrária à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual, então, na verdade, contrariaram a Constituição¹⁵⁹.

O debate, contudo, centrou-se na questão da condenação indiscriminada da Administração Pública ao pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas por seu contratado, promovida em razão do enunciado 331, IV do TST, entendimento este manifestamente contrário à norma objeto de ação declaratória de constitucionalidade.

Em 24/11/2010, por maioria de votos, concluiu o pleno do STF pela constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, no sentido de afastar a responsabilidade objetiva do Poder Público decorrente do mero inadimplemento de verbas trabalhistas por parte do contratado. Ressalvou-se, no entanto, o entendimento de que, concretamente, se verificada a atuação culposa da Administração Pública, poderia ela ser condenada à responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas. Assim dispõe a ementa do julgado:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade Jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, §1º, da Lei federal 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

3.6.2.2 A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331

A Justiça do Trabalho, diante do julgamento final da ADC 16/DF, foi

¹⁵⁹ Inteiro teor do acórdão da ADC/16 – Anexo I. p.40-41

compelida a mudar de posição no que concerne à responsabilização do Poder Público, enquanto tomador de serviço, pela inadimplência do contratado.

Muitas das decisões, no sentido de transferir à Administração Pública os encargos trabalhistas oriundos do inadimplemento da contratada, baseavam-se na teoria do risco administrativo (ou seja, na responsabilidade objetiva do Estado), ou de uma culpa presumida da qual era praticamente impossível desincumbir-se do ônus de provar a ausência, uma vez que o mero não pagamento por parte da contratada era suficiente para ensejar a responsabilização pela configuração da culpa *in eligendo* da tomadora (assim, na prática, essa responsabilidade também era objetiva).

A ADC 16/DF, no entanto, repeliu todo e qualquer entendimento de que a responsabilidade do Estado, nesses casos, é objetiva. Ao contrário: segundo o novo entendimento, a culpa deve ser faticamente demonstrada para dar razão à condenação subsidiária. Outrossim, o art. 37, §6º, versa sobre a responsabilidade extracontratual, não sendo aplicável à hipótese, que trata de violação a obrigações contratuais.

Diante desse quadro, visando à adequação da jurisprudência com os efeitos da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, o TST editou a Súmula 331, a qual passou a ter a seguinte redação:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das

obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Alterou-se, assim, o item IV, do qual foi retirada a expressão “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”, e foram adicionados os incisos V e VI.

O inciso V, adotando o novo entendimento (posterior à ADC 16), faz a ressalva de que a Administração Pública direta e indireta somente poderá ser condenada a responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa por ela contratada se evidenciada a conduta culposa no cumprimento dos requisitos elencados na Lei de Licitações, especialmente no tocante à fiscalização. Estabelece, ademais, que o mero inadimplemento da contratada não justifica a sua responsabilização.

Ou seja, para que a Administração Pública responda, ela deve agir de forma culposa, sendo que tal fato deve restar fortemente evidenciado pelo conjunto probatório. Não obstante, pelo princípio da adequação da prova, a entidade estatal ainda está incumbida de demonstrar a ausência de culpa na sua conduta, o que pode ser feito mediante apresentação de documentos que comprovem que ela agiu com cautela, certificando-se da idoneidade da empresa contratada (a Lei de Licitações exige farta documentação nesse sentido) bem como da efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte dessa. Caso contrário, poderá incorrer em culpa *in eligendo* (quando escolhe parceiro inidôneo) ou *in vigilando* (quando não fiscaliza de forma adequada a execução do contrato) e, conseqüentemente, ser condenada subsidiariamente pelo pagamento dos haveres devidos ao trabalhador terceirizado, desde que tenha participado da relação processual.

Diante desse novo posicionamento, assim, ficará a cargo do juiz examinar as provas fornecidas pela entidade do poder público e, com base nelas, determinar

se o poder público agiu, ou não, com culpa.

Nesse sentido, excerto extraído de voto lançado no âmbito do AIRR-82940-37.2008.5.10.0002, de relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta:

[...]

Ressalta-se ser exclusivamente do ente público contratante o ônus de alegar e de demonstrar, completamente, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas dele objeto, para assegurar a sua quitação por meio dos mecanismos necessariamente previstos no contrato administrativo correspondente (pelo uso da garantia patrimonial oferecida pelo contratado e pela retenção dos valores a ele devidos, para pagamento direto, aos trabalhadores terceirizados, de seus direitos trabalhistas) e para sancionar, na forma também nelas prevista, aquele empregador inadimplente - afinal, trata-se, aqui, de fato impeditivo da pretensão do autor de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que subsidiariamente, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, nos termos dos arts. 333, inciso II, do CPC e 818 da CLT.

Ademais, também por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova, decisivo para estabelecer para qual parte, em determinado litígio judicial, deverá ser atribuído o *onus probandi* de determinado fato controvertido, não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada, que terá que demonstrar haver praticado todos os atos administrativos de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.

Do contrário, a única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado e praticamente impossível encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei - prova negativa e de natureza verdadeiramente diabólica, de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa demonstração de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados terceirizados pelo contratado e lhes causou dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta culpa *in vigilando*.

Ressalta-se que não desfruta do mesmo privilégio a empresa privada tomadora de serviços, para a qual as modificações na Súmula 331 não surtiram qualquer efeito. De fato, para as sociedades daquele setor, a mera inadimplência da empresa terceirizada importará a atribuição a elas de responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos haveres contratuais, tendo em vista que o não pagamento, por

falta ou insuficiência de patrimônio, por si só, é situação apta a ensejar a sua atribuição. Na prática, não há distinção entre os fundamentos utilizados para justificá-la, que atualmente são: a) culpa *in eligendo*; b) culpa *in vigilando*; e c) responsabilidade objetiva pela teoria do risco, uma vez que beneficiária direta dos serviços. Não raro condena-se à responsabilidade subsidiária com base nas três noções.

Nesse sentido, trecho de ementa de julgamento recente do TST, em que o Ministro relator tece algumas considerações a respeito da audiência pública sobre terceirização realizada em outubro deste ano:

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS - RITO SUMARÍSSIMO - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - CORRESPONDENTE BANCÁRIO - RESOLUÇÃO 3.954/11 DO BACEN - ATIVIDADE-FIM - LEGALIDADE - CRITÉRIO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - SÚMULA 126 DO TST. 1. Após a audiência pública realizada pelo TST para aprofundamento sobre os aspectos técnicos do fenômeno da terceirização, com vistas à análise jurídica de sua licitude e dos meios de se coibirem os abusos quanto aos direitos dos trabalhadores, pode-se desenhar a moldura dentro da qual enquadrar os casos concretos a serem analisados por esta Corte, com seus quatro critérios bem definidos: a) a modalidade de terceirização que demanda atenção da Justiça do Trabalho é a da locação de mão de obra, em que o trabalhador labora ombro a ombro com os trabalhadores da empresa principal, nas dependências desta, diferentemente da prestação de serviços, que se dá nas dependências da empresa terceirizada, com entrega final dos bens ou serviços à empresa principal, em atividade inclusive inerente à tomadora dos serviços; b) é lícita a locação de mão de obra para atividade-meio da empresa tomadora dos serviços, desde que não caracterizada a subordinação direta ou a personalidade em relação à empresa principal, estabelecendo-se o vínculo direto com a empresa principal caso o conteúdo ocupacional do trabalho do empregado enquadre-se na atividade-fim de especialização da empresa principal; **c) no setor privado, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora dos serviços impõe a responsabilidade subsidiária objetiva da tomadora dos serviços; d) no setor público, a responsabilidade subsidiária é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa -in vigilando- ou -in eligendo- da administração pública.**

[...](AIRR - 1282-91.2010.5.03.0009 , Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 16/11/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 18/11/2011) [grifou-se].

CONCLUSÃO

A terceirização, concebida como uma forma de gestão de mão-de-obra por parte de empresas que procuram reduzir seus custos operacionais, traz inúmeras repercussões ao âmbito do Direito do Trabalho, uma vez que dissocia-se da relação empregatícia bilateral clássica por ele protegida e, não raro, é utilizada como forma de fraudar a aplicação dos preceitos legais, em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

À míngua de atuação do legislador, vem a jurisprudência tentando limitar as situações em que ela pode ser empregada, estabelecendo, ademais, duras penas àqueles que tentam utilizá-la de forma fraudulenta.

A antiga Súmula 256 do TST, editada em 1986, foi a primeira iniciativa nesse sentido. Considerava ilícita, prevendo a formação de vínculo empregatício entre tomadora e trabalhador, a terceirização de quaisquer serviços que não aqueles de vigilância e os realizados por meio de trabalho temporário, previstos, respectivamente, nas Leis 7.102/83 e 6.019/74.

A rigidez do referido verbete apresentou-se como um obstáculo às necessidades da indústria moderna, indo de encontro, inclusive, às disposições constantes no DL 200/67 e Lei 5.645/70 que permitiam a delegação de serviços por empresas pertencentes à Administração Pública e, posteriormente, à CF/88, que introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de prévia aprovação em concurso público para o ingresso no serviço público.

Em razão disso, foi editada, em 1993, a Súmula 331 do TST, que passou a permitir a terceirização nas hipóteses de trabalho temporário, serviços de vigilância, serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio da empresa tomadora. Proibiu, ademais, a formação de vínculo empregatício com a Administração Pública.

A partir do novo entendimento da Súmula 331, considerava-se ilícita a terceirização de serviço ligado à atividade-fim da tomadora, ou seja, à sua atividade essencial, bem como aquela em que os serviços, ainda que ligados à atividade-meio

dessa, fossem prestados pelo trabalhador com subordinação e personalidade, assemelhando-se a uma relação de emprego tradicional.

Por ocasião da audiência pública sobre terceirização realizada nos dias 4 e 5 de outubro, contudo, entenderam os Ministros do TST pela necessidade de conjugação do local de prestação de serviços ao critério de distinção entre atividade-meio e atividade-fim, diante dos emblemáticos casos de terceirização de serviços de *call center* por empresas de telecomunicações e de serviços bancários por correspondentes. Entenderam, ao final, ser possível a delegação de atividades-fim, desde que tais serviços fossem prestados fora do estabelecimento da tomadora.

O efeito jurídico da terceirização ilícita, quanto às empresas do setor privado, é a formação de vínculo empregatício entre o trabalhador e a empresa tomadora. Por força do art. 942 do CC, responsabiliza-se solidariamente, pelo adimplemento das verbas trabalhistas, a empresa prestadora que concorreu com a fraude.

Diferente é o caso em que o próprio poder público terceiriza de forma ilícita. Nessa hipótese, não há formação de vínculo empregatício entre trabalhador e tomadora, diante da proibição constante do art. 37, II, da CF, absorvida pela Súmula 331, inc. II. Em razão disso, responsabiliza-se o ente público apenas de forma subsidiária, vez que os efeitos da responsabilização solidária equivaleriam aos do reconhecimento de tal vínculo. Ressalta-se que, nesses casos, trata-se de responsabilidade extracontratual objetiva do Estado, estatuída no art. 37, §6º, da CF, decorrente de ilícito por ele mesmo perpetrado.

No que se refere às terceirizações lícitas, a Súmula 331 introduziu a noção de responsabilização subsidiária da tomadora em caso de inadimplência trabalhista da contratada. No ano de 2000, alterou-se tal texto, de forma que houve a extensão, de forma expressa, de tal responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública direta e indireta. Contudo, tal disposição ia de encontro à norma estatuída no §1º, art. 71, da Lei 8.666/93, que prevê que a inadimplência do contratado não transfere à Administração Pública os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

Em face da relativização e, muitas vezes, desconsideração dessa norma por parte dos julgadores, que reiteradamente condenavam as entidades do poder público a responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas com base naquele entendimento sumular, foi ajuizada, pelo governador do Distrito Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que pretendia o reconhecimento da

validade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 segundo a ordem constitucional.

O STF, por maioria, julgou procedente a referida ação, decidindo, no entanto, que poderia haver responsabilização subsidiária da Administração Pública se comprovada concretamente a sua atuação culposa. Vedou-se, assim, a imputação de responsabilidade objetiva aos entes públicos, nos moldes do art. 37, §6º da CF, como vinha ocorrendo.

Adequando-a ao novo entendimento, o TST reeditou a Súmula 331, fazendo nela constar que o poder público só responderá de forma subsidiária quando restar evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei de Licitações, especialmente no que concerne à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço, não decorrendo a responsabilidade do mero inadimplemento trabalhista desta.

Assim, no que se refere à responsabilidade trabalhista da tomadora nas terceirizações lícitas, atualmente tem-se o seguinte quadro: as empresas pertencentes ao setor privado respondem subsidiariamente de forma objetiva, com base nas noções de culpa presumida *in eligendo* e *in vigilando* e nas teorias do risco-criado e risco proveito, bastando o simples inadimplemento da prestadora. Ressalta-se que, apesar da denominação culpa presumida, na prática, não há qualquer diferenciação em relação à responsabilidade objetiva.

Quanto às empresas do setor público, só responderão caso comprovada, concretamente, a sua atuação culposa, não havendo mais falar em responsabilidade objetiva. Estarão encarregadas, contudo, de produzir as provas capazes de elidir sua culpa, tendo em vista ser impraticável imputar esse ônus ao trabalhador, em razão do princípio da aptidão para a prova.

Observa-se que há uma profunda diferenciação de tratamento entre as empresas pertencentes a esses dois setores, que parece ser infundada no que se refere a empresas públicas que explorem atividade econômica e sociedades de economia mista, uma vez que dotadas de personalidade jurídica privada, ainda que submetidas a determinadas regras de direito administrativo.

Além disso, diante das novas mudanças à Súmula 331, os obreiros terceirizados que trabalhem em benefício de entes do poder público poderão ser gravemente prejudicados, tendo em vista a possibilidade de que não recebam as verbas a que têm direito quando houver inadimplemento por parte da sua empregadora direta.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo : LTr, 2006.

BIAVASCHI, Magda Barros. **A terceirização e a justiça do trabalho**. Disponível em:

<[http://www.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_74/rev_74_4/biav
aschimagdabarros.pdf](http://www.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_74/rev_74_4/biav
aschimagdabarros.pdf)>. Acesso em: 09 set. 2011.

BRASIL. Constituição Federativa da República de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15
de setembro de 2011.

_____. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.954, de 24 de fevereiro de
2011. Disponível em:

<[https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormati
vo&N=111013543](https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormati
vo&N=111013543)> Acesso em: 23 de novembro de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 15 de
setembro de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 5.442, de 1º de maio de 1943. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 26 de
agosto de 2011.

_____. Lei nº 5.645, de dezembro de 1970. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm> Acesso em: 13 de setembro de
2011.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em: 19 de
setembro de 2011.

_____. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em: 17 de setembro
de 2011.

_____. Lei nº 7.102, de 20 de julho de 1983. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7102.htm>>. Acesso em: 17 de setembro de 2011.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 24 de setembro de 2011.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2011.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm> Acesso em: 21 de novembro de 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 191 da Seção de Dissídios Individuais – Subseção I. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 23 de outubro de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 321 da Seção de Dissídios Individuais – Subseção I. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 17 de outubro de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 26 de agosto de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR nº 376/2006-001-10-00.0, Rel. Min. Horácio Senna Pires, SBDI-I, j. em 03.10.2008.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. E-ED-RR nº 715.443/2000.3, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, SBDI-I, j. em 30.3.2007.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR nº 60800-04.2009.5.03.0023, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, j. em 05/05/2010, 8ª Turma, publicado em 14/05/2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. ERR nº 708738-76.200.5.02.5555, da SBDI-1/TST, Rel. Min. Joao Batista Brito Pereira, unanime, DEJT 27/02/09.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR nº 452700-44.2006.5.09.0892, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. em 26/10/2011, 6ª Turma, publicado em 04/11/2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº 1282-91.2010.5.03.0009 , Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. em 16/11/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 18/11/2011.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo : LTr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 2 v.

MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. **Audiência pública**: reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=4>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2009.

_____, _____. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários às súmulas do TST**. 6. ed. São Paulo: RT, 2005.

PINTO, Maria Cecília Alves. **Terceirização de Serviços**: responsabilidade do tomador. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Maria_Pinto.pdf>. Acesso em: 9 out. 2011.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. 22. ed. Curitiba : Juruá, 2006.

SOUZA, Mauro César Martins. **Responsabilidade do tomador de serviços na terceirização**. Disponível em: <<http://amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/372.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo : LTr, 2005. 1 v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 2 v.

_____, _____. **Direito civil:** responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
4 v.