
EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

TERCEIRIZAÇÃO

*Responsabilização do tomador de
serviços para com o empregado
terceirizado*



POR JOÃO SILVESTRE DE OLIVEIRA NETO

João Silvestre de Oliveira Neto

Responsabilização do tomador de serviços para com o empregado terceirizado

1ª ed.

Uberlândia
Editora Conhecimento Livre
2019

1ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Oliveira Neto, João Silvestre

O48r Responsabilização do tomador de serviços para com o
empregado terceirizado. / João Silvestre de Oliveira Neto. --
Uberlândia: Editora Conhecimento Livre, 2019.

51 f.: il.

Formato PDF

ISBN: 978-65-80226-13-9

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

1. Equipamentos de Proteção. 2. Acidentes do Trabalho. 3.

Responsabilidade Civil. 4. Meio Ambiente do Trabalho. 5. Normas
Regulamentadoras. I. Miranda, Oliveira Neto, João Silvestre. I.

Título.

CDU: 349/47

APRESENTAÇÃO

A presente pesquisa, cujo tema é a responsabilização do tomador de serviços para com o prestador, empregado terceirizado, buscou responder à seguinte problemática: como se dá a responsabilização do tomador de serviço com relação ao empregado terceirizado? O objetivo geral deste trabalho foi analisar como se dá a responsabilização do tomador de serviço com relação ao empregado terceirizado. Especificamente foram desenvolvidas as seguintes etapas: estudar a evolução histórica da terceirização, para compreender o desenvolvimento deste instituto no decorrer dos anos; definir a terceirização e as espécies de responsabilização; e analisar qual espécie de responsabilização é aplicável ao tomador de serviços para com o prestador terceirizado. A importância desta pesquisa justifica-se no âmbito social pela utilização em larga escala e no âmbito científico pela ausência de lei específica regulamentando a matéria. A pesquisa foi executado sob o enfoque interdisciplinar, pesquisa teórica, desenvolvendo uma investigação bibliográfica, onde se busca o conhecimento científico acumulado sobre um problema. Dessa forma, se fundamenta em fontes primárias e secundárias, desenvolvido por uma pesquisa qualitativa, com método hipotético-dedutivo, envolvendo as áreas do Direito do Trabalho, Direito Constitucional e Legislação complementar. Terceirização é a contratação de terceiro para a realização de atividades secundárias, que não constituem, em regra, o objeto principal da empresa tomadora, podendo envolver tanto a produção de bens, como de serviços. A empresa tomadora de serviços realiza contrato de natureza civil/comercial (contrato de prestação de serviços) com a empresa prestadora, sendo esta última a empregadora dos trabalhadores terceirizados. A responsabilidade da tomadora pelas verbas trabalhistas é subsidiária, por orientação sumulada pelo TST. Todavia, partiu-se, no desenvolvimento da pesquisa, da hipótese de que a responsabilização de forma solidária seria mais compatível com as características do Direito do Trabalho, uma vez que desde o surgimento deste ramo do Direito o objetivo é a proteção da parte mais fraca da relação de trabalho, qual seja o trabalhador, portanto, a hipótese inicial fora confirmada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

CAPÍTULO I - 12

RELAÇÃO DE EMPREGO - 12

Introdução - 12

Noções Gerais: conceito e requisitos 12

Sujeitos da Relação de Emprego..... 14

Empregado 14

Empregador..... 18

Flexibilização das Normas Trabalhistas..... 19

CAPÍTULO II - 23

TERCEIRIZAÇÃO - 23

Disposições Introdutórias 23

Evolução Histórica 23

Origem Terminológica e Conceito 26

Natureza Jurídica 28

Terceirização Lícita 29

Requisitos 32

CAPÍTULO III - 36

TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO TOMADOR - 36

Noções Introdutórias..... 36

Disposições Gerais sobre Responsabilidade.....	36
Responsabilidade Solidária	38
Responsabilidade Subsidiária.....	40
Responsabilidade da Tomadora por Créditos Trabalhistas dos Empregados da Contratada .	41
Alterações na Súmula 331 do TST.....	46

CONCLUSÃO - 48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a responsabilização do tomador de serviços para com o prestador, empregado terceirizado e busca responder à seguinte problemática: como se dá a responsabilização do tomador de serviço com relação ao empregado terceirizado?

Terceirização é a contratação de terceiro para a realização de atividades secundárias, que, via de regra, não constituem o objeto principal da empresa tomadora. É uma parceria realizada entre a tomadora de serviços e a empresa terceirizante, firmada através de contrato de prestação de serviços, de natureza civil/comercial, em que esta última contrata os trabalhadores terceirizados.

O empregado terceirizado possui vínculo de emprego com a empresa prestadora de serviços, não havendo subordinação direta para com a tomadora, caso fique caracterizado relação de emprego entre este empregado terceirizado e a empresa tomadora de serviços a terceirização é ilícita e o terceirizado pode pleitear o reconhecimento da relação existente entre ele e a empresa tomadora.

A contratação de mão-de-obra terceirizada pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços.

A terceirização é uma realidade em todo o mundo, esta presente em quase todos os países, pois é um reflexo da necessidade da especialização e do aperfeiçoamento das atividades produtivas no âmbito empresarial, que surgiu a partir da busca para redução de custos por parte dos empresários.

No entanto, o objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade, especialização e competitividade às empresas.

No Brasil, a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. As empresas que têm por atividade a limpeza e conservação e a indústria automobilística são as pioneiras da terceirização no Brasil¹.

Todavia, mesmo diante da utilização em larga escala, não há norma regulando, nem definindo a terceirização. Diante deste quadro a contratação trilateral é permeada por discussões jurídicas, a principal delas envolve o tema do presente trabalho.

Destarte, a importância desta pesquisa justifica-se no âmbito social pela utilização em larga escala e no âmbito científico pela ausência de lei específica regulamentando a matéria.

Tem-se como embasamento teórico a doutrina “A terceirização e o Direito do Trabalho”, do professor e doutrinador Sérgio Pinto Martins², segundo o qual a terceirização é uma forma de parceria entre duas empresas para aperfeiçoar a qualidade dos serviços ou produtos colocados no mercado. De acordo com Sérgio Pinto Martins a responsabilidade da tomadora é subsidiária, haja vista não existir norma regulamentado sobre o tema.

No desenvolvimento da pesquisa partiu-se da hipótese de que a responsabilidade solidária da tomadora de serviços é mais compatível com as características do Direito do Trabalho, uma vez que, desde o surgimento deste ramo do Direito, o objetivo é a proteção da parte mais fraca da relação de trabalho, qual seja o trabalhador.

Após a realização da pesquisa esta hipótese é confirmada, com a ressalva, todavia, de que só é possível responsabilizar a tomadora de serviços de forma solidária se houver expressa previsão legal.

Neste sentido, o objetivo geral deste trabalho é analisar como se dá a responsabilização do tomador de serviço com relação ao empregado terceirizado.

Especificamente são desenvolvidas as seguintes etapas: estudar a evolução história da terceirização, para compreender o desenvolvimento deste instituto no decorrer dos anos; definir a terceirização e as espécies de responsabilização; e analisar qual espécie de responsabilização é aplicável ao tomador de serviços para com o prestador terceirizado.

No delineamento da pesquisa jurídica empregou-se a vertente jurídico- sociológica, visto que se propôs a compreender o fenômeno jurídico em um ambiente social mais amplo. Tendo como tipo de raciocínio o hipotético-dedutivo, partindo da premissa antecedente, de uma verdade universal, para chegar-se ao conseqüente, o conhecimento particular.

A pesquisa é do tipo jurídico-descritiva, uma vez que traz o que variados doutrinadores lecionam sobre o assunto e qual o posicionamento da jurisprudência majoritária, de modo a responder à problemática.

Utiliza-se de fontes diretas, próprias do direito, primárias e secundárias, ou seja, baseadas na legislação, livros, artigo científico, súmulas, enunciados e tendências jurisprudenciais.

A realização do trabalho é sob enfoque interdisciplinar, uma vez que apresentar as previsões nas diversas áreas jurídicas, principalmente quanto ao Direito Constitucional, Trabalhista e Processual do Trabalho.

Metodologicamente dividiu-se o desenvolvimento do trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo, numa perspectiva conceitual, inicia-se o trabalho com dissertação acerca da relação de emprego, começando com noções gerais, onde aborda-se o conceito e requisitos desta, passando-se para análise dos sujeitos, empregado e empregador, e, no final do capítulo comenta-se sobre a flexibilização das normas trabalhistas.

No segundo capítulo, prioriza-se a terceirização, discorrendo sobre a evolução história, origem terminológica e conceito, natureza jurídica e licitude desta forma de contratação trilateral, dando ênfase aos requisitos trazidos pela doutrina e contidos na orientação sumulada pelo TST necessários à aceitação da terceirização.

No capítulo terceiro, sob o título “terceirização e responsabilidade do tomador”, aborda-se sobre disposições gerais da responsabilidade, em sequencia, disserta-se sobre responsabilidade solidária, responsabilidade subsidiária e, por último, responsabilidade da tomadora por créditos trabalhistas dos empregados da contratada.

CAPÍTULO I

RELAÇÃO DE EMPREGO

Introdução

Neste primeiro capítulo, numa perspectiva conceitual, inicia-se dissertando sobre conceito e requisitos da relação de emprego, tópico em que se faz a distinção entre relação de emprego e relação de trabalho, conceituando estas duas relações; enumera-se os requisitos necessários em uma relação havida entre o trabalhador e o beneficiário da atividade para ser reconhecida como relação de emprego e, conseqüentemente, regulada pela legislação trabalhista.

No tópico seguinte analisa-se os sujeitos da relação de emprego, empregado e empregador, em sub-tópicos específicos, didaticamente separados. E, tendo em vista que a terceirização, tema da presente pesquisa, é um exemplo de flexibilização das normas trabalhistas, ao final do capítulo comenta-se sobre os novos rumos do Direito do Trabalho.

Noções Gerais: conceito e requisitos

Inicialmente mister diferenciar relação de trabalho de relação de emprego, pois a primeira engloba a segunda, ou seja, toda relação de emprego é uma relação de trabalho, mas o contrário não é verdadeiro. A relação de trabalho se configura em qualquer prestação de serviços realizada por uma pessoa em favor de outra, sendo regulada por outros ramos do direito caso não preencha os requisitos legais para ser considerada relação de emprego.

Diferentemente, a relação de emprego só se configura se preenchidos alguns requisitos legalmente estabelecidos, quais sejam: subordinação, não eventualidade do trabalho, onerosidade e pessoalidade na prestação do serviço.

Neste sentido leciona Gláucia Barreto³:

A expressão “relação de trabalho” é muito abrangente. Compreende toda prestação de serviços realizada por uma pessoa física em favor de outra pessoa física ou jurídica.

Toda pessoa que se obriga a prestar trabalho em favor de outra, possui “relação de trabalho”. Importa concluir que todo “trabalhador” tem “relação de trabalho”, independentemente da forma como o serviço é prestado.

O conceito de “relação de emprego” é bem mais restrito que o de “relação de trabalho”. Nem todo trabalhador possui “relação de emprego”.

Existirá relação de emprego, quando o trabalho for realizado sob determinadas condições.

A relação de emprego surge em razão da celebração de um contrato, de um acordo de vontades, que apresenta determinados elementos integrantes, tais como: subordinação, não eventualidade do trabalho, onerosidade e pessoalidade na prestação do serviço.

Tem-se, destarte, que a relação de emprego é contratual, ou seja, nasce de um contrato, que pode ser expresso ou tácito. Em outras palavras, mesmo inexistindo um contrato escrito, expressamente firmado entre as partes poderá ser reconhecido o vínculo empregatício pela justiça do trabalho, pois materializadas as condições da relação empregatícia, abaixo analisadas, há relação de emprego e o trabalhador tem todos os direitos de empregado previstos na legislação trabalhista, em virtude da primazia da realidade.

Acerca da diferenciação da relação de trabalho e relação de emprego, segue Gláucia Barreto⁴ dissertando que:

A relação de trabalho abrange todas as formas de prestação de serviços, já a relação de emprego alcança apenas aquelas realizadas sob determinadas condições que justificam a aplicação das normas protetivas trabalhistas.

Essas condições, nunca é demais repetir, são: subordinação, não eventualidade (continuidade) do trabalho, onerosidade e pessoalidade na prestação do serviço.

[...]

Estão sujeitas às leis trabalhistas as relações jurídicas de trabalho realizadas na forma disciplinada pelo Direito do Trabalho, constituindo verdadeiramente uma relação de emprego, com vínculo empregatício e não apenas simples relação de trabalho.

Sob a égide do Direito do Trabalho está a relação de emprego, também denominada vínculo empregatício. Existirá relação de emprego quando o trabalho for realizado de forma onerosa, não eventual (contínua), pessoal e subordinada. Na falta de um desses elementos, existirá simples relação de trabalho, regida pelo Direito comum(Direito Civil) ou, ainda, relação de trabalho regida por lei especial, como existente no regime estatutário.

Destarte, a relação de emprego, regulada pelo Direito do Trabalho, é a prestação de serviços sob subordinação, continuidade, onerosidade e pessoalidade. Todas estas características são analisadas no tópico que trata do empregado.

Na terceirização, tema desta pesquisa, as condições alhures não podem ficar caracterizadas entre o empregado terceirizado e a tomadora de serviços, uma vez que a relação de emprego existente nesta forma trilateral de contratação de mão de obra dá-se entre o empregado e a empresa interveniente.

Conforme será destaca no decorrer do presente trabalho, a terceirização lícita não pode ser um artifício utilizado para desconstituir a relação de emprego entre o empregado e a empresa tomadora, pois caso fique constatado verdadeira relação empregatícia entre os sujeitos retromencionados o vínculo empregatício será reconhecido pela justiça, com base na primazia da realidade.

Sujeitos da Relação de Emprego

Os sujeitos da relação de emprego são o empregado e o empregador. Entende-se mais didático analisar tais sujeitos em tópicos específicos, assim, os dois sub-topicos abaixo abordam o tema, conceituando e analisando a figura jurídica de cada um dos sujeitos alhures.

Empregado

A Consolidação das Leis do Trabalho conceitua empregado no artigo 3º, *in verbis*: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito denota-se que empregado é aquele que presta serviço de forma habitual (contínua, não eventual), onerosa (mediante apercepção de salário), subordinada (sob a direção do empregador) e personalíssima a empregador, reunindo, destarte, as seguintes características:

I) pessoa física: apenas a pessoa natural pode ser empregada, não há possibilidade, no direito pátrio, da pessoa jurídica ser empregada. Nas palavras de Gláucia Barreto⁵ “ao Direito do Trabalho importa proteger a pessoa física do trabalhador e não uma pessoa jurídica”.

Na mesma linha é a lição de Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes⁶, segundo os quais “somente pode ser empregado pessoa natural, física, e nunca uma entidade, pessoa jurídica, coletiva”.

A expressão “pessoa física” utilizada pelo legislador no *caput* do artigo 3º da CLT é criticada por Odonel Urbano Gonçalves⁷, segundo o qual “melhor teria sido apontar a pessoa natural (homem – mulher, considerados como sujeitos de direitos e obrigações – Código Civil, art. 2º),

diferenciando-se da pessoa jurídica (sociedade civis, associações, fundações etc – Código Civil, art. 16)”;

II) prestar serviço de forma pessoal: a relação de emprego constitui-se em uma obrigação de fazer personalíssima, ou seja, o empregado deve pessoalmente prestar os serviços contratados pelo empregador, não pode haver alteridade entre o sujeito prestador do serviço, pois suas características pessoais e profissionais representam fator primordial na sua contratação.

Oportuno destacar os ensinamentos de Gláucia Barreto⁸:

Constituída relação de emprego, contrai o empregado para si uma obrigação de fazer, que é a prestação do serviço. Esta só pode ser realizada por quem a contraiu. O empregador contrata uma determinada pessoa por encontrar nela a qualificação profissional desejada, além de encontrar atribuições individuais não relacionadas com o seu ofício (integridade de caráter, apresentação pessoal etc.).

Por todos esses motivos, só é admitida a substituição do empregado em casos excepcionais e sempre com anuência do empregador.

Sobre o assunto Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes⁹ lecionam que “o contrato de trabalho, quanto à pessoa do prestador de serviços, ainda o é, na maioria dos casos, *intuitu personae*, isto é, celebrado tendo em vista as peculiares qualificações pessoais e

III) trabalho não-eventual: para ser considerado empregado a prestação de serviço deve ser contínua, habitual, não esporádica, não-eventual. É indispensável a necessidade da prestação do serviço pelo empregador e a segurança de que o empregado continuará a prestação do serviço de forma regular. Neste sentido, Gláucia Barreto¹⁰ destaca que:

É preciso que a prestação do serviço não tenha caráter esporádico, eventual.

A eventualidade exclui a relação de emprego e, quer dizer ser o serviço fortuito, esporádico, realizado sem continuidade.

A não-eventualidade ou habitualidade na prestação do serviço tem relação com a necessidade do serviço prestado, estar o empregado inserido na rotina da empresa. É serviço necessário para que o empregador explore determinada atividade de forma normal, regular.

Na mesma linha, Odonel Urbano Gonçalves¹¹ ensina que “a prestação de serviços eventuais, esporádicos ou episódicos não configura a pessoa do empregado”. Todavia, “continuidade nessa

prestação não significa, necessariamente, trabalho diário”, conforme advertido pelo doutrinador alhures.

Sérgio Pinto Martins¹² lecionando sobre a habitualidade da prestação do serviço

destaca que:

O serviço prestado pelo empregado deve ser de caráter não eventual, e o trabalho deve ser de natureza contínua, não podendo ser episódico, ocasional. Um dos requisitos do contrato de trabalho é a continuidade na prestação de serviços, pois aquele pacto é um contrato de trato sucessivo, de duração, que não se exaure numa única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que é pago o preço e entregue a coisa. No contrato de trabalho, há a habitualidade, regularidade na prestação dos serviços, que na maioria das vezes é feita diariamente, mas poderia ser de outra forma.

Portanto, nesse requisito tem-se que o empregado deve prestar serviço de necessidade contínua, não ocasional, pois se trata de uma espécie de contrato em que o pagamento e/ou cumprimento ocorre repetidamente no tempo de forma sucessiva, chamado de trato sucessivo.

IV) prestação de serviço onerosa: o empregado deve receber um salário a título de contraprestação do serviço prestado. O serviço é a prestação e a percepção de salário é a contraprestação, não há que se falar em empregado quando este prestar serviços gratuitamente.

V) subordinado: o empregado deve ser juridicamente subordinado ao empregador, ou seja, o empregador tem que exercer sob o empregado o poder diretivo da atividade prestada. Se o risco da atividade empresarial é do empregador, este tem o poder/dever de dirigir a condução dos serviços.

Sérgio Pinto Martins¹³ lecionando acerca do tema ensina que:

Subordinação vem do latim subordinatione ou de subordinatio, onis, significando submissão, sujeição. A submissão ou sujeição não podem, porém, levar o trabalhador à escravidão ou à servidão. Encontra-se também a origem da palavra subordinação em sub (baixo) ordine (ordens), que quer dizer estar debaixo de ordens, estar sob as ordens de outrem.

Conforme frisado pelo professor Sérgio Pinto Martins a submissão não pode se confundir com servidão, uma vez que no direito pátrio não se admite a escravidão.

Gláucia Barreto¹⁴ destaca que:

A subordinação, como requisito fundamental para o reconhecimento da relação de emprego, também é conhecida como dependência. As duas expressões estão corretas: dependência ou subordinação.

Não deve existir subordinação em relação à pessoa do empregado, mas sim em relação à atividade prestada pelo empregado ao empregador. Esta subordinação ou dependência é jurídica, consiste em um poder diretivo que tem o empregador sobre a atividade desempenhada pelo empregado.

[...]

O empregado deve obedecer às ordens do empregador. Essas ordens estão relacionadas ao controle do horário de trabalho, de tarefas etc.

Essa subordinação, não alcança a vida pessoal do empregado, como também não deve representar um desrespeito ao trabalho humano.

Ressalte-se, portanto, que a subordinação não é pessoal, mas sim relacionada à atividade desempenhada pelo empregado, pois tem fundamento no poder diretivo do empregador.

Gláucia Barreto¹⁵ destaca que:

Esse controle da mão de obra tem origem no fato de assumir o empregador o risco da exploração da atividade econômica. Por assumir o empregador o risco do negócio deve dirigir os fatos da produção (estabelecimento, máquinas etc.).

O empregado está integrado à estrutura hierarquizada da empresa, conseqüentemente, deve seguir as ordens daquele responsável pelo empreendimento

– o empregador, representado por seus prepostos. [...]

Assim, a dependência necessária para o reconhecimento da figura do empregado, é a jurídica. A dependência econômica não é essencial para esses reconhecimento, embora os empregados normalmente sejam dependentes economicamente dos seus empregadores. Também não é relevante a dependência técnica: isto é, o empregador pode desconhecer completamente a atividade desenvolvida pelo empregado.

Indispensável salientar que o empregado não tem necessariamente que ser subordinado economicamente ao empregador, tão pouco é relevante a dependência técnica, uma vez que não raras vezes o empregador não possui conhecimentos na área de prestação de serviços de seu empregado. É necessário haver subordinação jurídica ou hierárquica, baseada, conforme destacado anteriormente, no poder diretivo do empregador, nos riscos assumidos por este quando optou pelo empreendimento.

Neste sentido, Odonel Urbano Gonçalves¹⁶ destaca que:

[...] a dependência que dá o contorno da figura do empregado é a hierárquica ou jurídica. Quer dizer, aquele estado de sujeição em que se coloca o trabalhador, obrigado-se a cumprir as ordens emanadas do empregador. Se o empregador é aquele que dirige a prestação de trabalho (CLT, art. 2º), emerge evidente que pode fiscalizar e dar ordens a seu empregado.

Portanto, considera-se empregado aquele que presta serviço de caráter não eventual, oneroso, subordinado e personalíssimo.

Empregador

O artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho estatui que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço”. O parágrafo 1º do mesmo artigo estabelece que “equiparam-se a empregador, para os efeitos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”.

Inicialmente mister salientar que o dispositivo acima transcrito confirma as características do empregado destacadas no tópico anterior, especialmente acerca da subordinação, prevendo expressamente que o empregador assume os riscos da atividade econômica (por isso tem poder diretivo, sendo o empregado subordinado juridicamente ou hierarquicamente a ele).

Ao lecionar sobre empregador Sérgio Pinto Martins¹⁷ leciona que:

A CLT dispõe que empregador é a empresa. Para uns, empresa é sujeito de direito, enquanto para outros é objeto de direito, analisada como um conjunto de bens, que não seria equiparável a sujeito de direito. Empregador deveria ser a pessoa física ou jurídica para aqueles que entendem que o empregador não é sujeito, mas objeto de direito. Não deixa de ser empregador aquela atividade organizada que vende bens ou serviços no mercado, mas que não tem finalidade de lucro, como as associações, as entidades de beneficência etc.

[...]

Numa concepção mais objetiva, empregador é o ente destituído de personalidade jurídica.

[...]

O empregador admite o empregado, contrata-o para a prestação de serviços, pagando salários, ou seja, remunerando-o pelo trabalho prestado.

Empregador então é ente destituído de personalidade que contrata o empregado para prestação de serviços, oferecendo-lhe como contraprestação o pagamento de salário.

Sem entrar na discussão acerca do conceito de empresa, Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores Moraes¹⁸ conceituam empregador como a pessoa a quem os serviços são prestados, que pode ser natural ou jurídica [...] um simples indivíduo, uma firma individual, ou uma sociedade, uma pessoa jurídica, uma fundação.

Tem-se assim que empregador é a empresa ou a pessoa a quem os serviços são prestados de forma habitual, contínua, onerosa, subordinada e personalíssima.

1.4. Flexibilização das Normas Trabalhistas

O trabalho é inerente à condição humana, pois é através do trabalho que o ser humano desenvolve-se física e intelectualmente, favorece a convivência com os demais e permite a realização pessoal. Neste sentido, Dallari¹⁹, em seu livro sobre Direitos Fundamentais, afirma que “é através do trabalho que o ser humano desenvolve suas potencialidades, devendo, assim, ser reconhecido como um direito de todo ser humano, um direito individual e um dever social, que deve ser exercido em condições justas”.

Inicialmente o trabalho era visto como um castigo, conforme destacado por Glauca Barreto²⁰:

Pode-se dizer (sem entrar em qualquer discussão científica ou religiosa, mas, apenas como ilustração) que a origem do trabalho coincide com a origem do mundo.

[...]

Aqui o trabalho é visto como uma punição aplicada ao homem após ter este infringido à lei maior. O trabalho penoso, árduo, porém, necessário para a sobrevivência. Mas, o trabalho que redime o homem, que o faz resgatar a sua dignidade.

Destarte, o trabalho remonta-se a origem da formação do universo. Inicialmente representava castigo, mas com o passar do tempo reconheceu-se que o trabalho permite às pessoas resgatarem sua dignidade, é através do desenvolvimento de atividades que as pessoas se desenvolvem, conseguem melhorar interna e externamente.

Todavia, em um primeiro momento não existia a proteção ao trabalhador, que ficava sujeito a jornadas excessivas, salários baixos e exploração por parte dos empregadores. Posteriormente, o Estado passa a proteger o trabalhador, reconhecendo que na relação entre empregado e empregador não há igual, necessitando, o primeiro de proteção jurídica para se igualar ao segundo.

Nesta linha leciona Gláucia Barreto²¹:

A mudança no cenário econômico, social e político fez surgir um novo Estado. O Estado intervencionista, controlador. Ao mesmo tempo em que reprimia a atuação dos movimentos operários, instituía garantias até então inexistentes para os trabalhadores. Essa época foi marcada por uma intensa atuação legislativa e administrativa do Estado, sendo instaurado um abrangente sistema de proteção dos trabalhadores. Nessa ocasião, foi promulgada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, diploma que reuniu as leis sobre direito individual e coletivo do trabalho e o direito processual do trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho é reflexo de muita luta da classe trabalhista, representa escudo ao trabalhador, que é parte mais fraca da relação empregatícia.

A sociedade e o Direito vivem em constante evolução. Nas últimas décadas o Direito do Trabalho sofreu inúmeras transformações, pois este ramo do direito surgiu para equilibrar trabalho e capital. Todavia, com o decorrer do tempo, as mudanças ocorridas na economia, na política e na sociedade exigem uma flexibilização das normas trabalhistas.

Gláucia Barreto²² disserta em seu “curso de direito do trabalho” acerca dos novos rumos do direito do trabalho:

Em razão das mudanças ocorridas na economia, na política e na sociedade, nota-se que o Direito do Trabalho moderno tende a uma flexibilização. Ou seja, uma redução no papel do Estado intervencionista dando espaço para uma atuação direta dos trabalhadores e empregadores no processo de elaboração de novas condições de trabalho.

O avanço da tecnologia, a mão-de-obra barata dos países asiáticos, o desemprego em índices alarmantes, entre outras coisas, desencadearam uma discussão sobre flexibilização.

Destarte, o Direito do Trabalho é uma das disciplinas jurídicas mais sensível às alterações, tanto jurídicas, quanto sociais e econômicas. Entre as principais mudanças ocorridas no Direito do Trabalho tem-se a terceirização, o contrato de trabalho por tempo determinado, o direito ou a faculdade de participação nos lucros da empresa por parte do trabalhador, as alterações trazidas pelo novo Código Civil, pelo novo conceito de Empresa²³, pelo fato de que este Direito não é mais visto só como amparo ao trabalhador, pois tutela também direitos do empregador.

A flexibilização das relações trabalhistas introduz no mercado de trabalho brasileiro uma nova fórmula de entendimento, mais amadurecida e realista com a economia atual.

A terceirização, forte tendência no mundo todo e exemplo de flexibilização das normas trabalhistas, surgiu como necessidade das empresas que ao transferirem as atividades meio para

terceiros, reduziram custos, concentraram em suas atividades fins e melhoraram o gerenciamento da mão-de-obra.

Portanto, a terceirização é uma forte tendência entre as novas perspectivas dos últimos tempos. Primeiramente as atividades meio limitavam-se a manutenção de equipamentos, limpeza, segurança, transporte e alimentação. Entretanto, atualmente, tem-se estendido a várias outras fases do processo produtivo.

Para que esta nova corrente contribua para o progresso da economia, que é sua principal função, as tomadoras de serviços que contratam empresas terceirizantes para prestação de serviços dentro do seu parque fabril, devem ser criteriosas para esta contratação, uma vez que na Legislação Trabalhista há dois pontos básicos que norteiam esta relação, quais sejam a responsabilidade solidária e a subsidiária, que serão analisados em capítulo específico.

Fica nítido que nas últimas décadas muitas mudanças ocorreram em meio a nossa sociedade, mudanças essas no campo sócio-econômico, político e jurídico. Hodiernamente, a globalização e a idéia consumista que permeia a sociedade é preciso um comércio ágil e uma intensa atividade industrial. As indústrias tiveram que substituir as corporações de ofício por ativas e eficientes linhas de montagem, capazes de aumentar a produção, gerando bens em grande quantidade para a prática comercial.

Tem-se, assim, que a terceirização representa possibilidade de crescimento às empresas, geração de emprego, redução de custos e aumento de arrecadação de impostos, como o ISS²⁴ e ICMS²⁵.

CAPÍTULO II

TERCEIRIZAÇÃO

Disposições Introdutórias

Neste segundo capítulo, prioriza-se a terceirização, discorrendo sobre a evolução histórica, para compreender o desenvolvimento deste instituto no decorrer dos anos. Passando-se à origem terminológica e conceito, natureza jurídica e licitude da terceirização, tópico em que se dá ênfase aos requisitos trazidos pela doutrina e contidos na orientação sumulada pelo TST (Súmula 331) necessários para admissão da contratação trilateral, sem reconhecimento de vínculo empregatício com o próprio tomador de serviços.

Evolução Histórica

A terceirização é conseqüência de mudanças nas relações econômicas, surge como um reflexo do desemprego e de crises econômicas, em que os empresários buscam diminuir custos, principalmente com mão-de-obra, aumentar a produtividade e, conseqüentemente, os lucros.

A origem histórica da terceirização remonta ao período da Segunda Guerra Mundial, em que as empresas produtoras de armas não conseguiam abastecer o mercado, em virtude do aumento excessivo da demanda, precisando concentrarem na atividade fim e delegarem as atividades de suporte a terceiros.

Tem-se assim que desde seu surgimento a terceirização representa possibilidade de melhor desenvolvimento da atividade fim da empresa.

Neste sentido leciona Sérgio Pinto Martins²⁶:

Tem-se uma idéia de terceirização no período da Segunda Guerra Mundial, quando as empresas produtoras de armas estavam sobrecarregadas com a demanda. Verificaram que poderiam delegar serviços a terceiros, que seriam contratados para dar suporte ao aumento da produção de armas.

Rubens Ferreira de Castro²⁷ destaca que mesmo antes da Segunda Guerra Mundial já havia prestação de serviços por terceiros:

Antes da II Guerra Mundial existiam atividades prestadas por terceiros, porém não poderíamos conceituá-las como terceirização, pois somente a partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia, autorizando seu estudo pelo Direito Social, valendo lembrar que mesmo este também sofre grande aprimoramento a partir de então.

No Brasil, terceirização é um fenômeno relativamente novo, sendo introduzida nas relações de trabalho brasileiras pelas multinacionais por volta de 1950 e intensificada na década de 70²⁸.

A terceirização surgiu da necessidade do mercado, devendo ser vista como um instituto capaz de auxiliar e melhorar no desenvolvimento sócio-econômico do país. A terceirização em si não representa problemas à aplicação das leis trabalhistas, possíveis obstáculos à observância da legislação trabalhista são encontrados na aplicação indevida do instituto por algumas empresas, nesse sentido no segundo capítulo disserta-se acerca da licitude da terceirização.

O legislador brasileiro paulatinamente foi admitindo um sistema trilateral de contratação. Em 1966 foram editados os Decretos-leis nºs. 1.212 e 1.216, que permitiram aos bancos dispor de serviços de segurança prestados por empresas particulares, gerando a prestação de serviços por empresas de segurança bancária. Em 1968, o Decreto nº 62.756 estabeleceu regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão-de-obra, revelando que a partir do referido momento havia licitude na contratação de funcionários por meio das mencionadas agências²⁹.

Em 1969 editou-se o Decreto-lei nº 1.034, que tratava de medidas de segurança para instituições bancárias, caixas econômicas e cooperativas de crédito e no artigo 4º estabelecia que os estabelecimentos de crédito poderiam admitir diretamente ou contratar por intermédio de empresas especializadas os elementos necessários a sua vigilância.

A primeira norma brasileira que efetivamente tratou de terceirização foi a Lei nº. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, editada para regulamentar a prática do trabalho temporário. Ao discorrer sobre a história da terceirização, Sérgio Pinto Martins³⁰ leciona, utilizando dados de Isis de Almeida, que:

Verifica-se em 1973, no Brasil, que a locação de mão-de-obra vinha se tornando freqüente. Havia mais de 50.000 trabalhadores nessas condições na cidade de São Paulo, os quais prestavam serviços a 10.000 empresas. As empresas tinham por objetivo conseguir mão-de-obra mais barata, não se pretendendo furtar às disposições tutelares da legislação trabalhista, que visava proteger o trabalhador. Nesse contexto é que surge a primeira norma que efetivamente tratou de terceirização – embora não com esse nome -, a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que regulou a prática do trabalho temporário, já utilizado em larga escala no mercado antes da edição daquela regra legal, porém sem qualquer normatização. Parece que nosso legislador foi buscar subsídios na lei francesa nº 72-1 para a edição da Lei nº 6.019, dada a semelhança desta com aquela.

Em 1983 foi editada a Lei nº. 7.102, que revogou o Decreto-lei nº. 1.034, regulamentando acerca da segurança dos estabelecimentos financeiros, permitindo a exploração de serviços de vigilância e de transporte de valores no setor financeiro.

Apesar da utilização em larga escala da contratação trilateral até os dias atuais inexistiu lei regulamentando especificamente acerca da terceirização, em virtude dos inúmeros conflitos envolvendo trabalhadores contratados nessas condições o Tribunal Superior do Trabalho editou duas súmulas, em 1986 a Súmula 256, revisando-a, em 1993, a Súmula 331.

Ao analisar a evolução histórica da terceirização denota-se que é uma forma trilateral de contratação que surgiu a partir das necessidades da sociedade, revelando-se um fenômeno social.

Neste íterim, oportuno salientar a exposição de Sérgio Pinto Martins³¹:

A terceirização é um fenômeno que se apresenta com maior ou menor intensidade em quase todos os países. Num mundo que tende para a especialização em todas as áreas, gera a terceirização novos empregos e novas empresas, desverticalizando-as, para que possam exercer apenas a atividade em que se aprimoram, delegando a terceiros a execução dos serviços em que não se especializaram. Constitui-se a terceirização numa realidade que o Direito do Trabalho tem que analisar.

[...] trata-se de uma realidade histórico-cultural, que deve ser estudada de acordo com a noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo.

A terceirização é uma prática que vem de encontro aos atuais proclames da sociedade, que cada dia mais necessita de especialistas nas diversas áreas de prestação de serviços.

Destarte, mesmo sem a existência de uma legislação autorizadora para regulamentar tal instituto as sociedades privadas começaram a utilizar a chamada terceirização.

Todavia, há que se salientar que a terceirização não está definida em lei, não há norma jurídica tratando especificamente acerca do tema até o momento, é regulado por meio de súmula do TST.

O professor Ismael Marinho Falcão³² contrário a contratação trilateral defende que:

a citada forma de contrato não encontra respaldo em lei, tratando-se, pois, de uma ruptura dos direitos laborais, por meio de flexibilização das normas trabalhistas. Desonera as empresas tomadoras de mão-de-obra de certas

obrigações laborais e assistenciais, ficando estes direitos a cargo das empresas interpostas. Dando, assim, maior agilidade na produção de bens e aumento dos lucros empresariais.

Apesar de não haver norma regulamentando acerca da terceirização, não há também, todavia, norma vedando a contratação de serviços por terceiros. Não podendo se falar em ilegalidade desta prática, uma vez que a Constituição Federal consagra o princípio da livre iniciativa.

Origem Terminológica e Conceito

A palavra terceirização deriva do latim *tertius*, que significa pessoa estranha em uma relação entre duas pessoas, é um terceiro intervindo em uma relação jurídica havida entre duas pessoas³³. Na terceirização a empresa tomadora contrata uma empresa para prestação de serviços em suas atividades-meio, e esta última é a empregadora do terceiro que realizará a atividade, sendo, pois, uma pessoa estranha à contratação realizada entre as duas empresas, por isso utiliza-se o termo terceirização.

Neste sentido, leciona Sérgio Pinto Martins³⁴:

Por terceirização tem-se entendido o fato de a empresa contratar serviços de terceiros para as suas atividades-meio. [...] *No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e o seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto, ser terceiro. A terceirização, entretanto, não fica restrita a serviços, podendo ser feita em relação a bens ou produtos.*

Apesar da variedade de nomenclaturas existentes para determinar a contratação de terceiro para realização de atividade meio da empresa tomadora, na prática os tribunais brasileiros adotam o termo terceirização.

Na definição do Dicionário do Aurélio terceirização significa “contratação de terceiros, por parte de uma empresa, para a realização de atividades que não lhe são essenciais, a fim de racionalizar seus custos, economizar recursos e desburocratizar sua administração”³⁵. E, na definição da enciclopédia Wikipédia “a terceirização ou *outsourcing* é uma prática que visa a redução de custo e o aumento da qualidade. Pode ser usada em larga escala por grandes corporações e, observada principalmente em empresas de telecomunicações, mineração, indústrias etc”³⁶.

Dos dois conceitos acima transcritos denota-se que a terceirização realmente surgiu para reduzir custos e melhorar o desempenho das empresas.

Sérgio Pinto Martins³⁷ ao conceituar terceirização leciona que:

Trata-se, na verdade, de uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial [...].

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

Compreende a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra.

Portanto, a terceirização é uma agregação da atividade fim da empresa terceirizante à atividade meio da tomadora de serviços.

No mesmo diapasão, Gláucia Barreto define terceirização como “possibilidade de contratar terceiro para realização de atividades que não constituem, em regra, o objeto principal da empresa”³⁸. E salienta que “essa contratação pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços, como o de limpeza, de vigilância etc”³⁹.

Portanto, define-se terceirização como contratação de terceiro para realização de atividade meio da empresa tomadora de serviços, atividade esta que será desenvolvida por um empregado da empresa terceirizante, ou seja, é uma contratação trilateral de prestação de serviços ou produção de bens.

Hodiernamente as empresas buscam melhorias constantes em seus produtos e serviços para permanecerem competitivas e a terceirização permite às empresas focarem em suas atividades principais, delegando a outra empresa atividades secundárias. No entanto, por não se moldar à estrutura original do Direito do Trabalho (relação bilateral), essa contratação trilateral encontra restrições doutrinárias e jurisprudências, que tendem a enxergá-la como uma exceção à contratação da força de trabalho, e, por isso, oposta a ordem jurídica.

Natureza Jurídica

A natureza jurídica da terceirização não é pacífica em meio a doutrina brasileira, pois Sérgio Pinto Martins⁴⁰ entende que é variável, será a mesma do contrato de terceirização, *in verbis*:

Difícil é dizer qual a natureza jurídica da terceirização, pois, como visto anteriormente, existem várias concepções a serem analisadas. Dependendo da hipótese em que a terceirização for utilizada, haverá elementos de vários contratos, sejam, eles nominados ou inominados. Assim, poderá haver a combinação de elementos de vários

contratos distintos: de fornecimento de bens ou serviços; de empreitada, em que o interesse é o resultado; de franquia; de locação de serviços; de consórcio; de tecnologia, know how, com transferência da propriedade industrial, como inventos, formulas etc. A natureza jurídica será do contrato utilizado ou da combinação de vários deles.

Assim, de acordo com Sérgio Pinto Martins⁴¹ a terceirização pode ter natureza jurídica de empreitada, franquia, locação de serviços, consórcio, entre outros, variando, conforme, a contratação realizada entre a tomadora de serviços e a empresa terceirizante. E, havendo a combinação de elementos de vários contratos, a natureza jurídica da terceirização será da combinação deles.

Todavia, o doutrinador Ismael Marinho Falcão, defende que “a natureza jurídica da relação deve ser sempre de emprego, excluindo-se o trabalho autônomo, os prestados exclusivamente por razões de humanidade ou recuperação”⁴².

Entende-se que a natureza jurídica da terceirização é contratual, pois, até mesmo na lição de Sérgio Pinto Martins, acima transcrita, consta que “haverá elementos de vários contratos”. Ademais, do próprio conceito da terceirização denota-se que sua natureza jurídica é contratual, pois a empresa tomadora contrata a empresa prestadora para prestação de serviços que não são suas atividades-fins.

Terceirização Lícita

A Constituição Federal em seu artigo 170, parágrafo único, assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Não há norma que veda a contratação de terceiros para prestação de serviços, sendo, pois, a terceirização uma forma de contratação lícita.

Na lição de Sérgio Pinto Martins⁴³:

Não existe norma vedando a contratação de serviços por terceiros. [...]

O inciso III do artigo 3º da Constituição consagra a dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional. Entretanto, essa regra precisa ser interpretada sistematicamente com o artigo 170 da Constituição, que prevê o princípio da livre iniciativa, mostrando serem lícitos quaisquer serviços, como se observa no Código Civil, ao tratar da prestação de serviços (arts. 593 a 609) e da empreitada (arts. 610 a 626), até mesmo porque os prestadores de serviços pagam impostos [...]. A norma que trata do representante comercial autônomo, Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, prevê uma atividade lícita e determina que o representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado informações detalhadas do andamento dos negócios a seu cargo, não se entendendo que esse

procedimento represente subordinação, mas verificação da representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover seus produtos (art. 28). Esses fatos mostram que nem sempre “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços” (inciso I da Súmula 331 do TST), salvo na existência de fraude, caso em que se poderá falar que o vínculo de emprego se forma diretamente com o tomador dos serviços, aplicando-se o art. 9º da CLT.

A terceirização não é a única forma de prestação de serviços por uma pessoa em uma empresa sem ter relação empregatícia com esta, exemplo citado acima por Sérgio Pinto Martins é o representante comercial, que presta serviços à empresa representada, deve inclusive fornecer informações dos negócios e não é empregado. A representação comercial tem inclusive lei regulamentadora.

Sérgio Pinto Martins⁴⁴ segue lecionando que:

Os processos de terceirização que estamos enfrentando talvez nada mais sejam do que o retorno a sistemas de locação de serviços e de empreitada do Direito Civil, embora sob outros rótulos, diante da necessidade de competitividade interna e externa e das crises econômicas que proliferam nos nossos tempos.

A terceirização é uma das soluções utilizadas nos dias atuais pelas empresas para continuarem competitivas, pois é indispensável se concentrarem em suas atividades essenciais, para reduzirem custos e melhorarem a qualidade dos produtos e serviços.

Portanto, inexistindo lei que proíba expressamente a terceirização não há que se falar em ilegalidade dessa forma trilateral de contratação de serviços. Todavia, a terceirização para ser considerada lícita deve observância ao ordenamento jurídico, estando, assim, limitada pelas normas constitucionais e infra-constitucionais.

Em outras palavras, como não há norma que proíbe a terceirização não há que se falar em ilicitude desta prática. No entanto, é indispensável destacar que a contratação trilateral não pode ter como finalidade descaracterizar a relação de emprego existente entre tomadora de serviços e empregado terceirizado. Essa nova forma de contratação deve realmente intuir melhor desenvolvimento das atividades fins da empresa tomadora do serviço, pois no Direito do Trabalho há o princípio da primazia da realidade, de modo que caso a contratação trilateral vise apenas desobrigar a tomadora de serviços das obrigações trabalhistas esta será tida como ilícita, o vínculo de emprego será reconhecido e sua responsabilização dar-se-á nos termos determinado pela CLT.

Em outras palavras, a terceirização que observa os preceitos legais é legal. Quando a contratação burla as leis trabalhistas, sendo apenas uma válvula de escape das empresas que a utilizam com o intuito de redução de custos, fraudes e prejuízos aos trabalhadores, a terceirização é ilícita e condenada pelo direito.

Neste sentido segue abaixo julgado, do relator José Luiz Serafini, do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, em que o vínculo empregatício entre o empregado terceirizado e a fictícia tomadora de serviços foi reconhecido com base na constatação de que a terceirização visava burlar a legislação trabalhista:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FRAUDULENTO. BURLA À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO

EMPREGATÍCIO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. Provado que o contrato firmado com empresa contratante de mão-de-obra foi fraudulento, tendo visado unicamente isentar o tomador dos serviços de eventual condenação no pagamento de créditos trabalhistas, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com esta última empresa, mormente quando comprovado que o empregado já trabalhava para ela mesmo antes da celebração do contrato de prestação de serviços⁴⁵.

Na decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, cuja ementa segue abaixo transcrita, tem-se o reconhecimento de que a terceirização em si não é ilegal, o que não é admitido no direito pátrio é a utilização da contratação trilateral como válvula de escape a aplicação dos preceitos trabalhistas, *in verbis*:

TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. A terceirização, por si só, não enseja nenhuma ilegalidade. Por outro lado, a distinção entre atividade-fim e atividade-meio nem sempre é clara a ponto de determinar a legalidade ou a ilegalidade do objeto contratual, tornando indispensável o exame de situações individuais a partir da atuação de cada empregado (se em cumprimento da terceirização e em que função) para se aferir a fraude. Ademais, a essencialidade da atividade-meio para a consecução da atividade-fim faz com que essa distinção perca relevância. A declaração do vínculo diretamente com a tomadora de serviços demanda detectar a fraude na contratação e a presença dos requisitos da relação de emprego (arts. 2o. e 3o. da CLT), que no caso, não ficaram comprovados⁴⁶.

Abaixo tem-se um julgado também do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em que não se reconheceu o vínculo empregatício entre a tomadora de serviços e o empregado terceirizado, por tratar se de real contratação trilateral, em que a empresa terceirizante realmente figurava

como empregadora. Todavia, reconheceu-se a responsabilização de forma subsidiária da tomadora de serviços pelo adimplemento das verbas trabalhistas, *in verbis*:

TERCEIRIZAÇÃO - ATIVIDADE-MEIO - LICITUDE - Fenômeno da atualidade e tendência do presente século nas relações de trabalho e de prestação de serviços, a terceirização desperta a curiosidade dos doutrinadores e dos juristas, pela crescente expansão. [...] Neste conflito entre a Ciência da Administração e a Ciência do Direito, a terceirização tem enfrentado sérios embates, porquanto, em muitos casos, vem sendo utilizada como fonte de utilização de mão-de-obra barata, com redução dos custos, mas em evidente fraude aos direitos trabalhistas. O desafio do Poder Judiciário é estabelecer os devidos limites entre a terceirização lícita e a ilícita. Assim, no caso concreto, o juiz deve analisar, com especial cuidado, a espécie de terceirização, de modo a salvaguardar os direitos dos trabalhadores envolvidos, parte mais fraca da balança contratual. Na hipótese em tela, tenho, data venia, que não se trata de formação do vínculo diretamente com a 2a. Ré, empresa tomadora da mão-de-obra, mas de terceirização de serviços, dentro do permissivo da Súmula 331, I, do

C. TST. Penso que as atividades desempenhadas pelo Reclamante, quais sejam, instalação e reparos de linhas telefônicas, se inserem na atividade-meio da Telemar. [...] O Direito do Trabalho não pode se divorciar muito do novo sistema de produção, calcado no perfil de uma empresa enxuta e competitiva, de modelo toyotista, para uma sociedade pós-moderna e informacional, quando a jurisprudência do c. TST estabelece, sem prejuízo quantitativo ao hipossuficiente, a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora da mão-de-obra. Por conseguinte, sob a ótica da efetividade dos direitos trabalhistas, desde que não se faça tábula rasa que a Telemar foi a beneficiária dos serviços do Obreiro, incide o inciso IV, da Súmula 331, o que permitirá ao ex-empregado da empresa fornecedora da mão-de-obra receber da empresa tomadora os créditos trabalhistas inadimplidos⁴⁷.

Tem-se, assim, que é pacífico nos tribunais pátrios que a terceirização feita na atividade-meio é lícita, ao contrário, a terceirização na atividade-fim é considerada ilícita.

Percebe-se que a terceirização é uma realidade hodiernamente e, quando praticada com a finalidade para que foi desenvolvida, auxilia no desenvolvimento sócio- econômico do país, sem, contudo, ser contrária a ordem jurídica. A terceirização é lícita quando sua finalidade realmente é concentração da atividade empresarial em sua atividade- fim e descentralização de suas atividades-meio a outras empresas que possuem como atividade-fim a prestação destes serviços. Não há contrariedade ao direito na contratação trilateral, o que desrespeita a legislação trabalhista é a prática da terceirização ilícita. No terceiro capítulo do presente trabalho monográfico analisa-se detalhadamente a Súmula 331 do TST e pode-se ter uma compreensão exata das hipóteses em que terceirização é lícita e legal.

2.5.1. Requisitos

A terceirização é lícita quando inexistirem elementos caracterizadores da relação de emprego no trabalho do terceirizado, analisados no primeiro capítulo do presente estudo.

Em outras palavras, na relação entre o terceirizado e a tomadora não pode existir pessoalidade, continuidade da prestação do serviço, onerosidade e, especialmente, subordinação. Assim leciona Sérgio Pinto Martins⁴⁸:

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados.

O principal fator a ser observado na terceirização é que o terceirizado não pode estar subordinado juridicamente à tomadora de serviços, pois tal espécie de subordinação é um dos principais elementos que caracterizam o vínculo empregatício. A subordinação e os demais elementos caracterizadores da relação de emprego deve configurar-se entre a empresa terceirizante e o empregado terceirizado, jamais entre este e a tomadora de serviços.

Oportuno destacar os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins⁴⁹:

Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá com a empresa prestadora de serviços, que admite, demite, transfere, dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviços seja realizado, principalmente quando o é nas dependências do tomador. Os prestadores de serviço da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos a prova, pois são especialistas no que irão fazer.

As características do vínculo empregatício não podem estar presentes na relação entre tomadora de serviços e empregado terceirizado, porque a terceirização é uma parceria realizada entre a empresa terceirizante e a tomadora de serviços.

Neste sentido é que o terceirizado não pode prestar serviços exclusivamente ao terceirizante, pois se teria revelado certo grau de dependência do primeiro em relação ao segundo, caracterizando a subordinação.

Mister destacar ainda que apenas parte dos funcionários de uma empresa podem ser terceirizados, não é possível, a priori, se falar na terceirização de todo o quadro de determinado departamento da empresa.

Importante requisito a ser analisado quando se verifica a licitude da terceirização é a distinção da atividade da empresa terceirizante das atividades-fins da empresa tomadora.

Sérgio Pinto Martins⁵⁰ ressalva situações a serem evitadas quando da

contratação:

Deve-se evitar a terceirização com pessoas físicas que exercem individualmente suas atividades, inclusive ex-empregado que passe a trabalhar em sua residência, o que poderia dar ensejo à existência de contrato de trabalho em domicílio (art. 6º da CLT), desde que presente a subordinação. O mesmo pode-se dizer em relação à repetição das mesmas empresas prestadoras dos serviços ou sempre dos mesmos trabalhadores prestando serviços na tomadora, desde que evidenciada a subordinação. Deve-se dar preferência para o terceirizado que seja pessoa jurídica, pois o contrato de trabalho forma-se, apenas, com pessoa física (art. 3º da CLT). O próprio ex-funcionário da empresa não deve, de preferência, ser contratado para a prestação dos serviços terceirizados, mesmo rotulando-o na empresa de autônomo, podendo tal rótulo ser aplicado se os serviços não forem prestados no próprio local de trabalho, não houver exclusividade, nem subordinação nos serviços prestados ao terceirizante.

Sabe-se que no direito do trabalho prima-se a realidade, neste sentido a jurisprudência tem entendido que sempre que houver evidenciado a subordinação ou qualquer dos demais elementos caracterizadores do vínculo empregatício, descritos no artigo 3º da CLT, tal vínculo será reconhecido, conforme denota-se das decisões citadas no tópico anterior. Sérgio Pinto Martins⁵¹ sintetiza todos os requisitos alhures descritos lecionando

que:

[...] a terceirização ilícita implica a locação permanente de serviços, o fornecimento de mão-de-obra mais barata, com redução de salário e desvirtuamento da relação de emprego, e também a escolha de parceiros inadequados, quando inidôneos financeiramente. Já na terceirização lícita, nota-se que a empresa dedica-se a um número menor de atividades, há menor desperdício no processo de produção, desconcentração da mão-de-obra, o que importa, muitas vezes, até condição vital de sobrevivência para a empresa, com a diminuição de custos, porém inexistente relação de emprego, visto que o elemento subordinação não está presente.

A terceirização jamais pode ter como único objetivo a redução das despesas, encargos sociais ou salários de seus funcionários. Todavia, não se pode generalizar as situações, dizendo que sempre

haverá fraude ou simulação na terceirização, a contratação trilateral deve ser vista como reflexo dos avanços tecnológicos ocorridos nas últimas décadas, que, quando utilizado com fim de concentração em sua atividade-fim, gera novos empregos e traz benefícios à economia, tais como maior arrecadação dos impostos mencionados anteriormente (ISS e ICMS), redução de custos às empresas que, conseqüentemente, se desenvolvem com maior eficácia, dentre outros.

CAPÍTULO III

TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO TOMADOR

Noções Introdutórias

Neste capítulo, intitulado de “terceirização e responsabilidade do tomador”, aborda-se sobre disposições gerais da responsabilidade, oportunidade em que apresenta-se o conceito e requisitos da responsabilização e contextualiza-se os fundamentos da responsabilidade civil com a responsabilidade no âmbito do Direito do Trabalho.

Em sequência, disserta-se sobre responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária, trazendo as distinções entre estas duas formas de responsabilização.

E, por último, analisa-se a responsabilidade da tomadora por créditos trabalhistas dos empregados da contratada.

Disposições Gerais sobre Responsabilidade

Em todas as formas de relacionamento o ser humano está sujeito a cometer ou sofrer ações potencialmente danosas, de forma que os sistemas jurídicos estabelecem formas de reparação a serem empreendidas pelo causador do dano em favor da pessoa lesada.

No direito brasileiro, a reparação civil encontra amparo no artigo 927 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

No campo doutrinário, há dificuldades em conceituar juridicamente o termo responsabilidade. A concepção clássica conceitua a responsabilidade como obrigação que incumbe a uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. O prejuízo causado pode decorrer de ação ou omissão, em ambas as hipóteses com dolo ou culpa⁵².

O dicionário jurídico conceitua responsabilidade como a “obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito”⁵³.

Entende-se que responsabilidade é a obrigação oriunda de um negócio jurídico ou da lei, pois a responsabilização por ato ilícito é decorrente da lei. Assim, uma pessoa pode ser responsabilizada por ter assumido um compromisso, um risco, através da realização de um negócio jurídico qualquer ou em decorrência de imposição legal.

Não há artigo específico na Consolidação das Leis do Trabalho que trata sobre responsabilização, mas, conforme parágrafo único do artigo 8º da CLT, havendo omissão na CLT, aplica-se o Direito Civil. Desta forma, tal tema é regulado, de modo geral, pelo Código Civil.

No âmbito do direito do trabalho, a responsabilidade do empregador e do tomador de serviços resulta do negócio jurídico celebrado entre eles e entre aquele e o empregado.

A responsabilidade civil tem como pressupostos a ação ou omissão, a existência do dano, o nexo de causalidade e, em se tratando de responsabilidade subjetiva, culpa.

Há várias classificações de responsabilidade civil, como a responsabilidade civil contratual e a extracontratual, a objetiva e a subjetiva, a solidária e a subsidiária. Mas o objetivo principal da presente pesquisa é analisar a responsabilização do tomador de serviços para com o empregado terceirizado, pois a doutrina e jurisprudência majoritária entendem que o tomador é responsável subsidiariamente pelas verbas trabalhistas. Todavia, busca-se demonstrar que a responsabilização solidária é mais compatível com as características do Direito do Trabalho. Neste sentido, abaixo disserta-se sobre estas duas formas de responsabilidade. Daí porque não serão analisadas as outras classificações de responsabilidade civil.

Responsabilidade Solidária

A responsabilidade é solidária quando há multiplicidade de responsáveis, e estes podem responder ou ter direitos individualmente por toda a obrigação, sem ordem de preferência. Nesta linha, estabelece o artigo 264 do Código Civil, *in verbis*: “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”.

Neste sentido, Sérgio Pinto Martins⁵⁴ leciona que:

Há solidariedade quando, existindo multiplicidade de credores ou de devedores na obrigação, ou de uns e outros, cada credor tem direito à totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor.

[...]

Na solidariedade ativa, cada um dos credores solidários tem direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro. A previsão está no art. 267 do Código Civil.

[...]

Solidariedade passiva

O credor tem direito de exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum (art. 275 do Código Civil).

A solidariedade pode ser ativa ou passiva, no primeiro caso cada credor tem direito de exigir do devedor a obrigação por inteiro, já na solidariedade passiva, a pessoa lesada (credora) poderá exigir a responsabilização de qualquer um ou de todos os responsáveis.

Todavia, o Código Civil estabelece em seu artigo 265 que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

De acordo com Sérgio Pinto Martins⁵⁵ “no Direito do Trabalho dificilmente a solidariedade decorre do contrato, pois o tomador não irá querer responder pela dívida do prestador dos serviços”.

Em virtude desta determinação é que não se pode falar em responsabilização solidária do tomador de serviços para com o empregado terceirizado, salvo se expressamente previsto no contrato.

Sérgio Pinto Martins⁵⁶ cita exemplos de responsabilização solidária expressamente previstos na legislação pátria:

Os §§ 2º do art. 2º da CLT e 2º do art. 3º da Lei nº. 5.889/73 mostram também que existe solidariedade passiva no grupo de empresas, podendo o empregado exigir a obrigação de qualquer uma das empresas pertencentes ao grupo.

[...]

Dispõe o art. 16 da Lei nº. 6.019/74 que há solidariedade no caso de falência da empresa de trabalho temporário com o tomador dos serviços.

[...]

No condomínio de empregadores rurais pessoas físicas, por força do contrato que foi estatuído, há solidariedade entre as pessoas físicas para fins da exigência da dívida de qualquer delas por parte do trabalhador.

Orlando Gomes e Élon Gottschalk⁵⁷ também citam exemplos de responsabilidade solidária no Direito do Trabalho:

O Direito do Trabalho, que encara sobretudo a realidade econômica, como se viu, regula o fenômeno que engendra as filiais e as holdings estabelecendo o princípio da solidariedade legal para os efeitos da relação de emprego. Assim, sempre que uma ou mais empresas, tendo embora cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade

econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis, a empresa principal e cada uma das subordinadas.

[...]

Caso especial de solidariedade de empresas é o previsto pela Lei nº. 6.109, de 03.01.1974, que dispõe sobre o trabalho temporário, cujo art. 16 estabelece “no caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta lei”.

Na hipótese acima, não há consórcio econômico de empresas; entretanto, instituiu-se, por lei, a solidariedade entre elas para efeitos de responsabilidade no pagamento das indenizações trabalhistas. A solidariedade é sempre uma decorrência da lei, que a estabelece, e não a imposição da jurisprudência do chamado direito pretoriano.

Assim, apesar de mais compatível com as características e finalidade do Direito do Trabalho, não é possível dizer hoje, haja vista não existir lei regulando sobre a terceirização, que o tomador é responsável solidariamente pelas verbas trabalhistas, para isto é indispensável expressa previsão legal, conforme exemplos acima transcritos.

Todavia, Sérgio Pinto Martins⁵⁸ destaca uma hipótese em que o tomador será responsável solidariamente com o empregador, *in verbis*:

Uma outra hipótese pode ser aplicada subsidiariamente no Direito do Trabalho é a prevista no art. 942 do Código Civil, que dispõe: “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 solidária-mente pela reparação”.

[...]

Pode-se aplicar tal regra para a terceirização trabalhista, quando há mais de um causador do dano, como a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora dos serviços.

O dano mencionado no Código Civil é genérico, tanto abrange o aspecto civil, como o trabalhista, pois a lei não faz distinção, inclusive quanto ao aspecto moral.

Entretanto, para que tal dispositivo seja aplicado é preciso que haja causa de pedir específica para aplicação de solidariedade. Do contrário, não poderá ser observado de ofício pelo juiz, sob pena de violar os arts. 128 e 460 do CPC.

Portanto, nos casos de responsabilização por danos materiais ou morais haverá responsabilidade solidária entre todos os causadores da lesão, de modo que se a empregadora e a tomadora de serviços causarem algum dano ao trabalhador, responderão conjuntamente, sem benefício de ordem, pela totalidade da prestação.

Cabe ressaltar que a empregado e a tomadora de serviços, conforme entendimento majoritário, só responde por danos materiais ou morais se restar comprovado sua culpa no evento danoso, de modo que a responsabilidade é subjetiva, admitindo-se, todavia, responsabilização objetiva, isto é, independente de culpa, no caso da atividade dos empregadores implicar risco para os trabalhadores, conforme preconiza o parágrafo único do art. 927, do CC.

Responsabilidade Subsidiária

Responsabilidade subsidiária é a obrigação secundária, não há dispositivo legal regulando sobre tema, conforme leciona Sérgio Pinto Martins⁵⁹:

A subsidiariedade não tem previsão em lei, nem no Código Civil. Se o devedor não pagar a dívida, paga o responsável secundário, subsidiário.

[...]

Subsidiária vem do latim sbsidiarius, que significa secundário.

Segue Sérgio Pinto Martins⁶⁰ conceituando a responsabilidade subsidiária:

Responsabilidade subsidiária é a que vem em reforço de ou em substituição de. É uma espécie de benefício de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora dos serviços).

A lei não prevê expressamente a responsabilidade subsidiária, que decorre da orientação do inciso IV da Súmula 331 do TST.

Portanto, a responsabilização subsidiária é aquela que o credor deve necessariamente respeitar um benefício de ordem, ou seja, primeiramente deve cobrar o devedor principal, no caso da terceirização a empresa terceirizante, e apenas após o inadimplemento deste é que poderá exigir o pagamento do responsável subsidiário, no caso da contratação trilateral seria a tomadora de serviços.

Responsabilidade da Tomadora por Créditos Trabalhistas dos Empregados da Contratada

No decorrer do trabalho deixou-se claro que não há lei regulando sobre a terceirização, sendo a contratação trilateral orientada por meio da Súmula 331 do TST, que em seu inciso IV estabelece que a responsabilização do tomador de serviços é subsidiária, *in verbis*:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

(mantida) [...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Desta forma, o trabalhador primeiramente deve cobrar da empresa terceirizante, sua empregadora, e, em caso de inadimplemento, é que poderá exigir o pagamento à tomadora de serviços. A responsabilidade da tomadora é secundária, o trabalhador deve respeitar o benefício de ordem.

Gláucia Barreto⁶¹ ao explicar a responsabilização da tomadora de serviços expõe que:

Sendo a responsabilidade da tomadora subsidiária, quer dizer que esta só sofrerá a cobrança judicial (execução) no caso de inexistência ou insuficiência de bens da prestadora na satisfação dos créditos trabalhistas quando requeridos em juízo pelo trabalhador.

Destaca-se que a responsabilidade da forma prevista no inciso IV da Súmula

331 dá-se nos casos em que a terceirização é lícita, pois nos casos de ilegalidade da terceirização, nas situações destacadas em capítulo anterior, o vínculo empregatício existente entre o empregado e a tomadora será reconhecido e esta será diretamente responsável.

Nesta linha, destaca Gláucia Barreto⁶²:

O inciso IV da Súmula 331 estabelece que a empresa tomadora será subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas, havendo inidoneidade da prestadora de serviços na terceirização regular, sem, contudo, afastar a responsabilidade direta dessa última.

[...]

Cabe ressaltar que a empresa tomadora dos serviços responde subsidiariamente pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela prestadora no caso de ser a terceirização considerada lícita.

O Direito do Trabalho surgiu como necessidade de proteção da parte mais fraca da relação empregatícia, de modo que se entende que esta responsabilização de forma subsidiária não representa a melhor, mais benéfica solução para o trabalhador. No entanto, conforme destacado nas linhas acima, a responsabilidade solidária depende de lei ou vontade das partes, não se pode presumir a solidariedade, conforme expressa previsão do artigo 265 do Código Civil.

Neste sentido, só é possível falar em responsabilidade solidária do tomador de serviço se for criada uma lei regulamentando a terceirização e prevendo esta forma de responsabilização.

Diante de todo o exposto, a previsão da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo inciso IV da Súmula 331 do TST deve ser vista como uma proteção ao trabalhador, que deveria ser temporária, utilizada apenas até a edição de lei regulando sobre o tema. Sérgio Pinto Martins⁶³ justifica a responsabilização subsidiária da seguinte forma: *Se a tomadora é beneficiada da prestação de serviços do autor, deve responder subsidiariamente, conforme a orientação do inciso IV da Súmula 331 do TST. Não é possível determinar o retorno do empregado ao status quo ante, porque não pode ser devolvida sua energia de trabalho. Assim, ele tem de receber de quem foi beneficiado da prestação dos serviços.*

No mesmo diapasão, Gláucia Barreto⁶⁴ leciona que:

Justifica-se esse posicionamento do TST na teoria do risco empresarial objetivo, segundo o qual aquele que se beneficia do serviço prestado, assume seus riscos.

No mais, a súmula referida tem o objetivo de evitar contratações feitas com empresas “laranjas”, ou seja, sem patrimônio, empresas de fachada e, que antes da edição da súmula eram utilizadas de forma freqüente como uma maneira da tomadora beneficiar-se do serviço prestado sem qualquer compromisso social com os trabalhadores.

Dessa forma a tomadora obriga-se a indagar a capacidade econômica e financeira da prestadora de serviços, sob pena de ser responsabilizada com base nas teorias da culpa in eligendo (em que o tomador deve responsabilizar-se pela escolha inadequada da empresa que irá prestar os serviços) e in vigilando (por falta de fiscalização da idoneidade da empresa).

Além disso, e talvez o argumento mais forte justificador da previsão de responsabilidade subsidiária sumulada em súmula do TST, pode-se destacar a aplicação ao caso em tela do Princípio Protetor que norteia todo o Direito do Trabalho: o mais fraco, o hipossuficiente deve ser protegido dos interesses do capital, do poder econômico.

Antes da edição da Súmula 331 havia muitas discussões acerca da responsabilidade do tomador de serviços. De modo que a orientação surgiu como respaldo para a responsabilização do tomador ainda que em um segundo momento.

Todavia, analisando os ensinamentos do professor Sérgio Pinto Martins, transcritos acima, confirma-se a hipótese levantada no início do desenvolvimento da pesquisa de que o reconhecimento do tomador de serviço como responsável solidário pelas verbas trabalhistas inadimplidas é mais compatível com os fins do Direito do Trabalho, pois é a tomadora a beneficiada pelos serviços prestados pelo empregado terceirizado.

Segue lecionando Sérgio Pinto Martins⁶⁵ que:

O não-pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado mostra a inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços. Isso indica que a tomadora dos serviços tem culpa in eligendo e in vigilando, pela escolha inadequada de empresa inidônea financeiramente e por não a fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhistas.

[...]

Com essa orientação, o verbete pretende aconselhar as pessoas que fazem terceirização para que contratem empresas idôneas, sob pena de, se o empregado ajuizar ação contra a empresa prestadora dos serviços e a tomadora, esta última ficará responsável subsidiariamente pelo pagamento de verbas trabalhistas, em decorrência da inidoneidade da prestadora dos serviços e da culpa in eligendo e in vigilando.

Não há legislação prevendo a responsabilidade do tomador de serviços para com o empregado terceirizado. O fundamento para a responsabilidade ainda que de forma subsidiária é a culpa *in eligendo* e *in vigilando* deste, ou seja, como beneficiária da atividade prestada pelo trabalhador a tomadora tem a obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações previstas na legislação trabalhista, bem como a idoneidade financeira da empresa que fez a parceria.

Ainda de acordo com o professor Sérgio Pinto Martins⁶⁶:

Acertadamente, o TST falou em responsabilidade subsidiária, por se aplicar analogicamente, o art. 455 da CLT, que não trata de responsabilidade solidária, pois a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (art. 265 do Código Civil). O inciso IV da Súmula 331 do TST interpreta, portanto, corretamente o dispositivo consolidado ao se falar em responsabilidade subsidiária. O tomador dos serviços não é, portanto, solidário com o prestador dos serviços, segundo a orientação da Súmula 331 do TST. O tomador dos serviços somente responderá se o prestador dos serviços não pagar a dívida trabalhista ou se o seu patrimônio for insuficiente para o pagamento do débito.

Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, sempre que o judiciário é “acionado” o juiz deve por fim ao litígio, independentemente se há lei regulamentando o tema. Neste sentido, há mecanismos que auxiliam o magistrado a solucionar um caso mesmo diante de uma lacuna na lei. A terceirização é um exemplo que, diante da omissão do legislador, o judiciário, através do Tribunal Superior do Trabalhador, editou a Súmula 331, utilizando da analogia.

A orientação contida no inciso IV da Súmula 331 aplicou por analogia a forma de responsabilização da subempreitada prevista no artigo 455 da CLT, segundo o qual “nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro”.

Todavia, mister destacar que a tomadora de serviços deve compor o polo passivo da ação trabalhista desde o início, pois caso contrário a condenação não pode-lhe ser estendida, em virtude dos limites da coisa julgada. Conforme, adverte Sérgio Pinto Martins⁶⁷:

Para serem cobrados os direitos trabalhistas da empresa tomadora é preciso, porém, sua inclusão no pólo passivo da ação, pois, num processo, quem não foi parte na fase de conhecimento não o pode ser na execução. Se a empresa for excluída do pólo passivo e houver trânsito em julgado, não poderá ser parte na execução, pois a coisa julgada se dá entre as partes que figurarem no feito e não em relação a terceiros (art. 472 do CPC).

[...]

A responsabilidade subsidiária só existe se o devedor principal não adimplir a obrigação. Neste caso, o responsável subsidiário irá responder, desde que tenha participado da relação processual e tenha havido o trânsito em julgado da decisão.

No mesmo sentido, leciona Gláucia Barreto⁶⁸:

Participando a empresa tomadora/cliente da relação processual e constando seu nome do título executivo judicial, poderá ser esta responsabilizada pelo cumprimento das obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora.

Portanto, inicialmente deve ser proposta ação trabalhista em desfavor da empregadora e da tomadora de serviços, justificada a inclusão desta última pela inidoneidade financeira da primeira. No entanto, no momento da execução deve-se observar o benefício de ordem, cobrando primeiro da empregadora e, secundariamente, da tomadora de serviços.

Indispensável destacar ainda que a tomadora só será responsável subsidiariamente se a prestação de serviços pelo empregado terceirizado tiver realizado-se nas dependências de sua empresa, cabendo ao empregado provar tal prestação. Assim, leciona Sérgio Pinto Martins⁶⁹:

O empregado deverá provar que prestou serviços para a empresa tomadora de serviços, por se tratar de fato constitutivo do seu direito (art. 333, I do CPC), caso tal fato seja negado. Se o trabalho era realizado pelo empregado nas dependências do próprio prestador serviços, não se pode falar em responsabilidade solidária do tomador. É o exemplo da empregada que lavava roupas para vários hospitais nas dependências da própria prestadora de serviços e não das tomadoras.

Ressalte-se ainda que na inicial o empregado deve justificar a inclusão da tomadora de serviços no polo passivo, pois trata-se de responsabilidade subsidiária, de modo que sua legitimidade depende pelo menos de indícios de inidoneidade financeira da empresa terceirizante. Acerca do assunto, leciona Sérgio Pinto Martins⁷⁰:

Na prática, o que se tem verificado é a propositura abusiva de ações contra o tomador dos serviços, sem que haja explicação para a inclusão daquele no pólo passivo da ação, nem mesmo prova ou afirmação de que há inidoneidade financeira da prestadora dos serviços ou de que simplesmente desapareceu sem pagar seus empregados. Não admito a propositura de ações desse tipo quando inexista qualquer justificativa na petição inicial para tanto.

Salienta-se que o tomador de serviços que se responsabilizar pelas verbas trabalhistas não pagas pela empresa terceirizante, real empregadora, terá direito de regresso contra esta, caso contrário seria enriquecimento ilícito. Neste sentido, destaca Sérgio Pinto Martins⁷¹:

Aquele que pagou as verbas trabalhistas do real prestador dos serviços terá direito de regresso contra a prestadora, o que, aliás, se verifica no parágrafo único do art. 455 da CLT quanto ao empreiteiro principal e o subempreiteiro, o que pode também ser aplicado por analogia.

A responsabilização subsidiária da tomadora de serviços é limitada ao período em que o empregado prestou serviços àquela.

Alterações na Súmula 331 do TST

Após a conclusão da pesquisa, a Súmula 331 sofreu alterações introduzidas pelo TST em virtude da declaração de constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93 pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.

Todavia, mister salientar que as inovações introduzidas na súmula em comento não alteram as idéias dissertadas nos tópicos anteriores, apenas a título de esclarecimentos aponta-se neste tópico as alterações introduzidas no ordenamento acerca do tema da pesquisa. O artigo 71 da Lei 8.666/93 estabelece que os órgãos da Administração Pública

Direta ou Indireta não se responsabilizam pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas das empresas contratadas pelos entes públicos.

A orientação da Súmula 331 do TST, inciso IV estabelece que:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Tem-se que o dispositivo legal e a súmula são conflitantes, pois enquanto aquele estabelece a não responsabilização dos órgãos da Administração Direta ou Indireta, esta impõe aos referidos órgãos a responsabilidade subsidiária.

A declaração da constitucionalidade do dispositivo legal exigiu uma revisão da Súmula pelo TST. Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do inciso IV da Súmula em questão e adicionou a ela mais dois incisos, *in verbis*:

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 n. 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.

Percebe-se, portanto, que as alterações introduzidas pelo TST na Súmula 331, representam apenas adequação da Súmula ao atual entendimento do STF. Com a nova redação, tem-se que os entes públicos só se responsabilizaram por créditos trabalhistas de suas contratadas mediante a comprovação de culpa, ou seja, fica instituída a obrigação subsidiária subjetiva.

Não há que se falar em responsabilidade subsidiária automática aos entes públicos, como se dá no caso de empresas privadas. O novo entendimento dificulta ao empregado a efetividade de seus direitos.

Quanto ao inciso VI, o entendimento sumulado confirma que a responsabilidade subsidiária abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

CONCLUSÃO

A relação de emprego é a relação existente entre o empregado que presta serviços não eventuais a empregador, de maneira pessoal, onerosa e subordinada, regulada pela legislação trabalhista.

Para o reconhecimento da existência do vínculo empregatício em uma relação nos moldes alhures descrito não há necessidade de um contrato escrito, expressamente firmado entre as

partes, ou seja, materializadas as condições da relação empregatícia há relação de emprego e o trabalhador tem todos os direitos de empregado previstos na legislação trabalhista, em virtude da primazia da realidade.

Portanto, são sujeitos da relação de emprego o empregado e o empregador. O primeiro, conceituado no artigo 3º, da CLT, é aquele que presta serviço de forma habitual (contínua, não eventual), onerosa (mediante a percepção de salário), subordinada (sob a direção do empregador) e personalíssima a empregador. O segundo sujeito, empregador, pode ser conceituado como ente destituído de personalidade que contrata o empregado para prestação de serviços, oferecendo-lhe como contraprestação o pagamento de salário (art. 2º, CLT). Em outras palavras, empregador é a empresa ou a pessoa a quem os serviços são prestados de forma habitual, contínua, onerosa, subordinada e personalíssima.

Tem-se, destarte, que a relação de emprego é bilateral. Todavia, a globalização, o consumo em alta e a necessidade de produzirem com maior rapidez, qualidade e eficiência fizeram surgir uma forma de contratação trilateral, ou seja, para se manterem competitivas em um mercado cada vez mais exigente as empresas tiveram que se especializarem em suas atividades fins e delegarem atividades secundárias para outras empresas, surgindo assim a terceirização.

Em outras palavras, o Direito do Trabalho com o decorrer do tempo, as mudanças ocorridas na economia, na política e na sociedade, admitiu uma flexibilização em suas normas. A terceirização, exemplo da flexibilização das normas trabalhistas, é reflexo da necessidade do mercado, devendo ser vista como um instituto capaz de auxiliar e melhorar no desenvolvimento sócio-econômico do país.

Terceirização, palavra de origem latina, pode ser definida como contratação de terceiro para realização de atividade meio da empresa tomadora de serviços, atividade esta que será desenvolvida por um empregado da empresa terceirizante, ou seja, é uma contratação trilateral de prestação de serviços ou produção de bens.

Na terceirização não há vínculo empregatício entre o trabalhador que presta os serviços e a tomadora, àquele é empregado da empresa terceirizante, de modo que os requisitos que compõem a relação de emprego não podem ficar caracterizadas entre o empregado terceirizado e a tomadora de serviços, uma vez que a relação de emprego existente nesta forma trilateral de contratação de mão de obra dá-se entre o empregado e a empresa interveniente.

No Brasil muita se discute acerca da terceirização, em virtude de não haver lei que regule especificamente sobre o tema até o presente momento, apesar de ser utilizada em larga escala pelas empresas.

Todavia, destaca-se que, apesar de não haver norma regulamentando acerca da terceirização, não há também norma vedando-a, de modo que não há que se falar em ilegalidade desta contratação trilateral, pois a livre iniciativa é uma garantia constitucional (artigo 170, parágrafo único, CF), desde que observe o ordenamento jurídico.

Essa lacuna existente na lei brasileira “exigiu” um posicionamento do Judiciário sobre o assunto, dando causa a Súmula 331 do TST, pois pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, sempre que o judiciário é “acionado” o juiz deve por fim ao litígio, independentemente se há lei regulamentando o tema.

Atualmente é pacífico que as características do vínculo empregatício não podem estar presentes na relação entre tomadora de serviços e empregado terceirizado, porque a terceirização é uma parceria realizada entre a empresa terceirizante e a tomadora de serviços.

A terceirização não pode objetivar descaracterizar a relação de emprego existente entre tomadora de serviços e empregado terceirizado, o objetivo da contratação trilateral deve ser melhorar o desenvolvimento das atividades fins da tomadora, pois constatado que a terceirização é uma forma de burlar as leis trabalhistas, o vínculo de emprego será reconhecido e a tomadora de serviços será principal responsável pelas verbas trabalhistas, nos termos determinado pela CLT, com fundamento no princípio da primazia da realidade.

A terceirização que respeita os preceitos constitucionais e infraconstitucionais é lícita. E mesmo nestes casos é possível falar em responsabilização da tomadora de serviços pelas verbas trabalhistas não pagas pela empresa terceirizante. O objeto de estudo desta pesquisa foi esta responsabilização, objetivou-se com o desenvolvimento da presente saber se a responsabilidade da tomadora de serviços pelas verbas trabalhistas devidas ao empregado terceirizado pode ser solidária.

Ressalte-se que responsabilidade é a obrigação oriunda de um negócio jurídico ou da lei. Assim, uma pessoa pode ser responsabilizada por ter assumido um compromisso, um risco, através da realização de um negócio jurídico qualquer ou em decorrência de imposição legal.

Na Consolidação das Leis do Trabalho não há norma regulamentando sobre responsabilidade, mister, assim, utilizar-se de preceitos contidos no Código Civil (artigo 8º, parágrafo único, CLT).

A responsabilidade solidária é quando há multiplicidade de responsáveis, sem benefício de ordem, ou seja, cada um pode responder ou ter direitos individualmente por toda a obrigação (artigo 264, Código Civil). No entanto, a solidariedade resulta da lei ou da vontade das partes, não pode ser presumida, conforme determina o artigo 265 do Código Civil.

Responsabilidade subsidiária é aquela que o credor deve necessariamente respeitar um benefício de ordem, ou seja, primeiramente deve cobrar o devedor principal, no caso da terceirização a empresa terceirizante, e apenas em caso de inadimplemento deste é que poderá exigir o pagamento do responsável subsidiário, no caso da contratação trilateral seria a tomadora de serviços. Trata-se, portanto, de obrigação secundária, não há dispositivo legal regulando sobre tema.

A doutrina e jurisprudência majoritária entendem que o tomador é responsável subsidiariamente pelas verbas trabalhistas, é o que orienta também o TST no inciso IV da Súmula 331. No entanto, a responsabilização solidária é mais compatível com as características do Direito do Trabalho, conforme destacado na hipótese do projeto de pesquisa e confirmado após sua realização.

Apesar de ser mais compatível com o caráter protecionista do Direito do Trabalho, como não há lei que regule especificamente sobre a terceirização, não é possível responsabilizar a tomadora de serviços pelas verbas trabalhistas da empresa terceirizante de forma solidária, salvo se expressamente previsto no contrato realizado entre as duas empresas, pois a solidariedade não se presume, depende de expressa previsão legal ou vontade das partes.

Apenas, nos casos de responsabilização por danos materiais ou morais haverá responsabilidade solidária entre todos os causadores da lesão, de modo que se a empregadora e a tomadora de serviços causarem algum dano ao trabalhador, responderão conjuntamente, sem benefício de ordem, pela totalidade da prestação.

Atualmente, o trabalhador necessariamente deve buscar o recebimento das verbas trabalhistas primeiramente de sua empregadora, e, em caso de inadimplemento, poderá exigir o pagamento à tomadora de serviços. A responsabilidade da tomadora é secundária, o trabalhador deve respeitar o benefício de ordem.

Mister salientar que a previsão da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo inciso IV da Súmula 331 do TST representa proteção ao trabalhador, tendo em vista que a responsabilização de forma solidária só seria possível se expressamente prevista. Assim, a orientação surgiu como respaldo para a responsabilização do tomador ainda que em um segundo momento.

Enfim, atualmente prevalece a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, por não haver norma prevendo a responsabilidade solidária. Todavia, deve-se repensar essa forma de responsabilização que muitas vezes dificulta o recebimento das verbas trabalhistas pelo trabalhador. A tomadora de serviços se beneficiou com a atividade prestada pelo trabalhador e deve ser responsável solidariamente com a terceirizante, é uma forma de exigir das empresas que se utilizam da contratação trilateral maior cuidado na escolha de suas parceiras.

REFERÊNCIAS

AQUINO, André Wilson Avella de. **Terceirização: Responsabilidade Solidária X Responsabilidade Subsidiária**. Disponível em: <http://www.trt13.gov.br/revista/6andré.htm>. Acesso em 22 abr. 2010.

BARRETO, Glaucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

BORGES, Nara Rúbia Martins. *et al.* **Manual de Metodologia Científica do ILES Itumbiara-GO**. Auriluce Pereira Castilho, Nara Rúbia Martins Borges, Vânia Tanús Pereira (Org.). Itumbiara: ILES/ULBRA, 2011.

CARRION, Valentin. **Comentários a Consolidação das Leis Trabalhistas**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2005 DALARRI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: moderna, 1998.

Dicionário Aurélio. Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/Terceirizacao>. Acesso em: 20 out. 2010.

Dicionário Jurídico. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/dicionario_juridico. Acesso em: 12 abr. 2011.

Enciclopédia **Wikipedia**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 20 out. 2010.

FALCÃO, Ismael Marinho. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. 20. Ed. São Paulo: Edipro.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALES, Odonel Urbano. **Manual de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

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

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito de trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, outubro 2001. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2036](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2036). Acessado em: 29 abr. 2010.

TARTUCE, Flávio. **Natureza jurídica da indenização moral**. Disponível em: <<http://www.diex.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. **Consulta Jurisprudencial**. Disponível em: <http://www.trt17.jus.br>. Acesso em 20 nov. 2010.

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Consulta Jurisprudencial**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/>. Acesso em 20 nov. 2010.