

LUIZ HENRIQUE CARVALHO ROCHA

**OS EFEITOS SOCIAIS DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E A
RESPONSABILIDADE SOCIAL E PATRIMONIAL DAS EMPRESAS TOMADORAS
DE SERVIÇOS**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2014

**OS EFEITOS SOCIAIS DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E A
RESPONSABILIDADE SOCIAL E PATRIMONIAL DAS EMPRESAS TOMADORAS
DE SERVIÇOS**

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de Pós-Graduado em Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Ms. Jurandir Zangari Júnior.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2014

Banca Examinadora

Este trabalho é dedicado a todos que colaboraram em mais esta caminhada de muita luta em busca do sucesso. Inicialmente a Deus que me trilhou no caminho do Direito, a minha amada Camila, com muito amor e carinho, por sempre estar ao meu lado nos momentos de luta e de glória. Você é muito especial e sempre estará no meu coração! Aos meus pais Luiz e Maria do Carmo, com muito amor, carinho, respeito e admiração pelos exemplos de luta e perseverança, ambos me apoiando nos momentos felizes e difíceis, a minha irmã Aline que sempre esteve ao meu lado com amor e carinho e especialmente ao meu irmão Leandro, que infelizmente nos deixou repentinamente, mas sempre estará em meu coração e em minhas lembranças. Essa conquista é inteiramente dedicada a você, meu eterno gigante!

Agradeço a todos os professores que contribuíram para a minha formação acadêmica, em especial ao Professor Ms. Jurandir Zangari Júnior, pela atenção e empenho demonstrados ao longo da elaboração deste Trabalho de Conclusão de Curso. Muito obrigado por tudo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS.....	3
1.1 O surgimento da terceirização no mundo	3
1.2 Capitalismo e a gestão do trabalho	4
1.3 O início da terceirização no Brasil.....	8
1.4 Conceito e Terminologia.....	9
2. A TERCEIRIZAÇÃO E OUTROS RAMOS DO DIREITO	13
2.1 A terceirização e o direito civil	13
2.2 A terceirização e o direito comercial	16
2.2.1 Engineering.....	16
2.2.2 Contrato de fornecimento	17
2.2.3 Concessão mercantil	17
2.2.4 Consórcio.....	18
2.2.5 Assistência técnica.....	18
2.2.6 Representação comercial autônoma	18
2.3 Considerações sobre a terceirização e o direito civil e comercial	20
3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	22
3.1 A evolução legislativa no Brasil	22
3.2 O artigo 455 da CLT e a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho	28
3.3 O projeto de lei nº 4.330 e seus apensos	44
3.4 Reconhecimento da repercussão geral pelo STF	49
4. DIREITO ESTRANGEIRO / INTERNACIONAL.....	52
4.1 Espanha.....	52
4.2 Argentina	53
4.3 Itália	53
4.4 Japão	54
4.5 Bloco econômico composto pelos “Tigres Asiáticos”	54
4.6 Organização Internacional do Trabalho (OIT)	55
5. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA	56
5.1 Terceirização Lícita	56
5.2 Terceirização Elícita	60
5.3 Distinção entre atividade-meio e atividade-fim.....	63

5.4 Efeitos jurídicos da terceirização lícita e ilícita.....	67
6. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA X SOLIDÁRIA	72
6.1 Responsabilidade subsidiária.....	72
6.2 Responsabilidade solidária	77
7. RESPONSABILIDADES DO TOMADOR DE SERVIÇOS	84
7.1 A responsabilidade social do tomador de serviços.....	85
7.2 A responsabilidade patrimonial do tomador de serviços.....	88
7.3 Imposição da responsabilidade solidária e objetiva	89
CONCLUSÃO.....	91
8. BIBLIOGRAFIA	94

RESUMO

Este trabalho versa sobre os efeitos sociais da terceirização de serviços e a responsabilidade social e patrimonial das empresas tomadoras de serviços, partindo-se de uma análise teórica sobre o fenômeno da Terceirização de Serviços, cotejando-o com os outros ramos do direito, com o estudo da legislação pátria sobre o tema e as previsões nas Convenções da OIT e na legislação de alguns países europeus.

A presente monografia buscou pesquisar os principais efeitos sociais da Terceirização de Serviços no Brasil e as consequências econômicas e patrimoniais para as empresas que contratam os serviços terceirizados.

Outro tema correlato que foi objeto de análise do presente estudo trata-se da utilização da responsabilidade civil objetiva e solidária das empresas tomadoras de serviços, especialmente a análise da possibilidade de que a existência de uma legislação prevendo essas duas modalidades de responsabilidade como solução, ou ao menos a redução, dos efeitos sociais desse fenômeno socioeconômico irreversível.

PALAVRAS CHAVES

- a) Terceirização de Serviços;
- b) Responsabilidade Subsidiária e Solidária;
- c) Terceirização Lícita e Ilícita;
- d) Responsabilidade Social e Patrimonial do Tomador de Serviços.

ABSTRACT

This paper discusses the social effects of outsourcing services and social responsibility and equity of companies borrowing services, starting with a theoretical analysis of the phenomenon of outsourcing service, comparing it with other areas of law, with the study homeland legislation on the subject and forecasts in the ILO Conventions and the laws of some European countries.

This thesis sought to investigate the main social effects of Outsourcing Services in Brazil and the economic and financial consequences for companies that hire outsourced services.

Another closely related issue that was the subject of analysis of this study deals with the use of objective liability and supportive of companies borrowing services, especially to examine the possibility that the existence of a legislation providing for these two types of liability as a solution, or at least reducing, the social effects of irreversible social-economic phenomenon.

KEYWORDS

- a) Outsourcing Services;
- b) Subsidiary Responsibility and Solidarity;
- c) Outsourcing legal and illegal;
- d) Social Responsibility and Equity of the Borrower Services.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende versar sobre os principais aspectos e efeitos sociais do fenômeno da terceirização de serviços e a respectiva responsabilidade social e patrimonial das empresas que contratam mão-de-obra nesses moldes.

Diante da constante flexibilização das relações de trabalho, buscou-se estudar as características essenciais para a compreensão do fenômeno da terceirização de serviços aplicado no Brasil.

Para tanto, trouxemos inicialmente, aspectos primordiais da história e surgimento deste fenômeno no mundo, a fim de que pudéssemos constatar como e quando surgiu e, ainda, qual a relação disso com a evolução da forma de gestão do trabalho. Ato contínuo, verificamos a sua evolução histórica e legislativa no Brasil, atrelando-os aos conceitos e terminologia desse fenômeno. Comparamos essa modalidade contratual com outras espécies de contratos cíveis, evoluindo até o direito estrangeiro e internacional. Esse é o teor do abordado nos quatro primeiros capítulos desse trabalho.

Já no capítulo 5, abordamos os conceitos teóricos e práticos da terceirização lícita e ilícita, distinguindo-as entre si e contextualizando-as com a doutrina e a jurisprudência atual dos Tribunais trabalhistas.

Nesse sentido, também abordamos no capítulo 5, as peculiaridades de cada uma dessas formas de terceirização, ocasião em que traçamos os variados aspectos doutrinários e jurisprudências que distinguem atividade-meio e atividade-fim, almejando-se a análise dos efeitos jurídicos da terceirização lícita e ilícita, a fim de que pudéssemos atrelá-los com o próximo capítulo que tratou das modalidades de responsabilidade das empresas contratantes.

Nessa toada, estudamos no capítulo 6, a responsabilidade subsidiária e a responsabilidade solidária, explorando os aspectos doutrinários e jurisprudenciais firmados sobre o tema, ilustrando a explanação com citações doutrinárias pertinentes, bem como ressaltamos questões atuais e necessárias para o correto estudo do tema, como por exemplo, a abordagem sobre a “nova” corrente doutrinária e jurisprudencial que vem se formando no sentido de aplicar a responsabilidade solidária entre os contratantes na terceirização de serviços.

Por fim, observamos questões práticas atinentes a responsabilidade social e patrimonial do tomador de serviços, colacionando dados estatísticos sobre o tema e analisando-os com referência aos possíveis efeitos jurídicos, econômicos e sociais da terceirização de serviços,

bem como refletindo sobre quais alterações sofreriam esses efeitos, caso a responsabilidade entre os contratantes fosse solidária e objetiva.

A escolha do tema desenvolvido neste trabalho se deu em virtude da constatação que fizemos após um período de militância na área trabalhista, pois constatamos que o fenômeno da terceirização de serviços é algo irreversível em nossa sociedade, sendo que as proteções legais existentes nos dias atuais não coíbem a adoção de medidas escusas dos contraentes de mão-de-obra nessa modalidade, bem como que as próprias empresas idôneas e, principalmente, os trabalhadores brasileiros não estavam realmente protegidos contra a exploração sem pudores da sua força de trabalho, sendo certo que isso implica em diversos reflexos na sociedade como um todo.

Pela análise das questões pontuadas nessa introdução, pretendemos demonstrar que a relevância da proteção à essa modalidade de contratação de mão-de-obra vai além de simples direitos de ordem trabalhista, visto que é pelo trabalho que a pessoa humana alcança o necessário ao desenvolvimento de suas potencialidades e, mais que isso, obtém recursos que viabilizam a aquisição dos bens e serviços necessários à sua sobrevivência digna.

Além do mais, tanto os trabalhadores como as empresas idôneas que fornecem mão-de-obra com especialidade e cumprem com todas as suas obrigações legais são afetadas por essa prática desleal existente no mercado brasileiro, tendo em vista que por muitas vezes, a empresa contratante opta por contratar qualquer empresa apenas para reduzir custo, visando um aparente benefício econômico e sob o pretexto de que isso não lhe trará implicações futuras, já que a sua responsabilidade é apenas subsidiária.

Assim, a partir dessas contratações escusas é que surgem os reflexos sociais e patrimoniais das relações de trabalho decorrentes da terceirização de serviços, visto que vários, para não se dizer todos, direitos trabalhistas e obrigações legais reflexas são descumpridos, razão pela qual pretendemos refletir sobre esses efeitos e quais seriam as responsabilidades das empresas tomadoras de serviços (contratantes).

Para a produção do trabalho em apreço, utilizamo-nos de uma pesquisa bibliográfica em doutrina, jurisprudência, artigos e legislações.

1. O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Para um melhor estudo sobre o tema proposto no presente trabalho, faz-se necessário verificarmos um breve histórico do fenômeno da terceirização de serviços desde o seu surgimento no mundo, evoluindo com a fase do desenvolvimento do capitalismo e a gestão do trabalho (fordismo e toyotismo) e, por fim, o início desse fenômeno socioeconômico no Brasil.

Ato contínuo, também analisaremos o conceito e a terminologia da terceirização de serviços.

1.1 O surgimento da terceirização no mundo

Segundo leciona Sérgio Pinto Martins:

“Tem-se uma ideia 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.”¹

Todavia, a história do surgimento do fenômeno da terceirização no mundo não se limita ao aumento de produção de armas durante a Segunda Guerra Mundial, estando intimamente ligada à transição do sistema de produção adotado pelo capitalismo a partir de 1970 quando da crise do Estado do “Bem-Estar Social”, ou *Welfare State*.

Desta feita, tem-se que as raízes do fenômeno da terceirização estão cravadas na relação entre o capitalismo e a gestão do trabalho, razão pela qual analisaremos todas as questões pertinentes a essa relação no subitem abaixo, o que trará maior conhecimento para o nosso estudo acerca do fenômeno da terceirização.

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 2.

1.2 Capitalismo e a gestão do trabalho

A história nos revela que entre a I Revolução Industrial e o processo seguinte a I Guerra Mundial, surgiu um grande movimento de organização e consolidação de um novo ramo jurídico-social especializado na análise das relações de emprego, denominado de Direito do Trabalho.

É certo que nesse período, mesmo que de forma desorganizada por assim dizer, houve uma progressiva intervenção do Estado nas relações de trabalho, com o objetivo de garantir condições de trabalho mais justas à classe trabalhadora que era considerada hipossuficiente nas relações firmadas com os empregadores.

Neste diapasão, iniciou-se o movimento da constitucionalização dos direitos sociais, inclusive do Direito do Trabalho, etapa essa que teve como marcos a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar e, por fim, mas não menos importante, a criação da OIT.

Com efeito, restou nítido que neste período as relações entre os empregados e empregadores ganharam grande relevo social e cultural, já que essa evolução das relações teria culminado na criação de um novo ramo jurídico especializado na proteção da relação social de emprego e com *status* constitucional.

Nesse período, a sociedade adentrou no chamado Estado do “Bem-Estar Social”, ou *Welfare State*, no qual os trabalhadores já reunidos em sindicatos, juntamente com o Estado buscavam uma maior intervenção para a proteção e a inclusão dos menos favorecidos na sociedade.

Como leciona Flávio Carvalho Monteiro de Andrade:

“Nessa fase de “Bem-Estar Social”, o direito do trabalhador à conservação do emprego foi elevado à categoria de direito fundamental, sendo que o obreiro só poderia ser privado de tal garantia na ocorrência de motivos previamente definidos em lei como causas de ruptura do contrato. Em síntese, a evolução do sistema capitalista coincidiu, até o início da década de 1970, com a evolução da própria relação de emprego. À medida que o sistema crescia e se desenvolvia, aumentava a proteção ao trabalho humano assalariado e melhorava gradativamente a forma de integração do trabalho na dinâmica do empreendimento.”²

Neste período, as empresas verticalizavam os trabalhos de toda a linha de produção, empregando diretamente todos os trabalhadores envolvidos na produção daqueles

² ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de. **(I)Licitude da Terceirização no Brasil: uma análise na perspectiva da especialização e da dependência do prestador de serviços.**, São Paulo: LTr, 2012, pág. 42.

bens duráveis e que consumidos em massa pelo mercado, mantinham a economia estabilizada. Essa era a linha de raciocínio básica adotada à época, sendo pregado que esse era o modelo ideal para a socialização de todos.

Todavia, a partir da década de 1970, a história das relações entre empregados e empregadores sofreram catastróficas alterações em razão da crise econômica alarmante instalada no Estado do “Bem-Estar Social”.

Assim, o que se concluiu à época da crise é que a intervenção demasiada do Estado não auxiliou em nada a sociedade, e muito pelo contrário, apenas mostrou a fragilidade do sistema, que não conseguiu contornar a primeira crise econômica enfrentada, conclusões essas que deram surgimento a um novo modelo de Estado, o Estado Neoliberal.

Assevera Flávio Carvalho Monteiro de Andrade:

“A falha das experiências que representavam contraponto ao capitalismo, como o socialismo e o fascismo, colaborou para a proliferação e o domínio do pensamento neoliberal, pois espalhou-se a sensação de que esse seria o único caminho viável para um futuro próspero.

O padrão de gestão de pessoal das empresas experimentado nos países de capitalismo central na vigência do Estado de Bem-Estar Social, que impulsionava a integração harmônica do obreiro no estabelecimento, em relacionamento empregatício clássico firmado diretamente entre patrão e empregado, gerando-se dignidade, estabilidade e prosperidade, tornou-se, por definição neoliberal, inviável. Ele precisava ser revisto, atualizado e flexibilizado. Noutras palavras, precisava ser adequado às “novas” necessidades do capital, que teve seu fluxo de circulação bloqueado parcialmente pela crise do início da década de 1970.”³

Sendo assim, o Estado de Bem-Estar Social cedeu lugar ao chamado Estado Neoliberal, que prontamente adotou várias medidas para sanar os efeitos da crise instalada, tais como, e não somente: redução dos gastos com a máquina estatal através das privatizações; desenvolvimento do mercado globalizado para dinamizar o desenvolvimento socioeconômico, o que gerou certa desregulamentação e flexibilização nas relações econômicas, inclusive nas trabalhistas; uso constante das novas tecnologias e etc.

Todas essas novas medidas adotadas pelo Estado Neoliberal também deram guarida ao surgimento de um novo sistema de gestão empresarial que basicamente se tratava de variações do modelo do Toyotismo Japonês.

Segundo leciona Antônio Fabrício de Matos Gonçalves:

³ ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de. **(I)Licitude da Terceirização no Brasil: uma análise na perspectiva da especialização e da dependência do prestador de serviços.**, São Paulo: LTr, 2012, págs. 45 e 48.

“Duas causas seriam responsáveis pelo surgimento do toyotismo: as metas implementadas pela Toyota para concorrer com os Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial, quando a indústria japonesa, após a derrota de seu país em 1945, estabeleceu prazo de três anos (a partir de 1945) para colocar a sua produção de automóveis no mesmo patamar da norte-americana; e as necessidades especiais do Japão, especialmente a falta dos grandes espaços físicos, presentes no território norte-americano, que provocaram adequações no modelo fordista, induzindo o nascimento e o desenvolvimento do padrão toyotista, no qual a fábrica de carros japonesa dividiu o processo produtivo em quatro estações distintas: transporte, produção, estocagem e controle de qualidade.”⁴

Desta feita, tem-se que a forma de produção nas indústrias mudou significativamente, pois se anteriormente buscava-se a produção vertical e em grandes escalas para suprir as necessidades de consumo do mercado, agora se utiliza uma estrutura horizontal e descentralizada, de modo mais flexível, sendo que o transporte, a produção, a estocagem e o controle de qualidade seriam realizados cada qual por um setor ou empresa específicos, que sempre estariam em constante atualização e acompanhariam as novas tendências de mercado nos seus respectivos segmentos.

Assim conclui Flávio Carvalho Monteiro de Andrade:

“Para assegurar tais metas, o modelo de verticalização do empreendimento, inerente ao movimento fordista, perdeu espaço para a horizontalização da empresa, enxugando-se o aparelho administrativo, com a subcontratação de outras pessoas jurídicas (ou, até mesmo, físicas) para a prestação de serviços considerados meramente instrumentais. Ocorreu a descentralização de atividades, e a empresa deveria ater-se ao essencial, seguindo uma nova máxima de que *Small is beautiful*.”⁵

Ao tratar do tema, Luiz Carlos Amorim Robortella sustenta que:

“A terceirização provoca um verdadeiro desmonte da estrutura organizacional clássica, que concebia a empresa como uma entidade auto-suficiente, autárquica, que se responsabilizava por todas, ou quase todas, as fases do processo produtivo. Tal técnica gera desconcentração, mediante a abstenção pela empresa de várias atividades, acessórias ou não, dentro de uma concepção que combina agilidade com flexibilidade. Não se quer mais o “big is beautiful”, representado pela expansão da atividade empresarial no sentido vertical, com aumento de setores ou departamentos, ou através da criação de empresas agrupadas que realizam, sob controle unificado, todo o ciclo produtivo. A terceirização fragmenta, no sentido horizontal, a atividade empresarial, repartindo-a entre empresas dissociadas e independentes, que trabalham dentro de um regime de

⁴ GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização trabalhista**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pág. 86.

⁵ ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de. **(I)Licitude da Terceirização no Brasil: uma análise na perspectiva da especialização e da dependência do prestador de serviços**, São Paulo: LTr, 2012, págs. 45 e 51.

parceria. Com isto se valoriza o “small is beautiful”, abrindo espaço para que os indivíduos realizem o seu potencial em pequenos empreendimentos.”⁶

Em que pese as argumentações contrárias ao fenômeno da terceirização, o que deixaremos de abordar no presente trabalho, tendo em vista não ser esse o foco da discussão aqui proposta, compartilhamos do entendimento de que a terceirização de serviços é fenômeno irreversível no mercado mundial e traz grandes benefícios à produção de bens e serviços, e como tal, o Brasil deve se estruturar socialmente, politicamente e juridicamente para gerenciar seus impactos.

Sobre o tema, Pedro Paulo Teixeira Manus ressalva:

“Lembre-se de que a terceirização é situação imposta pelo fenômeno da globalização, à medida que a competitividade aumenta com esse processo que introduz entre nós outros competidores, como as empresas multinacionais, tornando o mercado altamente difícil para a empresa nacional, impondo-lhe medidas drásticas para poder manter-se em atividade.”⁷

Arrematando essas ponderações, Octávio Bueno Magano ensina que:

“A terceirização, como já se viu, constitui procedimento tendente a harmonizar a estrutura empresarial às características da economia moderna. Acarreta, pois, a reestruturação das empresas. Estimula, por outro lado, o trabalhador a buscar capacitação polivalente, a fim de não ser substituído por “robots”. Gera, ademais, a preferência pelo salário rendimento em detrimento do salário hora.

(...)

De modo sintético, conclui-se que a terceirização possui o mérito de contribuir para o aumento da produtividade, habilitando, pois, o País a melhor se posicionar no que concerne à concorrência internacional.

Por via da terceirização, concentram-se as empresas naquilo que saibam fazer bem, ou seja, naquilo em que possuam vantagem competitiva. O que não for inserível nessa esfera, terceiriza-se.

Para se ilustrar a vantagem de tal procedimento tome-se, como exemplo, a manutenção de restaurantes. A transferência dessa atividade para grandes empresas especializadas no ramo, que fornecem alimentação para um sem número de unidades produtivas, podendo pois praticar economia de escala, proporciona diminuição de custos, simplificação administrativa e incentivo a atividades produtivas, sem perda de qualidade.”⁸

Portanto, podemos afirmar que essas significativas alterações no modelo de produção adotada a partir das alterações impostas após a crise de 1970 contribuíram

⁶ ROORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho.**, São Paulo: LTr, 1994, págs. 237-238.

⁷ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho.**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, pág.124.

⁸ MAGANO, Octavio Bueno. **Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk.**, São Paulo: LTr, 1995, págs. 284-285.

significativamente para o surgimento e desenvolvimento acelerado do fenômeno social, econômico e jurídico da terceirização de serviços.

1.3 O início da terceirização no Brasil

Desde os anos de 1930 até o surgimento da Lei 5.107/1966 imperou no Brasil o modelo clássico da relação de emprego, qual seja empregado e empregador firmavam contrato de trabalho regido pelas normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

É certo que nesse período houveram pequenas e pouco significantes referências a algo próximo do fenômeno da terceirização de serviços, como por exemplo, as hipóteses trazidas no artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira (empreitada e subempreitada), que serão analisadas posteriormente no item próprio.

Com efeito, somente a partir de meados de 1965 e início de 1966 é que surgiram no Brasil diplomas legais criados com o intuito de resguardar a possibilidade de flexibilizar as relações de trabalho até então existentes através da terceirização e outras modalidades, fato esse que se deu concretamente com a Lei nº 4.923, de 23 de dezembro de 1965, na qual se autorizava, em razão da conjuntura econômica desfavorável, a redução da jornada de trabalho e dos salários dos empregados, mediante acordo com o sindicato dos trabalhadores.

Maurício Godinho Delgado explica que:

“Isso se explica pela circunstância de o *fato social* da terceirização não ter tido, efetivamente, grande significação socioeconômica nos impulsos da industrialização experimentados pelo país nas distintas décadas que se seguiram à acentuação industrializante iniciada nos anos de 1930/40. Mesmo no redirecionamento internacionalizante despontado na economia nos anos 50, o modelo básico de organização das relações de produção manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante. Em fins da década de 1960 e início dos anos 70 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização (ainda não designado por tal epíteto essa época, esclareça-se).”⁹

Seguindo essas evoluções sociais, após algumas outras legislações advindas (que serão abordadas em capítulo próprio), o padrão toyotista e com ele a terceirização, passaram a se espalhar com mais força no Brasil em meados da década de 1970.

Nesse sentido, Arnaldo Sussekind assevera que:

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, pág. 430.

“Como registramos no Título I deste livro (Capítulo III, Seção IX), uma das consequências do casamento da globalização da economia com a liberação do comércio mundial (quase sempre com barreiras opostas em detrimento de países em vias e desenvolvimento, como o Brasil), foi a horizontalização da produção de bens ou serviços, mediante contratação de pessoas físicas ou jurídicas especializadas em determinados segmentos da empresa contratante.

Essa terceirização, como ficou conhecida, objetivou a um só tempo reduzir os custos da produção e permitir que as empresas concentrem suas pesquisas, planejamentos, investimentos, capacitação e reciclagem do seu pessoal nas atividades caracterizadoras do seu objeto social e nas atividades-meio essenciais ao seu funcionamento.”¹⁰

Por consequência, em 3 de janeiro 1974 foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio a Lei nº 6.019, a qual previa a hipótese expressa de terceirização no setor privado, a partir da “figura” do trabalhador temporário. Posteriormente, também restou autorizada legalmente a terceirização do trabalho de vigilância bancária, com a Lei nº 7.102/83.

A partir de então, especialmente após a implementação do Plano Real na década de 1990, o fenômeno da terceirização avança rapidamente e cresce em larga escala no nosso país, razão pela qual o seu estudo se mostra relevante e de indispensável análise para a sociedade como um todo.

Flávio Carvalho Monteiro de Andrade ressalta:

“Possivelmente devido à ajuda dessa contextura descrita, o setor terciário, ou de serviços, foi o que mais cresceu nos últimos anos e atualmente é o maior componente do Produto Interno Bruto do Brasil, com 66,8%. Estima-se que 71% da força de trabalho brasileira esteja alocada no setor de serviços.”¹¹

1.4 Conceito e Terminologia

Inicialmente, esclarecemos que a terceirização não está definida em lei e também não há norma jurídica tratando deste fenômeno até os dias atuais, sendo certo que a doutrina apenas pontua que a expressão *terceirização* é um neologismo importado pelo Direito do Trabalho da área de Administração de Empresas, remetendo-se a um terceiro interveniente nas relações de produção para fornecer bem e/ou serviços ligados a sua atividade.

Ainda quanto à terminologia da expressão *terceirização de serviços*, Maurício Godinho Delgado ressalta que:

¹⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho.**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, págs. 227 a 228.

¹¹ ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de. **(I)Licitude da Terceirização no Brasil: uma análise na perspectiva da especialização e da dependência do prestador de serviços.**, São Paulo: LTr, 2012, pag. 78.

“A expressão *terceirização* resulta do neologismo oriundo da palavra *terceiro*, compreendido como *intermediário*, *interveniente*. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Outro neologismo criado para designar o fenômeno (também externo ao Direito) foi *terceirização*, referindo-se ao setor terciário da economia, composto pelos serviços em geral, onde se situam as empresas terceirizantes. Contudo, este epíteto não chegou a solidificar-se na identificação do fenômeno social, econômico e justtrabalhista aqui examinado.”¹²

Em relação à conceituação da expressão, Sérgio Pinto Martins leciona que:

“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 compreender 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. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando ajuda mútua e complementariedade.”¹³

Alice Monteiro de Barros ensina que:

“O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio.”¹⁴

Ao discorrer sobre o tema, Maurício Godinho Delgado apresenta a seguinte conceituação:

“Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justtrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justtrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídico trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.”¹⁵

¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, pág. 430.

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 10.

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**, 3ª ed. rev e ampl., São Paulo: LTr, 2007, pág. 442.

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, págs. 430-431.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que:

“A terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades periféricas do tomador de serviços, passando a ser exercidas por empresas distintas e especializadas.

Para o Direito do Trabalho, interessa o fato de se ter trabalhador prestando serviços ao ente tomador, mas possuindo relação jurídica com a empresa prestadora de serviços. A relação, assim, passa a ser triangular ou trilateral, pois na terceirização o empregado da empresa prestadora presta serviços ao tomador.”¹⁶

Na mesma toada, Vólia Bomfim Cassar assevera que:

“Terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão-de-obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal.”¹⁷

De forma bastante didática e sintética, Carla Tereza Martins Romar define que:

“Terceirização é a contratação de trabalhadores por interposta pessoa, ou seja, o serviço é prestado por meio de uma relação triangular da qual fazem parte o trabalhador, a empresa terceirizante (prestadora de serviços) e a tomadora dos serviços. O trabalhador presta serviços para a tomadora, mas sempre por intermédio da empresa terceirizante, não havendo contratação direta neste caso. Trata-se, portanto, de uma subcontratação de mão de obra. O trabalho não é prestado por meio de uma relação bilateral, como tradicionalmente ocorre na relação de emprego.”¹⁸

Pois bem! A partir das conceituações trazidas acima e que são de propriedade de renomados juristas da atualidade, verifica-se que a terceirização de serviços nada mais é do que, a transferência de parte dos bens ou serviços necessários à consecução da atividade-fim da empresa, para empresa interposta e especialista naquele determinado seguimento, a qual alocará seus funcionários e controlará todos os bens e/ou serviços prestados por eles à empresa contratante, formando-se não mais uma relação bilateral (empregado e empregador), mas sim uma relação trilateral (empresa contratante, empresa contratada e seus empregados).

Talvez o exemplo mais evidente da terceirização de serviços seja o realizado na indústria automobilística brasileira, onde praticamente todas as peças são fabricadas por

¹⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, pág. 305.

¹⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, pág. 480.

¹⁸ ROMAR, Carla Tereza Martins. **Direito do trabalho esquematizado**, São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 130.

terceiros que seguem a padronização imposta pelas montadoras, e estas por sua vez, apenas montam o carro e o comercializam.

Por fim, destacamos que o objetivo principal da terceirização vai além da redução de custo, pois também se busca uma maior agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa contratante no mercado.

Nesta toada, César Augusto Di Natale Nobre ensina que:

“Em outras palavras, a opção pela terceirização dar-se-á quando determinada etapa da cadeia produtiva da empresa é mais eficiente quando feita por alguém externo a esta, o que “horizontalizaria” o arranjo produtivo desta. Assim, problemas de congruência administrativa entre setores da mesma empresa são diminuídos, pois o que se está comprando é simplesmente outro produto ou serviço, estranho à empresa, que será utilizado na cadeia produtiva desta. Dessa forma, os custos de monitoramento são drasticamente diminuídos também, pois não caberá à administração da empresa preocupar-se com este setor. Caso a administração da empresa que terceirizou não se encontre completamente satisfeita com a empresa terceirizada, resolve-se o contrato e firma-se um novo com outra empresa.”¹⁹

¹⁹ NOBRE, César Augusto Di Natale. **A terceirização como planejamento tributário.**, São Paulo: Verbatim, 2011, pág. 61.

2. A TERCEIRIZAÇÃO E OUTROS RAMOS DO DIREITO

Após estudarmos os aspectos principais do histórico da terceirização de serviços e o seu conceito e terminologia, passaremos a analisar a relação existente entre este fenômeno e outros ramos do direito, mais precisamente o Direito Civil e o Direito Comercial.

2.1 A terceirização e o direito civil

Como vimos anteriormente, a terceirização forma uma relação trilateral entre duas empresas (prestadora e tomadora de serviços) e os empregados de uma destas (prestadora). Assim, é certo que será formado um contrato de natureza civil entre as duas empresas envolvidas na relação (prestadora e tomadora de serviços) e são justamente esses contratos que analisaremos aqui.

Nesses contratos temos como características principais: a necessidade de os contratantes respeitarem o princípio da boa-fé contratual previsto no artigo 422 do Código Civil; a função social do contrato prevista no artigo 421 do Código Civil deverá ser observada no ato da contratação; as partes não estão proibidas de firmar contratos atípicos, desde que observem as regras gerais previstas no artigo 425 do Código Civil; e, por fim, o contrato deve ser celebrado por escrito entre as partes e com a exata especificação das obrigações e direitos atribuídos a cada uma.

Sérgio Pinto Martins explica que

“A terceirização pode utilizar-se de várias formas de contratos de natureza civil. Os principais contratos civis empregados na terceirização são a empreitada e a subempreitada, a prestação de serviços e a parceria. São contratos regulados pelo Código Civil.”²⁰

A empreitada consiste em um contrato no qual uma das partes (chamado de empreiteiro) obriga-se a realizar determinado trabalho a outra (chamado de dono da obra), sem que haja subordinação, podendo haver ou não fornecimento de materiais e com pagamento inteiro ou proporcional aos serviços realizados. Esse contrato pode ser apenas para execução

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 43.

do trabalho ou para execução do trabalho juntamente com o fornecimento dos materiais necessários para a realização do objeto contratado.

Essa modalidade de contrato está regulamentada nos artigos 610 a 626 do Código Civil e o seu exemplo prático mais conhecido é o da construção civil, no qual o dono da obra firma um contrato de empreitada para que o empreiteiro realize no todo ou em parte a obra desejada.

Abaixo apresentamos um quadro esquemático com as principais diferenças entre o contrato de empreitada e a terceirização de serviços, vejamos:

Contrato de Empreitada	Terceirização de Serviços
O empreiteiro tanto pode ser pessoa física como jurídica	O empregado só pode ser pessoa física, nos termos do artigo 3º da CLT
O empreiteiro não é subordinado ao dono da obra	O empregado é subordinado ao seu empregador
A empreitada é um contrato resultado, pois consiste na realização do todo ou de parte de determinado de serviço, como por exemplo, construção de uma casa ou somente a reforma do seu telhado	Na terceirização de serviços se contrata uma atividade e não um resultado, como por exemplo, serviços de limpeza e vigilância patrimonial

Como vimos ambos os contratos são distintos, portanto, cumpre-nos esclarecer que nada impede que uma empresa terceirizante (prestadora de serviços) contrate um empreiteiro para construir algo ou consertar as suas instalações elétricas, por exemplo, já que não possui funcionários especializados em construção civil ou manutenção predial e etc.

Por fim, a Consolidação das Leis do Trabalho possui artigo próprio dispondo sobre os efeitos do contrato de empreitada nas relações de trabalho, conforme dispõe o artigo 455 da CLT.²¹

²¹ “Art. 455 da CLT - 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.
Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.”

As disposições contidas nesse artigo serão analisadas especificadamente no capítulo 3, item 3.2, conjuntamente com as demais legislações existentes sobre o tema no nosso ordenamento jurídico.

Outrossim, temos também o contrato de prestação de serviços no qual uma das partes se obriga a prestar uma atividade à outra, mediante remuneração e sem subordinação.

Essa modalidade de contrato está regulamentada nos artigos 593 a 609 do Código Civil e os seus exemplos práticos mais conhecidos são os de prestação de serviços pelo advogado, médico, arquiteto, engenheiro e afins aos seus clientes.

Abaixo apresentamos um quadro esquemático com as principais diferenças entre o contrato de prestação de serviços e a terceirização de serviços, vejamos:

Prestação de Serviços	Terceirização de Serviços
O prestador de serviços tanto pode ser pessoa física como jurídica	O empregado só pode ser pessoa física, nos termos do artigo 3º da CLT
O prestador de serviços não é subordinado, possuindo total autonomia sobre os serviços contratados	O empregado é subordinado ao seu empregador
O prestador de serviços assume os riscos de sua atividade econômica	Os riscos da atividade econômica são de inteira responsabilidade do empregador, nos termos do artigo 2º da CLT

Com efeito, o contrato de prestação de serviços difere tanto do contrato de empreitada como da terceirização de serviços, dadas as características particulares de cada modalidade contratual.

Relacionado ao Direito Civil e a Terceirização de Serviços ainda temos o contrato de Parceria, que segundo leciona Sérgio Pinto Martins:

“Parceria rural é um tipo de sociedade, podendo ser agrícola ou pecuária. Dá-se a parceria agrícola quando uma pessoa cede um prédio rústico a outra, para ser por esta cultivado, repartindo-se os frutos entre as duas, na proporção que estipularem. Ocorre a parceria pecuária quando são entregues animais a alguém para os pastorear, tratar e criar, mediante uma cota nos lucros produzidos.

A parceria pode compreender o fornecimento de terra ou de terra e benfeitorias por uma das partes, enquanto a outra entra com o trabalho ou trabalho e máquinas, animais e investimentos.

Em parceria que não seja rural, um dos parceiros fornece bens, e outro, trabalho, para, por meio de uma exploração comum, obterem-se lucros, que serão divididos entre as partes, como for pactuado.

Na parceria, de modo geral, há colaboração entre os parceiros, visando a obtenção de lucro. No contrato de trabalho, há subordinação do empregado ao empregador.”²²

2.2 A terceirização e o direito comercial

A Terceirização de Serviços surge de um contrato civil entre terceirizante (tomadora de serviços) e terceirizada (prestadora de serviços) que por vezes contém elementos de várias modalidades contratuais do Direito Civil e Comercial, constituindo-se em um misto de vários contratos que estabelece, por vezes, uma nova modalidade contratual.

É certo que independentemente da modalidade contratual eleita pelas partes, a ideia principal dos contratos celebrados entre terceirizante e terceirizado seria a de parceria pela busca de uma produção conjunta de bens e/ou serviços disponibilizados ao mercado, consumidor final.

Neste diapasão, passaremos a analisar as os principais contratos mercantis que são ou que poderiam ser utilizados para a terceirização de serviços.

2.2.1 *Engineering*

O contrato de *engineering* tem por objetivo a obtenção de uma indústria ou empresa construída e instalada, razão pela qual geralmente é feito uma empresa de engenharia.

Nessa modalidade contratual, o contratado se obriga a elaborar e apresentar projeto de construção e instalação, coordenando a edificação e entregando finalmente, a empresa em funcionamento de acordo com as estipulações contratuais, enquanto o contratante se obriga a fornecer ao contratado, as máquinas e os materiais necessários para a consecução dos serviços, além de pagar o preço ajustado e demais encargos contratuais.

Nessa toada, adverte Sérgio Pinto Martins

²² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 47.

“A terceirização por meio do *engineering* pode ser feita com o objetivo de obtenção de uma indústria construída, instalada e em funcionamento. O terceiro seria contratado para desenvolver um projeto de instalação de indústria, dirigindo a construção de suas instalações, entregando-a pronta para funcionamento. Quem contratou os serviços teria apenas que colocar à disposição do contratado os materiais e máquinas necessários à construção, se assim foi combinado, efetuando o pagamento do preço ajustado. Irá o contratado responsabilizar-se pelo resultado da construção e pela garantia contra defeitos.”²³

2.2.2 Contrato de fornecimento

O contrato de fornecimento pode ser utilizado como uma modalidade contratual de terceirização de serviços na qual as partes pactuam a entrega de alguma coisa, cessando o contrato justamente no ato da entrega do produto e mediante o pagamento do preço ajustado.

Não há que se falar na existência de uma sociedade entre as partes contratantes, já que não há o elemento essencial da *affectio societatis*, ou seja, o desejo de se associar a outrem para o objetivo comum, que seria o lucro.

O objetivo único dessa modalidade contratual seria a entrega da coisa, o que por muitas vezes se dá apenas com a participação do terceirizado.

2.2.3 Concessão mercantil

O contrato de concessão mercantil constitui-se em uma modalidade de distribuição e venda de produtos, no qual uma empresa passa a atuar em nome da outra, utilizando-se de sua marca para a comercialização de seus produtos.

O exemplo mais corriqueiro dessa modalidade contratual são os contratos firmados com as concessionárias de automóveis, nos quais as montadoras cedem o uso de suas marcas para que as concessionárias possam comercializar seus produtos e prestar os serviços necessários.

Assim, resta cristalina a total ligação entre essa modalidade de contrato comercial e a terceirização de serviços, vez que a montadora transfere a atividade de comercializar os veículos e a prestação de serviços para terceiro, no caso as concessionárias.

²³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 50.

2.2.4 Consórcio

As partes terceirizante e terceirizado poderiam pactuar a criação de um consórcio com o objetivo de produzir bens ou serviços, sendo que uma parte entraria com a matéria-prima e a outra com a mão-de-obra especializada para a fabricação, montagem e comercialização do produto final.

Essa modalidade contratual não deixaria de ser uma terceirização, já que uma empresa consorcia com outra para a produção e comercialização do produto final, seja por não dispor de capacidade técnica suficiente, seja para baratear os custos da produção e tornar o produto mais competitivo naquele nicho de mercado.

2.2.5 Assistência Técnica

O contrato celebrado para assistência técnica também pode ser entendido como uma espécie de terceirização, visto que a parte contratante treina a parte contratada para que esta preste serviços de manutenção e conservação de seus produtos.

Pelas regras de mercado, a empresa contratada detém a exclusividade de venda dos componentes dos produtos da contratante, que são adquiridos pelo preço de fábrica, o que garante a contratada auferir lucro com o comércio e a instalação e/ou reparos desses componentes.

2.2.6 Representação comercial autônoma

A lei nº 4.886/65 com as alterações introduzidas pela lei nº 8.420/92 regulamenta o contrato de representação comercial, não se aplicando aos representantes comerciais, as disposições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho.

O artigo 1º da lei nº 4886/65²⁴ traz o conceito de representação comercial. Dá simples leitura deste artigo de lei, verifica-se que o representante comercial autônomo é

²⁴ “Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.”

pessoa física que presta serviços habitualmente por conta de uma ou mais pessoa, assumindo os riscos de sua atividade econômica.

Outra questão relevante, ou diríamos que é até a mais importante, para a caracterização do contrato de representação comercial é a subordinação entre o representante comercial e seu contratante.

Diz-se isto, pois, o trabalhador autônomo não é subordinado como o empregado celetista e também não está sujeito ao poder de direção do empregador, exercendo livremente e sua atividade e de acordo com a sua conveniência.

Assim, é certo que restando afastada a existência de subordinação entre o representante comercial autônomo e o seu contratante, afastado estará o vínculo empregatício possivelmente existente.

Ao tratar do tema, Sérgio Pinto Martins leciona que:

“O empregado e o trabalhador autônomo prestam serviços com continuidade, com habitualidade, ao tomador de serviços. A diferença fundamental entre os referidos trabalhadores é a existência do elemento subordinação, o recebimento de ordens por parte do empregador, a direção por parte do último. O empregado trabalha por conta alheia, enquanto o autônomo presta serviços por conta própria.

Subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando suas ordens. É o reverso do poder de direção do empregador. A subordinação é o aspecto da relação de emprego visto pelo lado do empregado, enquanto o poder de direção é a mesma acepção vista pelo lado do empregador. O poder de direção representa o aspecto ativo da relação de emprego, enquanto o aspecto passivo é a subordinação. O trabalhador empregado é dirigido por outrem: o empregador. Se o trabalhador não é dirigido pelo empregador, mas por ele próprio, não se pode falar em empregado, mas outro tipo de trabalhador. O empregador comanda, determina, ordena, manda; o empregado obedece, ao executar as ordens que lhe são determinadas.”²⁵

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo vem se posicionando.²⁶

²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 53.

²⁶ “**EMENTA:** REPRESENTANTE COMERCIAL. TRABALHO NÃO SUJEITO A ORDENS, A HORÁRIO OU FISCALIZAÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO CARACTERIZADO. A existência do liame de emprego independe da vontade ou interpretação negocial do prestador ou credor dos serviços, mas do conjunto de atos-fatos por eles desenvolvidos em razão daquela prestação. Assim, o vínculo emerge da realidade fática do desenvolvimento da atividade laboral, e não do nomen juris ou revestimento formal dado pelas partes à relação. A distinção entre o vendedor empregado e o representante comercial é, em suma, muito simples: o primeiro é subordinado e o segundo é autônomo, ou seja, atua com total liberdade, estando, como representante comercial, restrito à observância de regras e não de ordens, circunstância que caracteriza a subordinação empregatícia. In casu, não estando o autor submetido a ordens, horário ou fiscalização dos serviços, restam ausentes os requisitos dos artigos 3º, e 442 e seguintes, da CLT, pelo que impõe-se a manutenção da improcedência da ação.”²⁶
(TRT/SP – RO – Processo nº 00014981020115020053 – 4ª Turma – Des. Rel. RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS – Data da publicação: 28.02.2014). Disponível em: < <http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 08/06/2014.

Há de ressaltar, ainda, que existem outros elementos do contrato de representação comercial autônoma que diferem do contrato de trabalho, razão pela qual o mesmo é regrado por lei específica e não pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Com efeito, é importante frisarmos que a representação comercial autônoma é bastante utilizada nos dias de hoje para a terceirização dos serviços de comercialização, venda de produtos e/ou serviços do contratante, por intermédio dos serviços prestados pelo contratado.

2.3 Considerações sobre a terceirização e o direito civil e comercial

Em suma, o que podemos concluir quanto as modalidades de contração estudadas nesse capítulo, é que os contratos firmados entre as empresas com o objetivo de

“EMENTA: Vínculo. Representante comercial. Ao afirmar a existência de trabalho autônomo, a reclamada atrai para si o ônus probatório (art. 818, CLT c.c. art. 333, II, CPC) e, se dele não se desvencilhar, presume-se que a prestação ocorreu sob a égide do contrato de trabalho, mormente quando há elementos nos autos que indicam a existência de subordinação aos gerentes da reclamada.”

(TRT/SP – RO – Processo nº 00024797920105020051 – 8ª Turma – Des. Rel. ADALBERTO MARTINS – Data da publicação: 19.02.2014). Disponível em: < <http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 08/06/2014.

“EMENTA: REPRESENTANTE COMERCIAL. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ÔNUS PROBATÓRIO. Com efeito, é árdua a diferenciação que deve ser feita entre o vendedor empregado e o vendedor autônomo, para fins de análise de pedido de declaração de nulidade de contrato de representação comercial firmado. E isto porque estão presentes, em ambas as relações, a pessoalidade, a não-eventualidade e a onerosidade, devendo-se tomar como traço distintivo a subordinação jurídica, a qual pressupõe a vinculação jurídica do trabalhador do poder diretivo do tomador dos serviços, compreendendo a punição, a fiscalização e controle dos serviços prestados, que se faz presente de forma mais intensa e dominante no caso de configuração do vínculo empregatício. Apenas uma testemunha foi ouvida nos autos. Seu depoimento é claro em afirmar que "não havia qualquer tipo de ingerência por parte da reclamada nos serviços executados pelo depoente; (...) que o próprio depoente fazia pesquisa dos clientes." (fls. 53). O Reclamante trouxe apenas uma testemunha aos autos, que foi contraditada pela Reclamada. Acolhida a contradita, o Autor não se manifesta sobre seu conteúdo em recurso ordinário. Há, portanto, preclusão. Por outro lado, o fato de a Reclamante visitar feiras e exposições não implica vínculo empregatício. Como se depreende do depoimento da testemunha, era a Autora a responsável por procurar seus próprios clientes. Tal postura não é incompatível com o contrato de representação comercial, pelo contrário. Assim, temos que a Reclamada conseguiu desvencilhar-se do ônus probatório que lhe incumbia.”²⁶

(TRT/SP – RO – Processo nº 00017341620125020444 – 14ª Turma – Des. Rel. FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO – Data da publicação: 18.10.2013). Disponível em: < <http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 08/06/2014.

“EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. REPRESENTANTE COMERCIAL. O exame da situação fática a fim de se estabelecer a situação jurídica estabelecida pelas partes, há que se deter sobretudo na dependência jurídica, uma vez que os outros elementos que caracterizam o empregado - pessoa física, não eventualidade na prestação dos serviços e remuneração - também podem existir no caso do representante comercial autônomo. Comprovada, pois, a existência de subordinação jurídica entre as partes, necessária à configuração do contrato de trabalho, forçoso concluir que a relação havida entre os litigantes era de emprego.”²⁶

(TRT/SP – RO – Processo nº 20130012704 – 3ª Turma – Des. Rel. MERCIA TOMAZINHO – Data da publicação: 23.04.2013). Disponível em: < <http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 08/06/2014.

terceirizar os serviços podem se dar de variadas formas e conteúdos, sendo que cada uma delas implicará em consequências distintas na esfera trabalhista.

Diz-se isto, pois, na maioria dos casos dos contratos comerciais, não há responsabilidade solidária ou subsidiária entre a terceirizante e a terceirizada, posto que não estão presentes os requisitos doutrinários e jurisprudenciais necessários para a sua caracterização, conforme estudaremos no capítulo seguinte.

A título de exemplo, podemos mencionar os contratos de consórcio e de concessão mercantil.

Sobre o tema, Sérgio Pinto Martins destaca que:

“No Paraná, foi discutida a responsabilidade entre o Consórcio Nacional Volvo, de caminhões, e uma das concessionárias Volvo. Não havia responsabilidade solidária ou subsidiária, pois são empresas diferentes, além de que o trabalhador não prestava serviços para o Consórcio, apenas para a Concessionária.

Não se pode aplicar a regra do § 2º, do art. 2º da CLT, na concessão mercantil ou em outros contratos mercantis, no sentido de que as empresas formariam grupo empresarial. Nem sempre é isso que ocorre na área de concessão mercantil. Aliás, na maioria das vezes, e justamente o que não ocorre. Cada uma das empresas é distinta da outra, seus sócios são diversos, não havendo controle comum. Ocorre apenas que a concessionária, por delegação da empresa produtora de veículos, pode comercializar veículos com aquela marca e prestar serviços de assistência técnica. Os serviços não são prestados nas dependências da concedente, nem esta remunera os trabalhadores da concessionária ou é por ela beneficiada. Logo, a responsabilidade solidária não fica caracterizada, pela inexistência de grupo empresarial, nem mesmo há responsabilidade subsidiária, em razão de que a concedente não foi beneficiária da prestação de serviços do trabalhador.”²⁷

²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 61-62.

3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1 A evolução legislativa no Brasil

A Consolidação das Leis do Trabalho previa e ainda prevê, desde o seu texto originário, uma única hipótese de subcontratação de mão-de-obra, qual seja a hipótese prevista no artigo 455.²⁸

Como vimos no capítulo 1 do presente trabalho, esta previsão foi, por um bom tempo, a única hipótese de terceirização prevista no ordenamento jurídico pátrio.

Somente em 1967 tivemos a primeira manifestação legislativa que a doutrina atribui como sendo o avanço da terceirização no Brasil, era a previsão contida no artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67²⁹ que visava descentralizar as atividades da Administração Pública, sendo regulamentado posteriormente pelo artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 5645/70 (revogada pela Lei nº 9527/97)³⁰, vejamos:

Passados cerca de quatro anos, a terceirização que antes estava prevista somente para a administração pública, foi estendida às empresas privadas através da lei nº 6019/74, conhecida como Lei do Trabalho Temporário e, posteriormente, foi promulgada a lei 7102/83, conhecida como Lei dos Vigilantes.

Ocorre que, ambas as leis que estendiam a terceirização para às empresas privadas possuíam efeitos restritos.

²⁸ “Art. 455 da CLT - 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.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.”

²⁹ “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

³⁰ “Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

(...)

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997).”

A lei nº 6019/74 regulamenta a contratação de empregados temporários (três meses com possibilidade de prorrogação por mais três meses, desde que autorizados pelo órgão competente) e com o objetivo de atender a necessidade transitória de substituição de seu quadro funcional regular e permanente ou acréscimo extraordinário de trabalho, conforme dispõem os artigos 2º e 10 do referido diploma legal.³¹

Em atendimento ao disposto no artigo 10 da Lei 6019/74, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a portaria nº 789 de 02.04.2014, publicada no Diário Oficial da União em 03.06.2014, na qual há previsão expressa de prorrogação do contrato de trabalho temporário por até nove meses.³²

³¹ “Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.”

(...)

“Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.”

³² “PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO -MTE Nº 789 DE 02.04.2014 - D.O.U.: 03.06.2014

Estabelece Instruções para o Contrato de Trabalho Temporário e o Fornecimento de Dados Relacionados ao Estudo do Mercado de Trabalho.

O Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto nos arts. 8º a 10 da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e no art. 27 do Decreto nº 73.841, de 13 de março de 1974,

Resolve:

Art. 1º Estabelecer instruções para o contrato de trabalho temporário por período superior a três meses e o fornecimento de dados relacionados ao estudo do mercado de trabalho.

I - Autorização para celebração de contrato de trabalho temporário por prazo superior a três meses

Art. 2º Na hipótese legal de substituição transitória de pessoal regular e permanente, o contrato poderá ser pactuado por mais de três meses com relação a um mesmo empregado, nas seguintes situações:

I - quando ocorrerem circunstâncias, já conhecidas na data da sua celebração, que justifiquem a contratação de trabalhador temporário por período superior a três meses; ou

II - quando houver motivo que justifique a prorrogação de contrato de trabalho temporário, que exceda o prazo total de três meses de duração.

Parágrafo único. Observadas as condições estabelecidas neste artigo, a duração do contrato de trabalho temporário, incluídas as prorrogações, não pode ultrapassar um período total de nove meses.

Art. 3º Na hipótese legal de acréscimo extraordinário de serviços, será permitida prorrogação do contrato de trabalho temporário por até três meses além do prazo previsto no art. 10 da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, desde que perdure o motivo justificador da contratação.

Art. 4º A empresa de trabalho temporário deverá solicitar as autorizações previstas nos arts. 2º e 3º desta Portaria por meio da página eletrônica do MTE, conforme instruções previstas no Sistema de Registro de Empresa de Trabalho Temporário - SIRETT, disponível no endereço www.mte.gov.br.

§ 1º Quando se tratar de celebração de contrato de trabalho temporário com prazo superior a três meses, a solicitação de autorização deve ser feita com antecedência mínima de cinco dias de seu início.

§ 2º Quando se tratar de prorrogação de contrato de trabalho temporário, a solicitação de autorização deve ser feita até cinco dias antes do termo final inicialmente previsto.

§ 3º Indepe de autorização do órgão regional do MTE a prorrogação de contrato de trabalho temporário, quando, somada à duração inicial do contrato, este não exceder a três meses.

Art. 5º O requerimento das autorizações previstas no art. 2º e 3º desta Portaria será analisado pela Seção de Relações do Trabalho - SERET da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego do Estado da Federação onde o trabalhador temporário prestará seus serviços.

§ 1º Compete ao Chefe da Seção de Relações do Trabalho, de forma fundamentada, decidir sobre a autorização solicitada.

Já a lei 7102/83 limitava-se aos trabalhadores ligados à segurança bancária, na época da sua promulgação, conforme consta do artigo 3º.³³

Com fundamento nessas duas leis, a interpretação dos casos de terceirização era restrita às espécies ali previstas, sendo certo que os demais casos de terceirização eram considerados fraudulentos e formavam vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora de serviços, inclusive com a Administração Pública.

Nesse sentido, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho editou o verbete de Súmula nº 256.³⁴

§ 2º A competência estabelecida no § 1º deste artigo poderá ser delegada pela chefia aos servidores lotados na Seção de Relações do Trabalho da respectiva unidade.

§ 3º A decisão sobre a autorização constará de termo gerado pelo SIRETT, que será disponibilizado no próprio sistema.

Art. 6º Será denegada a autorização quando não preenchidas as condições previstas nesta Portaria.

§ 1º A concessão das autorizações previstas no art. 2º ou no art. 3º desta Portaria é realizada com base na análise formal e objetiva da documentação e das declarações prestadas pelos requerentes, não implicando responsabilidade da autoridade concedente caso as condições fáticas do contrato diverjam das informações prestadas pelo solicitante.

§ 2º Compete à Inspeção do Trabalho a verificação da regularidade das condições do contrato de trabalho temporário, inclusive quanto a seus motivos, a ser realizada de acordo com o planejamento de cada regional.

II - Informações destinadas ao estudo de mercado

Art. 7º Para fins de cumprimento do disposto no art. 8º da Lei nº 6.019, de 1974, as empresas de trabalho temporário deverão informar, até o dia sete de cada mês, os dados relativos aos contratos de trabalho temporário celebrados no mês anterior.

§ 1º As informações serão prestadas no SIRETT, por meio de preenchimento do formulário eletrônico ou pela transmissão de arquivo digital com formato padronizado.

§ 2º Em caso de prorrogação de contrato de trabalho temporário que independa de autorização, a empresa de trabalho temporário deverá informar a nova data de encerramento, por meio do SIRETT, até o último dia do período inicialmente pactuado.

§ 3º Em caso de rescisão antecipada do contrato de trabalho temporário, a empresa de trabalho temporário deverá informar a nova data de rescisão, por meio do SIRETT, em até dois dias após o término do contrato.

§ 4º A solicitação de autorização para contratação por período superior a três meses, prevista no art. 4º, supre a obrigação de informação contida no caput deste artigo.

III - Disposições gerais

Art. 8º Para efeitos desta Portaria, considera-se:

I - Hipótese legal para a contratação de trabalho temporário: necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços;

II - Motivo justificador: fato determinado que, no caso concreto, justifica a hipótese legal para a contratação de trabalho temporário.

Art. 9º A falta de envio das informações previstas no artigo 7º desta Portaria, bem como as incorreções ou omissões em sua prestação, consiste em infração ao art. 8º da Lei nº 6.019, de 1974, a ser apurada na forma do Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 10. O contrato de trabalho temporário será considerado nulo de pleno direito, nos termos do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, quando comprovada, pela Inspeção do Trabalho, a inexistência do motivo justificador da contratação nele indicado, sujeitando os infratores às cominações legais correspondentes.

Art. 11. A atividade de locação de mão de obra temporária é exclusiva da empresa de trabalho temporário e não pode ser transferida a terceiros.

Art. 12. Os casos omissos serão resolvidos pela Secretaria de Relações do Trabalho.

Art. 13. Fica revogada a Portaria nº 550, de 12 de março de 2010.

Art. 14. Esta portaria entra em vigor em 1º de julho de 2014.”

³³ “Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados

I - por empresa especializada contratada”

³⁴ “SUM-256 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada).

Ao tratar do tema, Vólia Bomfim Cassar assevera que:

“Até então a interpretação dos casos de terceirização era restritiva e limitada apenas a essas duas leis, motivo pelo qual foi expedida a Súmula nº 256 do TST. Nos demais casos de terceirização, deveria ser respeitado o princípio da *Ajenidad*, e o vínculo se formaria diretamente com o tomador dos serviços, inclusive com os entes da Administração Pública.”³⁵

Passados mais alguns anos, o próximo passo da evolução legislativa da terceirização de serviços foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 37, inciso II, vedou o reconhecimento do vínculo empregatício com a Administração Pública sem que houvesse a prévia aprovação em concurso público. Tratando-se de norma constitucional com eficácia plena, ou seja, independe de qualquer regulamentação, houve imediata limitação a aplicação do verbete de Súmula nº 256 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Logo, ainda que fora das previsões contidas no verbete de Súmula nº 256 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, ora cancelado, o vínculo empregatício não poderia ser declarado com a Administração Pública, exceto nas hipóteses em que o obreiro foi contratado antes da Carta Magna, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-I do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.³⁶

Em 1990 foi dado o próximo passo na legislação com a lei nº 8036/90 que igualou o empregador formal (empresa prestadora de serviços) ao empregador real (empresa tomadora de serviços), conforme previsão contida no artigo 15, § 1º, do referido diploma.³⁷

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

³⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.**, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, pág. 491.

³⁶ “OJ-SDI1-321 VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988 (nova redação) - DJ 20.04.2005.

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

³⁷ “Art. 15 - Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.”

No ano seguinte, a Lei 8.212/91 trouxe nova disposição em seu artigo 31.³⁸

O período dos anos de 1990 e seguintes foi de grande retratação do mercado interno brasileiro, o que gerou a necessidade de redução de custos dos empregadores e a consequente flexibilização dos direitos trabalhistas para superar os efeitos da crise, comportamento esse que refletiu diretamente na doutrina e na jurisprudência pátria.

Nessa toada, foi cancelado o verbete de Súmula nº 256 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho e editado o verbete de Súmula nº 331 em 1993 através da Resolução nº 23/1993, o qual ampliou as hipóteses de terceirização que até então eram restritas, visto que foram incluídas as atividades de conservação, limpeza e outras atividades ligadas à atividade-meio do tomador ou de mão de obra especializada, sempre executando as hipóteses de pessoalidade e subordinação direta com o tomador de serviços.

Ato contínuo, a Resolução nº 96/2000 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do inciso IV do verbete de Súmula nº 331, incluindo de forma expressa a responsabilidade subsidiária da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional, bem como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, portanto, o tomador de serviços responde de forma subsidiária.

Em 2011, após o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 16, foi emitida a Resolução nº 174/2011 o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que acrescentou os incisos V e VI, bem como alterou o inciso IV.³⁹

³⁸ “Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados.

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante.

(...)”

³⁹ “SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

No ano de 1994 foi promulgada a lei nº 8863/94 que ampliou o alcance da lei nº 7102/83, permitindo a terceirização para a toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusiva para pessoa física, consoante prevista contida no artigo 10.⁴⁰

Ainda no ano de 1994 foi introduzida a lei nº 8949/94 que acrescentou o parágrafo único ao artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, o que acabou criar uma significativa estimulação as terceirizações por meio de cooperativas, já que segundo esse dispositivo, os cooperados não têm vínculo empregatício com a cooperativa (prestadora de serviços) nem com o tomador de serviços.⁴¹

Em linhas gerais, essa foi a evolução legislativa brasileira em relação à terceirização de serviços.

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

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

⁴⁰ “Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:

I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;

II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.”

§ 1º - Proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas.

§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do *caput* deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.

§ 3º Serão regidas por esta lei, pelos regulamentos dela decorrentes e pelas disposições da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária e penal, as empresas definidas no parágrafo anterior.

§ 4º As empresas que tenham objeto econômico diverso da vigilância ostensiva e do transporte de valores, que utilizem pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam obrigadas ao cumprimento do disposto nesta lei e demais legislações pertinentes.

⁴¹ “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

3.2 O artigo 455 da CLT e a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Como dito alhures, a Consolidação das Leis do Trabalho previa e ainda prevê, desde o seu texto originário, uma única hipótese de subcontratação de mão-de-obra, qual seja a hipótese prevista no artigo 455, também conhecida como subempreitada.

Referido dispositivo trata da hipótese de contrato de subempreitada e será estudado no capítulo 5, item 5.3, ocasião em que verificaremos as hipóteses mais comuns de terceirização no Brasil.

Parte da doutrina atribui a esse artigo o fundamento básico do ordenamento jurídico brasileira para a regulamentação do fenômeno da terceirização de serviços, que até o presente momento não possui legislação específica e acaba por ser regulamentado através do verbete de Súmula nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho que passaremos a analisar a partir de agora.

A edição do verbete de Súmula nº 331 teve como fundamentação o Decreto-lei nº 200/67, art. 10, § 7º; Lei nº 5645/70, art. 3º, parágrafo único; Leis nº 6019/74 e 7102/83; Constituição Federal, art. 37, inciso II. Todos esses fundamentos foram analisados no item anterior, durante os estudos realizados sobre a evolução legislativa do fenômeno da terceirização de serviços.

Sérgio Pinto Martins ainda ressalta que:

“Os Ministros José Ajuricaba, José Luiz Vasconcellos, Francisco Fausto e Almir Pazzionotto fizeram algumas ressalvas quanto ao inciso I. Os Ministros José Calixto, Francisco Fausto e José Luiz Vasconcellos fizeram ressalvas quanto ao item II. Quanto ao inciso III, foi adotada, por maioria, a primeira opção apresentada, vencidos os Ministros José Calixto, que era contra a proposta, José Ajuricaba, Ursulino Santos e Ney Doyle, que votavam pela segunda opção, e com ressalvas dos Ministros Orlando Teixeira da Costa e Francisco Fausto. Referente ao inciso IV, houve ressalva do Ministro Francisco Fausto.”⁴²

Os precedentes do Tribunal Superior do Trabalho que embasaram o verbete de Súmula nº 331 estão disponíveis para consulta no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho.⁴³

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 124.

⁴³ Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Consultado em 09/06/2014.

Inciso I: IUJRR 3442/1984, Ac. TP 2208/1986 - Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello DJ 10.10.1986 - Decisão por maioria;

Inciso II: RR 62835-48.1992.5.02.5555, Ac. 1ªT 2340/1993 - Min. Ursulino Santos DJ 01.10.1993 - Decisão unânime; RR 44058-74.1992.5.07.5555, Ac. 1ªT 3308/1992 - Min. Afonso Celso DJ 04.12.1992 - Decisão

unânime; RR 42286-78.1991.5.01.5555, Ac. 4ªT 2936/1992 - Min. Leonaldo Silva DJ 12.02.1993 - Decisão unânime; RR 41974-21.1991.5.04.5555, Ac. 4ªT 1420/1993 - Min. Marcelo Pimentel DJ 18.06.1993 - Decisão unânime; RR 35607-78.1991.5.04.5555, Ac. 5ªT 1275/1993 - Min. José Ajuricaba da Costa e Silva DJ 25.06.1993 - Decisão unânime; RR 27568-54.1991.5.09.5555, Ac. 5ªT 905/1992 - Min. Antônio Amaral DJ 19.06.1992 - Decisão por maioria;

Inciso III: ERR 211-52.1990.5.12.5555, Ac. 2333/1993 - Min. Cnéa Moreira DJ 03.09.1993 - Decisão por maioria; RR 226-34.1989.5.02.5555, Ac. 1ªT 2608/1989 - Min. José Luiz Vasconcellos DJ 08.09.1989 - Decisão por maioria; RR 43279-06.1992.5.04.5555, Ac. 2ªT 631/1993 - Min. João Tezza DJ 18.06.1993 - Decisão unânime; RR 24086-98.1991.5.09.5555, Ac. 2ªT 806/1992 - Min. Vantuil Abdala DJ 08.05.1992 - Decisão por maioria; RR 45956-68.1992.5.09.5555, Ac. 3ªT 5251/1992 - Min. Roberto Della Manna DJ 06.08.1993 - Decisão unânime; RR 41486-28/1991.5.09.5555, Ac. 3ªT 46/1992 - Min. Manoel Mendes de Freitas DJ 26.03.1993 - Decisão unânime;

Inciso IV: ERR 342300-93.2003.5.02.0202 - Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos DEJT 30.04.2010 - Decisão unânime; ERR 150400-75.2001.5.17.0007 - Min. Lelio Bentes Correa DEJT 06.08.2010 - Decisão unânime; EEDRR 413100-18.2004.5.02.0201 - Min. Vieira de Mello Filho DEJT 20.11.2009 - Decisão unânime; EEDRR 1142800-18.2005.5.11.0005 - Min. Lelio Bentes Correa DEJT 13.03.2009 - Decisão unânime; RR 101600-73.2001.5.01.0035, 5ªT - Min. Emmanoel Pereira DEJT 26.06.2009 - Decisão unânime;

Inciso V: IUJRR 297751-31.1996.5.04.5555 - Min. Milton de Moura França DJ 20.10.2000 - Decisão unânime; EEDRR 25200-85.2008.5.21.0012 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 29.04.2011 - Decisão unânime; ERR 99500-89.2006.5.21.0011 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DEJT 19.04.2011 - Decisão unânime; ERR 27100-54.2007.5.15.0126 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 18.02.2011 - Decisão unânime; AgERR 6700-51.2009.5.06.0012 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DEJT 11.02.2011 - Decisão unânime; RR 67400-67.2006.5.15.0102, 1ªT - Min. Vieira de Mello Filho DEJT 17.12.2010 - Decisão unânime; RR 26100-08.2005.5.06.0007, 2ªT - Min. José Roberto Freire Pimenta DEJT 18.02.2011 - Decisão unânime; AgAIRR 94-95.2010.5.10.0000, 4ªT - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 29.04.2011 - Decisão unânime; RR 193800-63.2009.5.12.0019, 8ªT - Min. Dora Maria da Costa DEJT 19.04.2011 - Decisão unânime;

Inciso VI: EEDRR 116440-67.2008.5.02.0083 - Min. Lelio Bentes Corrêa DEJT 01.04.2011 - Decisão unânime; EEDRR 47800-51.2007.5.15.0126 - Min. João Batista Brito Pereira DEJT 20.08.2010 - Decisão unânime; EEDRR 54400-88.2007.5.15.0126 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DEJT 04.06.2010 - Decisão unânime; EEDRR 21885-84.2005.5.20.0011 - Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa DEJT 30.03.2010 - Decisão unânime; ERR 21500-07.2008.5.21.0011 - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 19.02.2010 - Decisão unânime; EEDRR 95000-71.2006.5.21.0013 - Min. Vieira de Mello Filho DEJT 26.02.2010 - Decisão unânime; EEDRR 334500-45.2002.5.12.0016 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 11.12.2009 - Decisão unânime; EEDRR 4400-70.2003.5.01.0302 - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 18.09.2009 - Decisão unânime; ERR 32600-15.2006.5.10.0017 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 21.08.2009 - Decisão unânime; ERR 23400-17.2006.5.10.0006 - Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa DEJT 07.08.2009 - Decisão unânime; EEDRR 80800-12.2006.5.05.0011 - Min. Lelio Bentes Corrêa DEJT 12.06.2009 - Decisão unânime; EEDRR 92700-26.2004.5.01.0026 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 05.06.2009 - Decisão unânime; EEDRR 105400-73.2006.5.12.0053 - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi DEJT 22.05.2009 - Decisão unânime; ERR 18800-11.2006.5.10.0019 - Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos DEJT 06.03.2009 - Decisão unânime; ERR 16900-32.2006.5.10.0006 - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 05.12.2008 - Decisão unânime; EEDRR 28100-28.2007.5.03.0028 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DEJT 17.10.2008 - Decisão unânime; ERR 37600-44.2006.5.10.0001 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 03.10.2008 - Decisão unânime; EEDRR 21740-32.2004.5.10.0014 - Min. João Batista Brito Pereira DJ 19.09.2008 - Decisão unânime; ERR 3114200-43.2002.5.09.0900 - Min. Lelio Bentes Corrêa DJ 19.09.2008 - Decisão unânime; ERR 15400-80.2006.5.10.0021 - Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos DJ 16.05.2008 - Decisão unânime; ERR 49800-66.2004.5.20.0004 - Min. Vantuil Abdala DJ 09.05.2008 - Decisão unânime; ERR 66700-38.2004.5.15.0013 - Min. Maria de Assis Calsing DJ 09.11.2007 - Decisão unânime; EEDRR 30140-87.2005.5.02.0025 - Min. Dora Maria da Costa DJ 19.10.2007 - Decisão unânime; EEDRR 134400-56.2003.5.04.0018 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DJ 05.10.2007 - Decisão unânime; ERR 441368-08.1998.5.03.5555 - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi DJ 06.12.2002 - Decisão unânime; ERR 411020-73.1997.5.09.5555 - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi DJ 22.11.2002 - Decisão unânime; ERR 563273-16.1999.5.04.5555 - Min. Carlos Alberto Reis de Paula DJ 27.10.2000 - Decisão unânime; RR 161100-50.2004.5.03.0022, 1ªT - Min. Vieira de Mello Filho DEJT 30.04.2010 - Decisão unânime; RR 18100-56.2006.5.10.0012, 2ªT - Min. Renato de Lacerda Paiva DEJT 15.10.2010 - Decisão unânime; RR 32500-69.2007.5.15.0087, 2ªT - Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos DEJT 15.10.2010 - Decisão unânime; RR 15400-22.2006.5.10.0008, 2ªT - Min. Vantuil Abdala DJ 02.05.2008 - Decisão unânime; RR 11653-17.2010.5.04.0000, 3ªT - Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira DEJT 28.10.2010 - Decisão unânime; RR 462000-79.2008.5.12.0050, 4ªT - Min. Fernando Eizo Ono DEJT 08.10.2010 - Decisão unânime; RR 14200-85.2008.5.21.0013, 4ªT - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 06.08.2010 - Decisão unânime; RR 127240-65.2007.5.04.0009, 5ªT - Min. Emmanoel Pereira DEJT 28.05.2010 - Decisão unânime; RR 144700-

Analisaremos agora cada um dos incisos e seus fundamentos.

Inciso I: O inciso I do verbete de Súmula nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho dispõe que “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).”

Esse inciso trata da hipótese de contratação de empregados por empresa interposta com o escopo de fraudar a legislação trabalhista, sendo a empresa tomadora de serviços penalizada com o reconhecimento do vínculo empregatício e a consequente condenação ao pagamento dos haveres previstos em lei, portanto, não basta que a mão-de-obra seja contratada por empresa interposta, há a necessidade de que haja a fraude na contratação.

Para tanto, o inciso traz a ressalva quanto à contratação nos moldes da lei nº 6019/74 (Lei do Trabalho Temporário) na qual a empresa de trabalho temporário coloca o trabalhador na empresa tomadora ou cliente, o remunera e dirige.

Com efeito, o artigo 10 da Lei 6019/74 prevê que o contrato entre a empresa de trabalho temporário (prestadora de serviços) e a empresa cliente (tomadora de serviços) não poderá exceder de três meses em relação a um mesmo empregado, salvo com autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, sendo certo que essa autorização do Ministério do Trabalho e Emprego foi recentemente regulamentada pela Portaria nº 789 de 02.04.2014, publicada no Diário Oficial da União em 03.06.2014, na qual há previsão expressa de prorrogação do contrato de trabalho temporário por até nove meses, como vimos anteriormente no item 3.1.

As demais questões atinentes a “terceirização lícita / ilícita” e contratação de mão-de-obra através de empresas fraudulentas serão analisadas no capítulo 5.

Inciso II: O inciso II do verbete de Súmula nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho dispõe que “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).”

A Carta Federal de 1988 trouxe uma nova roupagem aos efeitos jurídicos da terceirização de serviços praticados por entidades da administração pública direta, indireta e fundacional, posto que previu expressamente a necessidade de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisito indispensável para a investidura em

93.2006.5.12.0036, 6ªT - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 13.02.2009 - Decisão unânime; RR 96040-79.2004.5.01.0057, 7ªT - Min. Pedro Paulo Manus DEJT 03.12.2010 - Decisão unânime; RR 113540-76.2009.5.03.0042, 8ªT - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi DEJT 01.04.2011 - Decisão unânime.

cargo ou emprego público, tornando nulo de pleno direito, a admissão efetuada sem a observância desse requisito. Nesse sentido, o artigo 37, inciso II.⁴⁴

Sobre o tema, Maurício Godinho Delgado leciona que:

“Nesse quadro constitucional, torna-se inviável, juridicamente, acatar-se a relação empregatícia com entidades estatais mesmo em situações de terceirização ilícita, já que, nesse caso, o requisito formal do concurso público não terá sido cumprido (art. 37, II, e § 2º, CF/88). Para a Constituição, a *forma* passou a ser, portanto, da essência do ato de admissão de trabalhadores em entes estatais (arts. 82, 130 e 145, III, Código Civil de 1916).

O que pretendeu a Constituição foi estabelecer, em tais situações, uma garantia em *favor de toda a sociedade*, em face da tradição fortemente patrimonialista das práticas administrativas públicas imperantes no país. Tal garantia estaria fundada na suposição de que a administração e patrimônios públicos sintetizam valores e interesses de toda a coletividade, sobrepondo-se, assim, aos interesses de pessoas ou categorias particulares.”⁴⁵

Num primeiro momento, parecia que todas as questões acerca da terceirização de serviços estariam resolvidas pelo artigo 37, inciso II, da Carta Federal e pelo inciso II do verbete de Súmula nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Contudo, as questões interpretativas que cercam a terceirização de serviços pela administração pública são objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial até os dias atuais, sendo certo que existem três correntes sobre o tema, a saber:

A primeira corrente sustenta que a vedação imposta pelo artigo 37, inciso II, da Carta Magna não comporta interpretação, portanto, ainda que haja ilicitude na contratação do trabalhador por meio da terceirização de serviços, não há que se falar em reconhecimento de vínculo empregatício com a administração pública, e por consequência, também não há que se falar em pagamento de eventuais verbas trabalhistas que lhe seriam devidas em razão do reconhecimento do liame empregatício.

De outra sorte, a segunda corrente defende a ideia de que a prática ilícita de terceirização de serviços por empresa interposta não poderia beneficiar a administração pública, devendo ser reconhecida a nulidade perpetrada nos termos do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Já a terceira corrente adota um posicionamento intermediário entre as duas primeiras, pois reconhece que o vínculo empregatício não pode ser reconhecido com a

⁴⁴ “Art. 37. (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, pág. 448.

administração pública por expressa vedação de texto constitucional, todavia, restando caracterizada a ilicitude na terceirização de serviços, a administração pública deve ser responsabilizada pelo pagamento dos haveres trabalhistas a que fizer jus o obreiro contratado de forma ilegal.

Analisando a divergência apresentada, Sérgio Pinto Martins afirma que:

“Não fica, portanto, configurado o vínculo de emprego com a Administração Pública direta ou indireta caso não haja concurso público. Pergunta-se: algum direito seria devido ao trabalhador?

Há os que entendem que, se não há vínculo, não deve ser paga qualquer verba ao trabalhador.

A segunda corrente prega que devem ser pagos apenas os salários, pois não pode o tomador enriquecer-se às custas do primeiro. O empregado não pode voltar à situação anterior, pois não lhe pode ser devolvida a energia do trabalho.

A terceira corrente entende que devem ser pagos os salários e verbas rescisórias, pois aplicar-se-ia o art. 182 do Código Civil,. Anulado o negócio jurídico e não podendo as partes retornar ao *status quo ante*, em razão da impossibilidade da devolução da energia despendida pelo trabalhador, a Administração deveria indenizar o obreiro no equivalente ao valor das verbas rescisórias que lhe seriam devidas caso fosse considerado empregado.”⁴⁶

A jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo vem se posicionando de acordo com a primeira corrente.⁴⁷

⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, págs. 147-148.

⁴⁷ “**EMENTA:** 1. ECONOMIÁRIA. RECONHECIMENTO DESSA CONDIÇÃO EM FACE DAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DA CEF. IMPOSSIBILIDADE. Sem pedido de declaração de vínculo com a CEF, é impossível reconhecer a condição de economiária, muito menos com as demais empresas rés. In casu, em que pese ter alegado a contratação através da 1ª ré, que teria sido utilizada como empresa interposta para fraudar sua condição de bancária (econiomiária), não houve pedido de vínculo diretamente com a 2ª reclamada, única instituição financeira dentre as rés. Mesmo que assim não fosse, a CEF é uma empresa pública federal, e a admissão ao respectivo quadro deve dar-se através de concurso público, restando inviabilizada, sob qualquer óptica, a possibilidade de vínculo com a 2ª reclamada (Súmula 331, II, TST)...”⁴⁷
(TRT/SP – RO – Processo nº 00451-2008-381-02-00-0 – 4ª Turma – Des. Rel. IVANI CONTINI BRAMANTE – Data da publicação: 04.12.2009). Disponível em <<http://www.trt2.jus.br/cons-acordaos-turmas>>. Consultado em 17.06.2014.

“**EMENTA:** RECURSO ORDINÁRIO. INSPETOR DE ALUNOS. ESTADO. CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA: A Fazenda do Estado era quem arcava com todos os encargos decorrentes da contratação de trabalhadores, que atuavam na atividade fim da escola, com intermediação das associações de pais e mestres, mas que, porém, diante da fiscalização do Ministério Público do Trabalho, firmou termo de ajuste de conduta, ainda que posterior à dispensa da reclamante, no sentido de que fossem realizados os concursos públicos necessários à regularização dos postos de trabalho. Portanto, não se trata de hipótese da OJ nº 185, da SDI-1, do TST, como quer fazer crer a recorrente, porquanto a associação de pais e mestres não era a real empregadora da reclamante, mas apenas intermediava a contratação, irregular por sinal, pelo próprio Estado, havendo incidência, nesta situação, da disposição contida no artigo 9º, da CLT. Embora não se admita o reconhecimento do vínculo diretamente pelo Estado, diante da ausência de concurso público, há que se reconhecer sua responsabilidade, mesmo que subsidiária. É caso de incidência da Súmula 331, II e IV, do TST. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.”

(TRT/SP – RO – Processo nº 01987-2008-030-02-00-6 – 4ª Turma – Des. Rel. WILMA NOGUEIRA DE ARAUJO VAZ DA SILVA – Data da publicação: 16.03.2010). Disponível em <<http://www.trt2.jus.br/cons-acordaos-turmas>>. Consultado em 17.06.2014.

De outra sorte, a jurisprudência majoritária do Colendo Tribunal Superior do Trabalho vem firmando entendimento de acordo com a terceira corrente, conforme consta da Orientação Jurisprudencial nº 383 da SDI-I.⁴⁸

Outra celeuma jurídica criada acerca do tema terceirização de serviços pela administração pública refere-se aos trabalhadores que haviam sido contratados anteriormente à Carta Federal de 1988, nessas hipóteses haveria ou não a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício?

Pois bem! Após longas discussões doutrinárias e jurisprudências, restou sedimentado o entendimento de que haveria a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício nas hipóteses em que o obreiro foi contratado antes da Carta Magna de 1988, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-I do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.⁴⁹

Inciso III: Na mesma linha de raciocínio dos incisos I e II, o inciso III dispõe que “III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.”

A primeira parte do inciso III chancelou o entendimento que já vinha sendo adotado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho quanto à contratação de serviços de vigilância, nos moldes da Lei. 7.102/83 e de conservação e limpeza por analogia a referida lei.

Todavia, a segunda parte do inciso III que prevê a possibilidade de terceirização dos serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador de serviços carrega uma histórica e por ora, infundável discussão acerca da distinção entre as atividade-meio e atividade-fim das empresas.

⁴⁸ “TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.”

⁴⁹ “OJ-SDI1-321 VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988 (nova redação) - DJ 20.04.2005. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88.”

Referida distinção entre atividade-meio e atividade-fim será devidamente estudada no capítulo 5, item 5.3, mas por ora, temos de analisar qual é a principal ideia da previsão ali contida.

Pois bem! A jurisprudência pátria firmou entendimento no sentido de que as atividades-meio podem ser terceirizadas, desde que não haja pessoalidade e a subordinação direta dos trabalhadores que prestam esses serviços, visto que tais requisitos ensejam o vínculo empregatício, ou seja, ainda que haja a terceirização de atividade-meio, caso ocorram esses requisitos, o trabalhador fará jus ao reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins ensina que:

“O inciso III da Súmula 331 do TST mostra que não há vínculo de emprego com o tomador quando se contratam serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza, bem como quanto a serviços especializados que dizem respeito a atividade-meio do tomador; mas, para tanto, não pode haver a pessoalidade e a subordinação direta, pois, caso haja, o vínculo formar-se-á com o tomador de serviços. Permite também o inciso I do mesmo verbete a contratação de trabalhadores por empresas de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74).”⁵⁰

Mauro Schiavi elucida que:

“A Súmula 331 do C. TST teve por escopo evitar que o trabalhador seja tratado como mercadoria. O que deve interessar ao tomador de serviços é o resultado do trabalho e não a pessoa que o realiza. Por isso, não deve existir pessoalidade na prestação de serviços, vale dizer: o trabalhador terceirizado pode ser substituído por outro no local da prestação de serviços. Também não se deve existir subordinação entre trabalhador terceirizado e empresa tomadora, vale dizer: o trabalhador não pode estar sujeito ao poder diretivo do tomador.”⁵¹

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional de São Paulo.⁵²

⁵⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 131.

⁵¹ SCHIABI, Mauro. A terceirização na administração pública e a ADC nº 16. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região – nº 1**. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 2009, pág. 61.

⁵² “**EMENTA:** Vínculo empregatício com o tomador de serviços. Terceirização de atividade-meio. Tratando-se de terceirização de atividade-meio, não demonstrada a subordinação direta ao tomador de serviços, não há que se falar em reconhecimento de vínculo empregatício.”

(TRT/SP – RO – Processo nº 00011846520135020030 – 17ª Turma – Des. Rel. MARIA DE LOURDES ANTONIO – Data da publicação: 28.02.2014). Disponível em <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 17.06.2014.

“**EMENTA:** Terceirização legítima - Prestação de serviços não essenciais ao ramo de atividades do tomador de serviços. Contratação de atividade meio. Responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços reconhecida. Súmula 331 do C. TST. A prestação de serviços não essenciais (atendimento telefônico em sistema de telemarketing) ao objeto social da empresa tomadora, relacionado à exploração dos serviços de telecomunicações em geral, confere legitimidade à terceirização, não havendo amparo jurídico em relação ao pedido de

Inciso IV: Seguindo o inciso III, o inciso IV da súmula 331 prevê a responsabilidade patrimonial do tomador de serviços dispondo que “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

A responsabilidade subsidiária traz a ideia de que primeiro devem ser esgotados os meios de prosseguimento da execução em face do devedor principal (prestador de serviços), para que posteriormente seja direcionada a execução em face da devedora subsidiária (tomador de serviços), o que também acarreta em várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais e que serão analisadas conjuntamente no capítulo 6.

A distinção entre responsabilidade subsidiária e solidária também será abordada no capítulo 6, mas por ora, temos de analisar qual é a principal ideia da previsão ali contida.

A doutrina e a jurisprudência pátria entendem que o tomador de serviços se beneficia diretamente do trabalho prestado pelos trabalhadores da empresa prestadora de serviços, razão pela qual deve responder a eventuais créditos oriundos dessa relação.

reconhecimento de vínculo empregatício, mormente em razão da ausência de subordinação do empregado da prestadora à empresa contratante. A aplicação do art. 9º da CLT somente se justifica ante a prova inequívoca da triangulação fraudulenta. Em tais hipóteses, devida a aplicação do direcionamento jurisprudencial majoritário, sedimentado na Súmula 331 do C.TST, ao tratar da terceirização de serviços em atividade meio ou de suporte, hipótese em que o tomador é beneficiário direto da força de trabalho despendida pelo empregado, responde subsidiariamente pelos direitos trabalhistas provenientes da contratação e devidos pela empresa prestadora, a real empregadora. A licitude do contrato de natureza civil firmado entre as demandadas não afasta sua responsabilidade pelos haveres deferidos ao acionante. Nesse contexto, a empresa contratante e efetiva beneficiária dos serviços prestados em esquema de terceirização, assume todos os riscos da contratação.”

(TRT/SP – RO – Processo nº 01989007920075020008 – 8ª Turma – Des. Rel. RITA MARIA SILVESTRE – Data da publicação: 28.10.2013). Disponível em <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 17.06.2014.

“EMENTA: Terceirização. Atividade-meio. Fraude. Vínculo direto com o tomador. Prova inequívoca dos requisitos do art. 3º da CLT. Nada impede a terceirização da atividade-meio. E a alegação de que o trabalho prestado nessa condição se deu como forma de fraudar direitos trabalhistas exige prova inequívoca, em especial a subordinação direta do trabalhador à empresa contratante. Prova inexistente no caso. Recurso da ré a que se dá provimento, nesse ponto.”

(TRT/SP – RO – Processo nº 00004650320115020241 – 11ª Turma – Des. Rel. EDUARDO DE AZEVEDO SILVA – Data da publicação: 10.09.2013). Disponível em <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>> . Consultado em 17.06.2014.

“EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. ATIVIDADE MEIO. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO DIRETA AO TOMADOR. Não há vedação legal para que uma empresa contrate os serviços de outra. Sensível ao fenômeno da terceirização, a jurisprudência acabou por se cristalizar na Súmula 331 do C. TST, que expressamente reviu a Súmula 256, passando a admitir a não formação do vínculo com a tomadora de serviços no caso de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta; é o caso dos autos.”

(TRT/SP – RO – Processo nº 00001005520125020065 – 11ª Turma – Des. Rel. WILMA GOMES DA SILVA HERNANDES – Data da publicação: 27.06.2013). Disponível em <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 17.06.2014.

Outrossim, na hipótese de violação dos direitos dos trabalhadores pela empregadora (prestadora de serviços), restam configuradas a culpa *in elegendo* e/ou *in vigilando*, ou seja, culpa por eleger erroneamente a empresa que iria lhe prestar os serviços e em vigiar, averiguar e exigir o cumprimento da legislação laboral por parte da empresa contratada.

Assim, nessas hipóteses a empresa tomadora de serviços responderá pelos créditos eventualmente inadimplidos pela empregadora (prestadora de serviços).

Nesse sentido é a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional de São Paulo.⁵³

Também sobre o tema, Gustavo Filipe Barbosa Garcia ressalta que:

⁵³ “**EMENTA:** Terceirização de atividade meio. Responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços reconhecida. Súmula 331 do C. TST. Devida a aplicação do direcionamento jurisprudencial majoritário, sedimentado na Súmula 331 do C.TST, tratando a questão de terceirização de serviços em atividade meio ou de suporte, hipótese em que o tomador e beneficiário direto da força de trabalho despendida pelo empregado, responde subsidiariamente pelos direitos trabalhistas provenientes da contratação e devidos pela empresa prestadora, a real empregadora. A licitude do contrato de natureza civil firmado entre as demandadas não afasta sua responsabilidade pelos haveres deferidos ao acionante. Nesse contexto, a empresa contratante e efetiva beneficiária dos serviços prestados pelo trabalhador admitido em esquema de terceirização, assume todos os riscos da contratação. Na qualidade de responsável subsidiária, estará obrigada a quitar a totalidade dos títulos, caso a principal devedora não o faça.”

(TRT/SP – RO – Processo nº 00016328220115020038 – 8ª Turma – Des. Rel. RITA MARIA SILVESTRE – Data da publicação: 07.04.2014). Disponível em <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 17.06.2014.

“**EMENTA:** (...) RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A confissão aplicada à primeira reclamada, acerca da matéria fática, não influencia no reconhecimento da responsabilidade subsidiária, visto que a terceirização foi constatada em função dos argumentos dispostos pela própria tomadora e das provas dos autos. Não houve desrespeito ao artigo 350 do CPC. Tampouco há falar em violação ao art. 5º, II da CF, ou em “inconstitucionalidade” da Súmula 331 do C.TST. Isto porque ao terceirizar um serviço, a empresa tomadora elegeu a contratada para exercer a atividade em seu lugar, logo, deve pugnar pela mais ampla reparabilidade dos danos causados, por ter usufruído dos benefícios da atividade. Destarte, para atingir seu objetivo empresarial lucrativo, a demandada se utilizava de serviço de apoio (atividade-meio), do qual fazia parte a reclamante. Saliente-se que referida responsabilidade imputada não está vinculada à irregularidades no contrato celebrado com a empresa interposta na relação ou na existência de vínculo com a autora. A recorrente é apenas uma garantidora da obrigação, respondendo pelo débito tão somente no caso de inadimplência do devedor principal. Se contratou empresa idônea, conforme alega, nada tem a recear. Portanto, não se sustenta o argumento da ré acerca da inexistência de fundamento jurídico para a fixação de sua responsabilidade. Mantenho...”

(TRT/SP – RO – Processo nº 00024722320125020373 – 10ª Turma – Des. Rel. MARTA CASADEI MOMEZZO – Data da publicação: 21.11.2013). Disponível em <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 17.06.2014.

“**EMENTA:** Terceirização. Responsabilidade subsidiária. Nada obstante a contratação de empresa terceirizada, para consecução de serviços em atividade meio não ser atividade ilícita e a contratação de prestação de serviços firmada pelas reclamadas ser juridicamente possível, o fato é que tal licitude apenas exime a contratante da responsabilidade pelo pagamento originário dos créditos, inexistindo restrição específica acerca da responsabilidade subsidiária.”

(TRT/SP – RO – Processo nº 20130024735 – 15ª Turma – Des. Rel. SILVANA ABRAMO – Data da publicação: 07.05.2013). Disponível em <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 17.06.2014.

“Ainda que a terceirização seja considerada lícita, a Súmula 331 do TST, em seu inciso IV, estabelece a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador. Ou seja, quem terceirizou a prestação de serviços tem os deveres de escolher empresa prestadora idônea e de acompanhar o correto cumprimento dos preceitos trabalhistas. Havendo o descumprimento dos direitos do empregado, o responsável principal é o empregador, no caso, a empresa prestadora. Mesmo assim, caso esta não tenha condições patrimoniais de satisfazer esses direitos trabalhistas, o tomador passa a responder de forma subsidiária, em razão de sua culpa *in elegendo* e/ou *in vigilando*, ou mesmo em razão do risco que assume por ter preferido a terceirização de atividade, deixando de contratar empregados para exercê-la diretamente.”⁵⁴

Ademais, é certo que qualquer disposição contratual existente no contrato de prestação de serviços celebrado entre a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora de serviços, no sentido de eximir a última de qualquer responsabilidade patrimonial perante o trabalhador não possui eficácia jurídica, vez que essa responsabilização decorre de norma de ordem pública, cogente, e, portanto, irrevogável pela vontade das partes, lhe subsistindo o direito de regresso em face da devedora principal, caso arque com alguma condenação imposta.

Nesse sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia leciona que:

“Qualquer disposição contratual entre o tomador e a empresa prestadora, excluindo a responsabilidade subsidiária da primeira, não tem eficácia perante o trabalhador, eis que a responsabilização decorre de norma de ordem pública, cogente, e, portanto, irrevogável pela vontade das partes.”⁵⁵

Por fim, esclarecemos que havendo mais de um tomador de serviços, o poder judiciário tem o dever de fixar a limitação da responsabilidade de cada um dos tomadores de acordo com o período laborado para cada um pelo obreiro.

Vólia Bomfim Cassar afirma que “Nos casos de mais de um tomador de serviços, deverá haver limitação de responsabilidade pelo período e tempo que cada um tomou os serviços, não havendo responsabilidade solidária entre eles.”⁵⁶

Inciso V: O inciso V foi inserido no verbete de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho pela Resolução 174/2011, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 27, 30 e 31.05.2011, e assim dispõe “Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais

⁵⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, págs. 315.

⁵⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, págs. 316.

⁵⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, pág. 508.

da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

Trata-se da hipótese de responsabilidade patrimonial dos entes da administração pública na contratação de serviços terceirizados.

A responsabilidade patrimonial da administração pública na terceirização de serviços era muito discutida em razão do disposto no artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e contratos da Administração Pública).⁵⁷

A partir da análise desse comando legal, surgiram três correntes doutrinárias acerca do tema.

A primeira corrente defende que essa norma é inconstitucional, já que conflita diretamente com o artigo 37, § 6º, da Carta Federal, segundo o qual “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Portanto, a administração pública deveria responder por eventual inadimplemento da empresa contratada.

Já a segunda corrente defende que quando a administração pública terceiriza serviços e o empregador (prestador de serviços) não cumpre com as obrigações trabalhistas asseguradas legalmente aos seus funcionários, incorre nas chamadas culpa *in elegendo* e *in vigilando*, razão pela qual aplicam-se os artigos 186, 927, 932, inciso III e 942, todos do Código Civil, devendo responder subsidiariamente pelo inadimplemento ocorrido na forma do inciso IV do verbete de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Importante destacarmos que esse era o posicionamento adotado pela maioria da doutrina e da jurisprudência antes da Resolução que incluiu o inciso V no verbete de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

De outra sorte, a terceira corrente entende que o artigo 71 da Lei 8.666/93 não afronta o disposto no artigo 37, § 6º, da Carta Magna, ou seja, o mesmo é constitucional.

Nesse sentido, Vólia Bomfim Cassar explica que:

“Por último, há aqueles que, como nós, entendem que o art. 37, § 6º da CRFB não colide com o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e, por isso, a Administração Pública

⁵⁷ “Art. 71: O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

não deverá ser responsabilizada pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, já que a regra especial revoga a geral.

Na verdade, aquela norma constitucional foi dirigida para os casos de danos causados a terceiros por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado que prestam serviço público. Por conseguinte, a administração pública só responde com responsabilidade objetiva quando, utilizando de seu *ius imperii* causar danos a terceiros.

Contratar empresa prestadora de serviços não se caracteriza como serviço público e nem se enquadra no poder de império da Administração Pública. É mero ato de gestão. Nem se diga que a Administração Pública responde subsidiariamente por culpa *in elegendo* e *in contrahendo*, como pretendem alguns, uma vez que as exigências legais para a concorrência em licitações públicas são rígidas, excluindo, por exemplo, as empresas com débitos fiscais ou trabalhistas.

Logo, quando uma empresa vence a licitação e, por fim, é contratada pela Administração Pública, significa que preencheu todos os requisitos, condições e ultrapassou os obstáculos legais contidos nos editais.

Constitucional, é, pois o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.”⁵⁸

Dada toda essa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento em 24.11.2010, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, no sentido de ser constitucional o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93.⁵⁹

A partir desse julgamento, a doutrina e a jurisprudência trabalhista começaram a firmar novo entendimento no sentido de que não seria possível aplicar a responsabilidade subsidiária pelo simples inadimplemento do empregador baseado naqueles artigos do Código Civil que citamos anteriormente, porém era possível imputar essa responsabilidade à administração pública quando comprovada a sua culpa *in vigilando*, sendo certo que esta não pode ser presumida por conta da existência dos princípios da legalidade e da impessoalidade que norteiam a administração.

Sérgio Pinto Martins ressalta que:

“A Administração Pública vai ter responsabilidade subsidiária nos casos de prova de culpa *in vigilando*, o que deverá ser demonstrado pelo empregado.

Os artigos 58, III, 67, e §11º da Lei nº 8.666/93 mostram o dever de fiscalização da Administração Pública em relação ao contratado.

⁵⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.**, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, pág. 510.

⁵⁹ “**EMENTA:** RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.”

Disponível

em

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Consultado em 21.06.2014.

O ente público deve fiscalizar o contratado para que ele pague as obrigações trabalhistas e previdenciárias aos seus empregados. Do contrário, não deve pagar ao contratado o valor da sua fatura, exigindo que ele demonstre que está quite com suas obrigações trabalhistas e previdenciárias.”⁶⁰

Consequentemente, a culpa *in vigilando* da administração pública deverá restar comprovada na reclamação trabalhista ajuizada, a fim de que o juiz possa imputar-lhe a responsabilidade subsidiária. Esse é o entendimento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.⁶¹

⁶⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 2.

⁶¹ “**EMENTA:** AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. SÚMULA N.º 331, IV, DO TST. A decisão do Regional, calcada na culpa *in vigilando* do ente público, coaduna-se com o entendimento consagrado na Súmula n.º 331, IV, do TST, balizada pelo recente entendimento dado pelo STF (ADC N.º 16) à matéria tratada no referido verbete. Diante quadro fático delineado no acórdão regional, não há razão para reforma da decisão agravada, firmada com espeque no art. 896, § 4.º, da CLT e na Súmula n.º 333 do TST. Agravo improvido.”

(TST - AgAIRR 94-95.2010.5.10.0000, 4ªT - Min. Maria de Assis Calsing - DEJT 29.04.2011 - Decisão unânime). Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIIRR%20-%2094>

95.2010.5.10.0000&base=acordao&numProcInt=68892&anoProcInt=2010&dataPublicacao=29/04/2011%2007:00:00&query=>. Consultado em 21.06.14.

“**EMENTA:** A) RECURSO DE REVISTA DA 2ª RECLAMADA. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA *IN VIGILANDO*. O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com a Súmula n.º 331, IV, desta Corte Superior, que tem por fundamento principalmente a responsabilidade subjetiva, decorrente da culpa *in vigilando* (arts. 186 e 927 do Código Civil). Isso porque os arts. 58, III, e 67 da Lei n.º 8.666/93 impõem à administração pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a seus empregados as verbas trabalhistas que lhes eram devidas. Saliente-se que tal conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e à Súmula Vinculante n.º 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC n.º 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, mas da definição do alcance da norma inscrita no citado dispositivo com base na interpretação sistemática, em conjunto com as normas infraconstitucionais citadas acima. Óbice do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula n.º 333 do TST. Recurso de revista não conhecido. (...)”

(TST - RR 193800-63.2009.5.12.0019, 8ªT - Min. Dora Maria da Costa – DEJT 19.04.2011 - Decisão unânime). Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20193800-63.2009.5.12.0019&base=acordao&numProcInt=29957&anoProcInt=2011&dataPublicacao=19/04/2011%2007:00:00&query=>>

. Consultado em 21.06.2014.

“**EMENTA:** RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA Nº 331, ITEM IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS. CULPA *IN ELIGENDO* E/OU *IN VIGILANDO*. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA FISCALIZAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 16 -, declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e não excluiu, de forma irrefutável e taxativa, a responsabilidade da Administração Pública, mas a reconheceu no caso de sua omissão quanto à fiscalização das obrigações da contratada. Segundo consignou o TRT, o ente público foi omisso na fiscalização das obrigações trabalhistas da contratada, motivo pelo qual possui responsabilidade subsidiária pelos créditos da reclamante terceirizada, que lhe prestou serviços. Assim, verifica-se que o Tribunal *a quo* decidiu em consonância com o disposto na Súmula nº 331, item IV, do TST, em vigor e com o recente entendimento da Suprema Corte. Recurso de revista não conhecido.”

Diferente não é o posicionamento do Egrégio Tribunal Regional de São Paulo.⁶²

(TST - RR 26100-08.2005.5.06.0007, 2ªT - Min. José Roberto Freire Pimenta - DEJT 18.02.2011 - Decisão unânime).

Disponível em:

<[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2026100-](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2026100-08.2005.5.06.0007&base=acordao&numProcInt=50053&anoProcInt=2007&dataPublicacao=18/02/2011%2007:00:00&query=>)

08.2005.5.06.0007&base=acordao&numProcInt=50053&anoProcInt=2007&dataPublicacao=18/02/2011%2007:00:00&query=>. Consultado em 21.06.2014.

⁶² **“EMENTA:** RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE PÚBLICO QUANTO AO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO. Conquanto não haja nenhum óbice no ordenamento jurídico à imposição de responsabilidade subsidiária ao ente público que ostenta a condição de tomador dos serviços, vez que a declaração de constitucionalidade do art. 71, da Lei n. 8.666/1993, pelo E. STF, não impede a decretação de sua responsabilidade, quando constatada a ocorrência de culpa "in vigilando" (Súmula 331, V, do C. TST), não há como se aplicar ao caso em tela o referido entendimento jurisprudencial, vez que o Município comprovou a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais pela primeira ré, inclusive obstando a prorrogação do Termo de Parceria com ela ajustado. Recurso da reclamante ao qual se nega provimento.”

(TRT/SP – RO – Processo nº 00012465420135020435 – 11ª Turma – Des. Rel. SERGIO ROBERTO RODRIGUES – Data da publicação: 29.04.2014). Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 21.06.2014.

“EMENTA: BANCO DO BRASIL. TERCEIRIZAÇÃO POR EMPRESA INIDÔNEA. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. PROVA DA AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO PELO TOMADOR. CONDUTA CULPOSA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 331, V e VI, DO TST. É do ente público tomador dos serviços, o ônus da prova de que procedeu à fiscalização da execução integral do contrato, sobretudo no que concerne às obrigações trabalhistas, por se tratar de fato impeditivo/extintivo do pedido de responsabilização subsidiária formulado pela autora (arts. 818, CLT, e 333, II, CPC). In casu, embora válida a terceirização, a instituição tomadora (Banco do Brasil) não trouxe elementos de convicção hábeis a demonstrar que cumpriu os rigorosos padrões legais de fiscalização contratual impostos aos entes públicos. O exame cauteloso dos documentos encartados, permite constatar que não foram observadas as exigências para a contratação de serviços pela Administração Pública, com aporte de mão-de-obra terceirizada, sendo descumpridas a Instrução Normativa n.º 02/08 do MPOG e as regras de fiscalização dos encargos sociais (legais e normativos), prescritas na Lei 8.666/93, que se impõem dia a dia, desde a licitação até os momentos finais do contrato, com a satisfação de todos os direitos que lhe são afetos. O tomador responde, pois, subsidiariamente, pela culpa in vigilando e in eligendo, vez que beneficiário do trabalho prestado pela reclamante, os direitos reconhecidos tiveram origem no curso do contrato de trabalho e lhe cabia zelar pela contratação de empresa idônea e cumpridora de suas obrigações. À luz do inciso V da Súmula 331, do C. TST, justifica-se a responsabilização subsidiária porque evidenciada a ausência das cautelas no que concerne à fiscalização detalhada da execução do contrato de terceirização, em todas as suas etapas, segundo os parâmetros legais vigentes. Do exame da documentação encartada aos autos extrai-se que o Banco recorrente não produziu qualquer prova de que tivesse fiscalizado o integral cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, deixando de juntar cópias de recibos, planilhas, indicação de representante, prova de visitas e controle diário ou mensal, comprovantes de recolhimentos etc. Configurada as condutas omissiva e comissiva culposas, responderá subsidiariamente o tomador pelos direitos devidos à reclamante, pela contratante. Incidência da Súmula 331 do C. TST (incisos V e VI). Sentença mantida.”

(TRT/SP – RO – Processo nº 00018756120135020036 – 4ª Turma – Des. Rel. RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS – Data da publicação: 15.04.2014). Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 21.06.2014.

“EMENTA: Terceirização. Banco do Brasil. Prova de negligência na fiscalização do cumprimento das obrigações mínimas do empregador, tais como efetuar a anotação do contrato de trabalho na CTPS da obreira. Responsabilidade subsidiária mantida, conforme súmula 331, V do TST. Provado nos autos que houve trabalho sem a anotação regular da CTPS da obreira e que a empresa terceirizada - que desapareceu, sem que dela se tenha, até agora, qualquer notícia - não pagou corretamente horas extras, tíquete refeição, cestas básicas, não quitando, da mesma forma, as verbas resilitórias, incensurável a sentença que concluiu pela responsabilidade subsidiária do Banco do Brasil, na medida em que este não nega ter sido o tomador dos serviços da reclamante e que foi negligente, tanto na escolha da empresa terceirizada - que os autos revelam não ter qualquer respeito pelos direitos dos obreiros --, como na fiscalização do contrato e das responsabilidades trabalhistas da empresa terceirizada.”

Dessas conclusões podemos extrair os fatos e fundamentos jurídicos que levaram o Tribunal Superior do Trabalho a rever o verbete de Súmula ° 331 e a acrescentar o inciso V que trata especificadamente dessa hipótese de responsabilidade da administração pública.

Inciso VI: O inciso VI do verbete de súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho também foi inserido pela Resolução 174/2011, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 27, 30 e 31.05.2011, e assim dispõe: “VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

Referido inciso foi inserido na tentativa de pacificar a divergência doutrinária e jurisprudencial existente acerca da extensão da responsabilidade patrimonial que será transferida ao tomador de serviços, caso a empresa prestadora de serviços não arque com os valores impostos na condenação judicial.

Diz-se isto, pois, algumas verbas têm natureza de multa pelo não cumprimento de determinadas obrigações, como por exemplo, as multas convencionais e as multas previstas nos artigos 467 e 477, § 8º, ambos da CLT, além de outras verbas que possuem natureza de reparação civil, como por exemplo, indenização a título de danos morais. A partir dessas distinções é que alguns passaram a entender que a responsabilidade subsidiária não abarcaria esses valores.

Sobre o tema, Sérgio Pinto Martins leciona que:

“A Súmula 331 do TST não fazia distinção em relação ao tipo de verba de natureza trabalhista.

A multa do artigo do parágrafo 8º do artigo 477 da CLT é um direito do trabalhador e também é alcançada pela responsabilidade subsidiária.

Multas normativas também são direitos do trabalhador. O artigo 467 da CLT também, sendo responsável o tomador dos serviços quando incide em responsabilidade subsidiária.

Todas as obrigações trabalhistas não cumpridas pelo empregador estarão sujeitas à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

Indenização por dano moral tem natureza civil e não trabalhista. Não há responsabilidade subsidiária do tomador. Não existe também previsão legal para a referida hipótese.”⁶³

(TRT/SP – RO – Processo nº 00015989420125020031 – 4ª Turma – Des. Rel. PAULO SÉRGIO JAKUTIS – Data da publicação: 11.04.2014). Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 21.06.2014.

⁶³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, págs. 140-141.

Todavia, o entendimento majoritário nos dias atuais é de que a responsabilidade subsidiária abarca todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.⁶⁴

⁶⁴ **“EMENTA:** RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. EMBARGOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ABRANGÊNCIA. MULTA DOS ARTIGOS 467 E 477 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. A condenação subsidiária do tomador dos serviços abrange todas as parcelas devidas pelo devedor principal, incluindo as verbas rescisórias. Referida condenação decorre da culpa *in eligendo* e *in vigilando* (Súmula n.º 331, IV, do TST) e implica a assunção de responsabilidade pela totalidade dos créditos devidos ao reclamante, não havendo razão para cogitar na limitação da responsabilidade quanto às verbas rescisórias. Recurso de embargos conhecido e não provido. (...)”

(TST - EEDRR 116440-67.2008.5.02.0083 - Min. Lelio Bentes Corrêa - DEJT 01.04.2011 - Decisão unânime).

Disponível

em:

<[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20116440-](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20116440-67.2008.5.02.0083&base=acordao&numProcInt=28778&anoProcInt=2010&dataPublicacao=01/04/2011%2007:00:00&query=>)

67.2008.5.02.0083&base=acordao&numProcInt=28778&anoProcInt=2010&dataPublicacao=01/04/2011%2007:00:00&query=>. Consultado em 21.06.2014.

“EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 8.666/93. ALCANCE. MULTAS PREVISTAS NOS ARTS. 467 E 477 DA CLT. Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte e objeto do item IV da Súmula 331, o tomador dos serviços é subsidiariamente responsável por todas as obrigações trabalhistas não cumpridas pelo empregador, motivo por que as multas previstas nos arts. 467 e 477 da CLT se inserem entre as obrigações trabalhistas alcançadas pela responsabilidade subsidiária. Estando a decisão da Turma em consonância com a Súmula 331, item IV, do TST, descabe falar em divergência jurisprudencial, a teor do art. 894, inc. II, in fine, da CLT. Recurso de Embargos de que não se conhece.”

(TST - EEDRR 47800-51.2007.5.15.0126 - Min. João Batista Brito Pereira - DEJT 20.08.2010 - Decisão unânime).

Disponível em:

<<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=5228679.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

Consultado em 21.06.2014.

“EMENTA: DAS HORAS EXTRAS. CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. A condenação subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas devidas pelo devedor principal integrantes do contrato de trabalho, uma vez que a jurisprudência sedimentada na Súmula n.º 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho confere ao tomador dos serviços a obrigação de responder subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas ao trabalhador, sem qualquer ressalva ou exceção em relação à condenação. A propósito, a nova redação conferida à citada Súmula (TST, Súmula 331, VI).”

(TRT/SP – RO – Processo n.º 00008012620135020018 – 8ª Turma – Des. Rel. SILVIA ALMEIDA PRADO – Data da publicação: 17.02.2014). Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 21.06.2014.

“EMENTA: (...) Limitação responsabilidade tomador. Verbas rescisórias. FGTS com multa de 40% e seguro desemprego. Não há que se distinguir, considerada a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, dentre as obrigações trabalhistas devidas ao reclamante. Desse modo, não procede a pretensão da recorrente em se ver excluída de arcar, em caráter subsidiário, pela obrigação de pagar verbas rescisórias, saldo de salário e multa do artigo do 477 da CLT, mormente em função do que estabelece o item VI, da Súmula 331. O mesmo ocorre com a condenação no pagamento de FGTS com multa de 40%. Mantenho (...).”

(TRT/SP – RO – Processo n.º 00001776920115020010 – 10ª Turma – Des. Rel. MARTA CASADEI MOMEZZO – Data da publicação: 21.11.2013). Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 21.06.2014.

“EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O reclamante, empregado da primeira reclamada (prestadora de serviços), atuou em benefício da segunda reclamada (tomadora de serviços). À tomadora, em consequência, é atribuída a responsabilidade subsidiária pelos créditos deferidos ao recorrido (Súmula 331, IV do C. TST), imposição que também decorre dos conceitos de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, do disposto nos artigos 927 do Código Civil (aplicação subsidiária), 455 da Consolidação das Leis do Trabalho e 16 da Lei n.º 6019/74 (por analogia). A matéria em exame não objetiva indagar sobre quem seria o empregador ou a legalidade da contratação entre as rés, mas tão-somente delimitar a responsabilidade da tomadora, a quem incumbe suportar, em sua integralidade, os danos causados pela contratação de pessoa jurídica inidônea (Súmula 331, VI do C. TST), pois a inserção da recorrente no polo passivo dação não desnatura a relação jurídica originária, entre empregado e empregador, a merecer tutela eficaz. Recurso patronal ao qual se nega provimento.”

3.3 O projeto de lei nº 4.330 e seus apensos

Como vimos anteriormente, não há na legislação pátria nenhuma norma que regule a terceirização de serviços como um todo, existindo algumas legislações específicas e o verbete de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho que acabamos de analisar, item a item.

Em razão desse “vazio legislativo” acerca do tema, tramitam no congresso nacional alguns projetos de lei que visam regulamentar a terceirização de serviços, dentre eles, o projeto de lei nº 4.330/2004 de autoria do deputado Sandro Mabel (PR-GO), que ao nosso ver, se mostra mais consistente e por isso recebeu vários apensos de outros projetos de lei que também tramitavam no congresso nacional.⁶⁵

(TRT/SP – RO – Processo nº 00828008220095020004 – 14ª Turma – Des. Rel. REGINA DUARTE – Data da publicação: 15.03.2013). Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 21.06.2014.

⁶⁵ “PL 4330/2004: Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes, quando o prestador for sociedade empresária que contrate empregados ou subcontrate outra empresa para a execução do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se subsidiariamente ao contrato de que trata esta Lei o disposto no Código Civil, em especial os arts. 421 a 480 e 593 a 609.

Art. 2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.

Art. 3º São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I – prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);

II – registro na Junta Comercial;

III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados: capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados: capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados: capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados: capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados: capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

§ 1º Convenção ou acordo coletivo de trabalho podem exigir a imobilização do capital social em até cinquenta por cento dos valores previstos no inciso III deste artigo.

§ 2º O valor do capital social de que trata o inciso III deste artigo será reajustado:

I – no mês de publicação desta lei, pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificada de novembro de 2004, inclusive, ao mês imediatamente anterior ao do início de vigência desta lei;

II – anualmente, a partir do ano subsequente ao do reajuste mencionado no inciso anterior, no mês correspondente ao da publicação desta lei, pela variação acumulada do INPC nos doze meses imediatamente anteriores.

Art. 4º Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados e específicos com empresa prestadora de serviços a terceiros.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

Art. 5º São permitidas sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva.

Art. 6º Os serviços contratados podem ser executados no estabelecimento da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

Art. 7º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança e saúde dos trabalhadores, enquanto estes estiverem a seu serviço e em suas dependências, ou em local por ela designado.

Art. 8º Quando o empregado for encarregado de serviço para o qual seja necessário treinamento específico, a contratante deverá:

I – exigir da empresa prestadora de serviços a terceiros certificado de capacitação do trabalhador para a execução do serviço; ou

II – fornecer o treinamento adequado, somente após o qual poderá ser o trabalhador colocado em serviço.

Art. 9º A contratante pode estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços a terceiros benefícios oferecidos aos seus empregados, tais como atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existentes nas dependências da contratante ou local por ela designado.

Art. 10. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada ação regressiva contra a devedora.

Parágrafo único. Na ação regressiva de que trata o *caput*, além do ressarcimento do valor pago ao trabalhador e das despesas processuais, acrescidos de juros e correção monetária, é devida indenização em valor equivalente à importância paga ao trabalhador.

Art. 11. A empresa prestadora de serviços a terceiros, que subcontratar outra empresa para a execução do serviço, é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa subcontratada.

Art. 12. Nos contratos de prestação de serviços a terceiros em que a contratante for a Administração Pública, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é regulada pelo art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 13. O recolhimento das contribuições previdenciárias relativas aos trabalhadores contratados para a prestação de serviços a terceiros observa o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 14. O contrato de prestação de serviços a terceiros deve conter, além das cláusulas inerentes a qualquer contrato:

I – a especificação do serviço a ser prestado;

II – o prazo para realização do serviço, quando for o caso;

III – a obrigatoriedade de apresentação periódica, pela empresa prestadora de serviços a terceiros, dos comprovantes de cumprimento das obrigações trabalhistas pelas quais a contratante é subsidiariamente responsável.

Art. 15. O recolhimento da contribuição sindical prevista nos arts. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deve ser feito ao sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante.

§ 1º A contribuição sindical devida pelo trabalhador de empresa de prestação de serviços a terceiros, contratado para o cumprimento do contrato de que trata esta Lei, é proporcional ao período em que foi colocado à disposição da empresa contratante e consiste na importância correspondente a um doze avos da remuneração de um dia de trabalho por mês de serviço ou fração superior a quatorze dias.

§ 2º Não é devida a contribuição pelo trabalhador se este já houver pago, no mesmo ano, a título de contribuição sindical, importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, nos termos do art. 582 da CLT.

Art. 16. O disposto nesta Lei não se aplica:

I – à prestação de serviços de natureza doméstica, assim entendida aquela fornecida à pessoa física ou à família no âmbito residencial destas;

II – às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial.

Art. 17. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa administrativa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, salvo se já houver previsão legal de multa específica para a infração verificada.

§ 1º A fiscalização, a atuação e o processo de imposição de multas reger-se-ão pelo Título VII da CLT.

§ 2º As partes ficam anistiadas das penalidades não compatíveis com esta Lei, impostas com base na legislação anterior.

Art. 18. Os contratos em vigência serão adequados aos termos desta Lei no prazo de cento e vinte dias a partir da vigência.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor trinta dias após a publicação.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979&filename=PL+4330/2004. Consultado em 21.06.2014.

Inicialmente, temos de destacar o fato de que este Projeto de Lei limita-se a regulamentar os contratos de prestação de serviços a terceiros e as relações de trabalho deles decorrentes, mantendo-se inalteradas as disposições contidas na Lei 6.019/74 que regulamentam o contrato de trabalho temporário, o qual já fora oportunamente estudado no presente trabalho acadêmico.

Neste diapasão, o parágrafo único, do artigo 1º, determina a aplicação subsidiária das disposições contidas no Código Civil, em especial dos artigos 421 a 480 e 593 a 609.

No artigo 2º há a definição da empresa prestadora de serviços como sendo “a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.”, contudo, este conceito é veemente criticado pelos especialistas, já que traz conceitos amplos que podem ser interpretados por diversas formas, o que acarreta em total insegurança jurídica.

O parágrafo primeiro desse artigo traz que a empresa prestadora de serviços contrata e remunera os seus empregados, ou seja, é a real empregadora nos termos do artigo 2º da CLT, contudo, esta também pode subcontratar outra empresa para a realização desses serviços, fenômeno esse conhecido hoje como quarteirização de serviços.

Havendo essa subcontratação, a empresa prestadora de serviços que subcontratou outra empresa responderá solidariamente pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa subcontratada, nos termos do artigo 11 do projeto de lei em tela.

Em continuidade ao parágrafo primeiro, o parágrafo segundo é claro ao dispor que “Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.”

Dá simples análise dessa afirmação podemos concluir que a tendência do projeto de lei é de autorizar a terceirização de todas as atividades da empresa, seja ela considerada atividade-meio ou atividade-fim, bem como que mesmo havendo pessoalidade e subordinação entre os trabalhadores e a empresa contratante, não haverá vínculo empregatício, em total descompasso com a previsão contida no artigo 3º da CLT e com a doutrina e a jurisprudência uníssona.

No artigo 3º estão presentes os requisitos necessários para a constituição de uma empresa de prestação de serviços, dos quais destacamos as inovações contidas nas alíneas do inciso III, que preveem um capital social mínimo de acordo com a quantidade de funcionários, buscando uma maior proteção aos trabalhadores, já que os sócios terão de integralizar um capital social mais condizente com a necessidade da empresa.

Nesse cenário, o parágrafo primeiro ainda prevê a possibilidade de a Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho exigirem a imobilização de metade desse capital social.

No artigo 4º há a definição de “contratante”, podendo ser pessoa física ou jurídica, sendo que a justificativa para a inclusão da pessoa física como contratante é a possibilidade de contratação por profissionais liberais, como por exemplo, advogados e médicos.

Novamente o legislador manifestou claramente a intenção de se autorizar a terceirização de todas as atividades da empresa, conforme verificamos da disposição contida no parágrafo 2º, do artigo 4º, segundo o qual “O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.”

Ressaltamos que as questões atinentes ao debate jurídico acerca da terceirização de atividades-meio e atividade-fim serão abordadas em capítulo próprio, dada a complexidade do tema, bem como esclarecemos que as proposições contidas nesse projeto de lei acerca da possibilidade de terceirização de todas as atividades de uma empresa se mostram inovadoras e totalmente contrárias aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais firmados sobre o tema.

Outra proposição de grande relevância é a contida no artigo 5º, segundo o qual “São permitidas sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva.”

Num primeiro momento poderíamos afirmar que essa proposição não inovaria em nada os fatos que já ocorrem nos dias atuais, entretanto não nos parece ser essa a melhor conclusão, pois como vimos anteriormente, não pode haver na terceirização de serviços a presença dos requisitos da subordinação e da pessoalidade, sob pena de ser reconhecido o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, já que estariam presentes os requisitos previstos no artigo 3º da CLT.

Portanto, havendo a sucessão de vários contratos de prestação de serviços com a manutenção dos mesmos funcionários na empresa tomadora, restaria inequívoca a prova da presença dos requisitos da pessoalidade e da subordinação, fato esse que vem sendo reconhecido pelo judiciário trabalhista, ainda que em algumas decisões isoladas.

Ocorre que, com essa inovação trazida pelo artigo 5º do projeto de lei em questão, ainda que haja várias sucessões do contrato de prestação de serviços e a respectiva manutenção dos trabalhadores ali alocados, não haveria que se falar em reconhecimento de vínculo empregatício, já que essa norma estaria por autorizar essa situação.

Com a devida vênia dos que pensam em contrário, não concordamos com a proposição trazida no artigo 5º do projeto de lei, visto que a prática tem nos mostrado que as

empresas tomadoras de serviços se utilizam dessa prática de sucessão dos contratos de prestação de serviços com a manutenção dos mesmos trabalhadores como forma de reduzir ou anular potencial passivo trabalhista, visto que como os trabalhadores ali permanecem laborando, estes acabam por não incluí-las no polo passivo de eventual demanda trabalhista a ser ajuizada em face da ex-empregadora.

Assim, caso a atual prestadora esteja inadimplente com as suas obrigações trabalhistas, a prestadora de serviços rescinde o contrato e contrata outra empresa com a condição de manutenção dos trabalhadores que eram da antiga prestadora, impedindo-os de coloca-las no polo passivo de futuras demandas trabalhistas que certamente serão ajuizadas.

Desta feita, entendemos que referido dispositivo deveria ser retirado do projeto de lei, ou deveria ser redigido da seguinte forma: “São permitidas sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva, desde que a contratante seja responsabilizada por eventual inadimplemento da prestadora de serviços cujo contrato fora rescindido.”

No artigo 7º do projeto de lei temos mais uma inovação, no sentido de que em que pese todas as proposições caminhem no sentido de afastarem ao máximo as responsabilidades das empresas tomadoras de serviços, a essas caberão “... garantir as condições de segurança e saúde dos trabalhadores, enquanto estes estiverem a seu serviço e em suas dependências, ou em local por ela designado.”

Nos termos do artigo 10, *caput*, a responsabilidade das empresas tomadoras de serviços continua sendo subsidiária, ficando-lhes ressalvada a ação regressiva a ser ajuizada em face da devedora principal.

Desde já esclarecemos que não concordamos com a responsabilização subsidiária das empresas tomadoras de serviços, razão pela qual sugeríamos a redação prevendo a responsabilidade solidária. Os fatos e os fundamentos jurídicos desta crítica serão esposados no capítulo 7.

Ainda no artigo 10, temos mais uma inovação que se refere a uma indenização devida pela empresa prestadora de serviços à empresa tomadora de serviços equivalente ao valor pago ao trabalhador, ou seja, caso a tomadora de serviços arque com os valores inadimplidos pela devedora principal, além de cobrar-lhe o valor principal e as despesas processuais, acrescidos de juros e correção monetária, também poderão cobrar uma indenização no valor que foi pago ao trabalhador lesado.

A questão da terceirização de serviços pela Administração Pública não fora tratado de forma pormenorizada, limitando-se ao artigo 12 que remete a aplicação do artigo 71

da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), o que manterão ativas todas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais já existentes e tratadas no capítulo anterior.

Outra questão relevante desse projeto de lei é a disposição contida no artigo 15 que prevê a obrigatoriedade de recolhimento da contribuição sindical prevista no artigo 578 e seguintes da CLT em favor do sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante.

O artigo 16 do projeto contém duas exclusões de aplicabilidade dessa futura lei, qual seja à prestação de serviços de natureza doméstica e dos serviços prestados por empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial.

No artigo 17 resta prevista a aplicação de multa administrativa para as empresas que infringirem as disposições ali contidas, no importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, salvo se já houver previsão legal de multa específica para a infração verificada, sendo certo que a fiscalização, a autuação e o processo de imposição de multas reger-se-ão pelo Título VII da CLT, nos termos do parágrafo primeiro.

Outrossim, o artigo 18 dispõe que “Os contratos em vigência serão adequados aos termos desta Lei no prazo de cento e vinte dias a partir da vigência.”

Ademais, ressaltamos que existem cinco outros projetos de lei apensados ao projeto 4.330/2004, a saber: i) PL 5439/2005 da deputada Ann Pontes (PMDB/PA); ii) PL 6975/2006 do deputado Nelson Pellegrino (PT/BA); iii) PL 1621/2007 do deputado Vicentinho (PT/SP); iv) PL 6832/2010 do deputado Paulo Delgado (PT/MG); v) PL 3257/2012 da deputada Érika Kokay (PT/DF).⁶⁶

Por fim, esclarecemos que o projeto de lei 4330/2004 está pronto para inclusão na pauta do plenário da Câmara dos Deputados, conforme informação veiculada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados.⁶⁷

3.4 Reconhecimento da repercussão geral pelo STF

Historicamente temos que o Poder Legislativo Brasileiro é falho e por muitas vezes omisso na elaboração das leis necessárias à regulamentação de direitos que surgiram com

⁶⁶ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Consultado em 21.06.2014.

⁶⁷ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Consultado em 21.06.2014.

a evolução da sociedade, tal como a regulamentação dos contratos e direitos trabalhistas advindos da terceirização de serviços.

Como vimos no capítulo 1, o fenômeno da terceirização iniciou-se na segunda guerra mundial e chegou fortemente no Brasil em meados dos anos de 1965 e início de 1966, sendo certo que após a implementação do Plano Real na década de 1990, o fenômeno da terceirização avança rapidamente e cresce em larga escala no nosso país.

Ocorre que, após quase cinquenta anos, o Poder Legislativo não elaborou nenhuma lei que regule a terceirização de serviços no país, sendo que atualmente existem apenas algumas leis específicas sobre determinados seguimentos, como por exemplo, contrato de trabalho temporário e serviços de vigilância, ambos já estudados anteriormente, e o verbete de Súmula nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho que acaba por regulamentar de modo geral os contratos de terceirização de serviços e os direitos trabalhistas advindos destes, o que causa certa insegurança jurídica para as partes contratantes, já que a inexistência de legislação não obrigaria ninguém ao cumprimento de determinadas regras, nos termos do inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, que assim dispõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”, contudo, como as questões trabalhistas são solucionadas pela Justiça do Trabalho, todos acabam adotando os parâmetros constantes do verbete de Súmula proveniente do órgão máximo da Justiça Trabalhista do nosso país, qual seja o Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Pois bem! Diante desse cenário conturbado e de total insegurança jurídica, uma empresa recorreu ao Supremo Tribunal Federal, após ser condenada por supostamente terceirizar a atividade-fim da companhia, sustentando que a condenação não possui nenhum respaldo legal, já que inexistente lei que regule a terceirização de serviços no nosso país, portanto, estaríamos diante de uma ofensa direta ao inciso II, do artigo 5º, da Carta Republicana.⁶⁸

Ao analisar o Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211, o Ministro Relator Luiz Fux pronunciou-se nos seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE.

⁶⁸ Para melhor compreensão do tema, sugerimos a leitura do artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico intitulado de “STF vai delimitar contornos da terceirização da mão de obra” que está disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-mai-17/supremo-reconhece-repercussao-geral-recurso-terceirizacao> > . Consultado em 22.06.2014.

1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.
2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.
3. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.
4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas.”⁶⁹

Após seu voto, em 16.05.2014 o Plenário Virtual da Corte, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki, deixando de se manifestarem os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

A consequência jurídica imediata dessa decisão é o sobrestamento de todos os processos que discutem a matéria, até que o Supremo Tribunal Federal julgue o mérito do recurso, ocasião em que a decisão proferida deverá ser aplicada a todos os casos.

Outrossim, esclarecemos que infelizmente esse não é o primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal é instado a se pronunciar acerca de algum tema em razão da omissão legislativa proveniente do Poder Legislativo pátrio, como por exemplo, em 2011 a Suprema Corte regulamentou provisoriamente o aviso prévio proporcional por ocasião de alguns Mandados de Injunção impetrados por trabalhadores que criticavam a ausência legislativa sobre o tema desde a Constituição Federal de 1988.

De outra sorte, também pensamos que esse reconhecimento da repercussão geral da questão pelo Supremo Tribunal Federal trará maior agilidade a tramitação do projeto de lei nº 4330/2004 e seus apensos, pois acreditamos que o Poder Legislativo não tolerará a intervenção da mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro nos assuntos que lhes são de competência primária.

Por fim, esclarecemos que o Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211 está em regular tramitação, aguardando parecer da Procuradoria Geral da República.⁷⁰

⁶⁹ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Consultado em: 22.06.2014.

⁷⁰ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Consultado em: 22.06.2014.

4. DIREITO ESTRANGEIRO / INTERNACIONAL

Após estudarmos a legislação existente e em construção acerca do fenômeno da terceirização de serviços no nosso país, pretendemos analisar como o tema vem sendo tratado mundialmente, ocasião em que observaremos as variações legislativas dos principais países, considerando a existência de vários aspectos de ordem política, econômica e social que certamente influenciam na regulamentação desses direitos, bem como verificaremos o posicionamento da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o tema.

Ao tratar do tema, Sérgio Pinto Martins destaca que:

“Há países que proibem o trabalho temporário, como a Suécia (Lei nº 1.877/80), a Espanha (Decreto-lei de 1952 e Decreto nº 3.677/70) e a Itália (Leis nº 264/49 e 1.369/60). Certos países o permitem, estabelecendo regulamentação legal para a questão, como a Bélgica (Decreto de 28-11-69), a antiga República Federal da Alemanha (Lei de 1972), a Dinamarca (Lei nº 114/70), a Noruega (Lei nº 83/71), os Países Baixos (Lei nº 379/65) e a França (Lei de 1972), sistema que serviu de inspiração para nossa Lei nº 6.019/74. Outros países que permitem a terceirização se qualquer legislação sobre o assunto, como a Grã-Bretanha, a Suíça, a Irlanda e Luxemburgo, sendo aí, portanto, totalmente desregulamentada.”⁷¹

4.1 Espanha

O artigo 42 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha ⁷² autoriza a subcontratação de mão de obra, contudo, exige que os empresários que contratarem ou subcontratarem de outros a mão de obra necessária para o desenvolvimento de suas atividades principais comprovem que essas empresas e seus empregados estejam quites com as quotas da seguridade social.

O ponto relevante dessa legislação está no fato de que o tomador de serviços responderá solidariamente durante e até o ano seguinte ao do término dos encargos, pelas obrigações de natureza salarial contraídas pelos subcontratados com os trabalhadores e também pelas contribuições devidas à Seguridade Social, durante a vigência da contratação.

⁷¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 17.

⁷² Disponível em:

<http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/normativa_y_documentacion/Normativa/Normativa/pdfs/Estatuto_de_los_Trabajadores.1.pdf>. Consultado em 12.08.2014.

Todavia, o tomador de serviços pode ser liberado de tais responsabilidades, caso comprove que exigiu da empresa prestadora de serviços o cumprimento das obrigações legais relativas à contratação com os trabalhadores, ou seja, caso a mesma comprove que fiscalizou a empresa prestadora de serviços durante todo o contrato de trabalho, afastando eventual atribuição de *culpa in vigilando*.

Por fim, existem duas exceções à esta responsabilidade solidária, quais sejam: i) quando as atividades consistirem na construção ou reparação de moradia particular; ii) quando os serviços contratados não versarem sobre a atividade empresarial desenvolvida, ocasião em que a responsabilidade será exclusiva da empresa prestadora de serviços, empregadora do obreiro.

4.2 Argentina

Na Argentina, proíbe-se a intermediação de mão de obra, salvo nos casos de locação temporária dos trabalhadores, sendo que as empresas contratantes responderão solidariamente para efeitos trabalhistas e previdenciários.

Nesse sentido, o artigo 29 do Decreto nº 390/76º (Lei nº 20.744 também chamada de *Ley de Contrato de Trabajo*)⁷³ dispõe que:

“Os trabalhadores que sejam contratados por terceiros com vista a cedê-los a empresas, serão considerados empregados diretos de quem se utilize de sua prestação. Em tal caso, qualquer que seja o ato ou estipulação que para este efeito acertem, os terceiros contratantes e a empresa para qual os trabalhadores prestem ou tenham prestado serviços responderão solidariamente por todas as obrigações emergentes da relação laboral e das que se derivem do regime de previdência social (art. 31). Excecuam-se dessa disposição os serviços eventuais que se prestem por empresas reconhecidas pela autoridade de aplicação, segundo o que é previsto no art. 100.”

4.3 Itália

A Lei nº 264/49 proíbe a terceirização na Itália e o artigo 3º da Lei nº 1.369/60 também caminha no mesmo sentido.⁷⁴

⁷³ Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>>. Consultado em 12.08.2014.

⁷⁴ “Os empresários arrendatários de obras ou serviços, inclusive os trabalhos de porte, limpeza ou conservação normal das instalações, que tenham de ser executados no interior de sua propriedade sob organização e gestão do

4.4 Japão

No Japão, em 1985 foi criada a *Worker Dispatching Law* (Lei do Trabalhador Subcontratado) com o escopo de disciplinar a subcontratação, logo, há a possibilidade de subcontratação de mão de obra, proibindo-se a terceirização no transporte portuário e na construção.

Não se formará vínculo empregatício com a empresa tomadora, desde que observados os preceitos legais previstos na lei de subcontratação.

A ideia dessa lei específica é a de regulamentar o trabalho subcontratado, responsabilizando-se as empresas fornecedoras de mão de obra e evitando-se ou ao menos prevenindo-se a exploração do trabalho humano.

Sobre o tema, Sérgio Pinto Martins acrescenta que:

“Os sindicatos não se opõem à subcontratação e à terceirização, pois entende-se que há uma maximização dos resultados das empresas.

A terceirização tem sido utilizada para todas as atividades estranhas à atividade-fim da empresa. No setor siderúrgico, existe inclusive um sindicato dos trabalhadores subcontratados.

Muitos trabalhadores se aposentam nas grandes empresas e posteriormente voltam a trabalhar como subcontratados nas mesmas empresas.

Grandes montadoras japonesas chegam a ter relação com 170 subcontratadas primárias, 4.700 subcontratadas secundárias e 31.600 subcontratadas terciárias.”⁷⁵

4.5 Bloco econômico composto pelos “Tigres Asiáticos”

Nos países do sudeste asiático (Coreia do Sul, Taiwan, Hong Kong, Cingapura e outros) que compõem o bloco econômico chamado de “Tigres Asiáticos” é comum a utilização da terceirização, subcontratação e emprego temporário com o objetivo principal de cumprir contratos de produção de mercadorias e esporádicas encomendas.

A indústria de confecção de roupas e calçados se desenvolveu largamente nos últimos anos nesses países, dado menor custo da produção em razão da flexibilização dos direitos trabalhistas.

arrendador, serão solidários a este no pagamento dos trabalhadores que deste dependam, de um salário-mínimo não inferior ao que percebem os trabalhadores que daquele dependam, bem como lhes assegurarão condições de trabalho não inferiores às que desfrutem esses seus trabalhadores.”

⁷⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 22.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins esclarece que “A Nike passou a fabricar tênis na Coreia por US\$ 16,00, pois nos EUA o mesmo tênis custa US\$ 100,00. Em relação à tênis, os EUA estão apenas fazendo o *design*.”⁷⁶

4.6 Organização Internacional do Trabalho (OIT)

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) não tratou até o momento do tema terceirização de forma específica, contudo, observa-se certa permissão nesse sentido.

Diz-se isto, pois, a Convenção nº 34 de 1933 e a Convenção nº 96 de 1949 recomendam seja feita a supressão das agências de colocação de mão de obra com fins lucrativos, entretanto, estimulam a criação de serviços públicos gratuitos com a mesma finalidade, fato esse que também consta da Convenção nº 88 de 1948 e da Convenção nº 96 de 1968, sendo que esta última foi denunciada pelo Brasil em 1972.

Neste diapasão, a Convenção nº 161 da OIT, aprovada pelo Decreto-Legislativo nº 86, de 14 de dezembro de 1989, e promulgada pelo Decreto nº 127, de 23 de maio de 1991, trouxe elementos sobre serviços de saúde do trabalho em seu artigo 7.⁷⁷

Portanto, conclui-se que esse artigo permite que tais serviços sejam organizados por uma só ou por várias empresas, bem como que essas empresas podem terceirizar as atividades de assistência médica.

⁷⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 24.

⁷⁷ “Artigo 7

1. Os serviços de saúde no trabalho podem organizar-se, conforme os casos, como serviços para uma só empresa ou como serviços comuns a várias empresas.
2. De conformidade com as condições e as práticas nacionais, os serviços de saúde no trabalho poderão ser organizados por:
 - a) as empresas ou os grupos de empresas interessadas;
 - b) os poderes públicos ou os serviços oficiais;
 - c) as instituições de serviço social;
 - d) qualquer outro organismo habilitado pela autoridade competente;
 - e) uma combinação de qualquer das fórmulas anteriores.”

5. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

De acordo com o que estudamos nos capítulos anteriores, não existe norma vedando a terceirização de serviços como um todo, existindo apenas algumas leis específicas e o verbete de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho que, conjuntamente, traçam as normas que regulamentam a terceirização de serviços.

Neste diapasão, passaremos a analisar e distinguir a terceirização lícita e ilícita e a atividade-meio da atividade-fim, destacando os principais efeitos jurídicos da terceirização e encerraremos com a análise sobre a fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas atinentes à terceirização de serviços.

5.1 Terceirização Lícita

Ao conceituar a terceirização lícita, Sérgio Pinto Martins leciona que:

“A terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores.”⁷⁸

Para Mauricio Godinho Delgado:

“As situações-tipo de terceirização lícita estão, hoje, claramente assentadas pelo texto da Súmula 331, TST. Constituem quatro grandes grupos de situações sócio-jurídicas delimitadas. São as que seguem.

Em primeiro lugar, *situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário* (Súmula 331, I).

(...)

Em segundo lugar, “*atividades de vigilância*”, regidas pela Lei nº 7.102/83 (Súmula 331, III, *ab initio*).

(...)

O terceiro grupo se situações passíveis de contratação terceirizada lícita é o que desenvolve *atividades de conservação e limpeza* (Súmula 331, III).

(...)

O quarto grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita diz respeito a *serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador*.⁷⁹

⁷⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 160.

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, págs. 441 a 442.

No mesmo sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que:

“Analisando a atual Súmula 331, tem-se como lícita a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102/1983), de conservação e limpeza, “bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” (inciso III da Súmula 331 do TST).”⁸⁰

Luiz Carlos Amorim Robortella explicita que:

“Assentada essas ideias, podemos estabelecer os pressupostos para a validade da contratação entre empresas. Devem ser os seguintes:

- a) Boa-fé na celebração do contrato;
- b) Serviço ou obra especializados;
- c) Direção da atividade pela prestadora do serviço ou obra, no âmbito de sua especialização;
- d) Idoneidade econômica da prestadora dos serviços ou obra, no âmbito de sua especialização...”⁸¹

Pois bem! Como podemos observar nos conceitos trazidos anteriormente, a doutrina pátria tem entendido que a terceirização de serviços só é lícita quando ocorre em uma das seguintes formas: a) Trabalho temporário (Lei nº 6.019/74 e verbete de Súmula nº 331, I, do Tribunal Superior do Trabalho); b) Serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83 e verbete de Súmula nº 331, III, do Tribunal Superior do Trabalho); c) Serviços de conservação e limpeza (verbetes de Súmula nº 331, III, do Tribunal Superior do Trabalho); d) Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (verbetes de Súmula nº 331, III, do Tribunal Superior do Trabalho).

As duas primeiras formas estão regulamentadas por leis específicas, não havendo questões de grande relevância quanto à sua licitude na contratação. A terceira hipótese também está bem definida no inciso III do verbete da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Já a quarta hipótese (atividade-meio) é, sem sombra de dúvidas, a hipótese mais complexa da terceirização, pois exige uma distinção sobre o que é atividade-meio e atividade-fim, fato esse que se apresenta de forma cada vez mais específica nas relações de trabalho atuais, razão pela qual abordaremos esse tema em item específico (vide item 5.2).

Essas quatro hipóteses de terceirização lícita também estão pacificadas na jurisprudência pátria.⁸²

⁸⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, pág. 309.

⁸¹ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**, São Paulo: LTr, 1994, pág. 262.

⁸² “**EMENTA:** RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. EMENDADOR-CABISTA. SÚMULA Nº 331, ITEM I, DO C. TST. A interpretação dos arts. 25, §1º, da Lei nº 8.987/95 e 94, II, da Lei nº 9.472/97, bem como da Súmula nº 331 do C. TST somente autoriza as empresas de telecomunicações a terceirizar a atividade-

Não obstante a essa conclusão pacífica da doutrina e da jurisprudência pátria acerca das quatro hipóteses de terceirização lícita, Sérgio Pinto Martins destaca outras hipóteses de terceirização que considera como lícitas, a saber:

“É lícita a terceirização feita por meio de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), desde que não sejam excedidos os três meses de prestação de serviços pelo funcionário na empresa tomadora; em relação a vigilantes (Lei nº 7.102/83); de serviços de limpeza; da empreitada (arts. 610 a 626 do Código Civil); da subempreitada (art. 455 da CLT); da prestação de serviços (artss. 593 a 609 do Código Civil); das empresas definidas na lista de serviços submetidos ao ISS, conforme Lei Complementar nº 116/03, pois tais empresas pagam, inclusive, impostos; em relação ao representante comercial autônomo (Lei nº 4.886/65); na compensação de cheques, feita por empresa especializada e desde que não haja subordinação e pessoalidade do trabalhador com o tomador de serviços; do estagiário, de modo a lhe propiciar a complementação do estudo mediante a interveniência obrigatória da instituição de ensino (Lei nº 11.788/08); e às cooperativas (Lei nº 12.690/12), desde que não exista subordinação...”⁸³

meio. Se assim é, e tendo em vista que as atividades desempenhadas pelo empregado emendador-cabista consistem em atividade-fim das recorrentes, tem-se que o vínculo de emprego forma-se diretamente para com elas. O v. acórdão regional, assim, da forma como proferido, encontra-se em consonância com a Súmula nº 331, item I, deste C. Tribunal, que dispõe no sentido de que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário. Recurso de revista conhecido e desprovido.

(Processo: RR - 134500-74.2008.5.03.0111 Data de Julgamento: 05/05/2010, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010.). Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Consultado em 05.07.2014.

“EMENTA: CONTRATAÇÃO DE TRABALHADOR AUTÔNOMO PARA CONSECUÇÃO DE ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA. FRAUDE AOS DIREITOS TRABALHISTAS. CONFIGURAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO. A contratação do autor para executar serviços permanentes e intrinsecamente ligados à atividade-fim da empresa reclamada, sem prova da necessidade de contratação temporária, em franca terceirização ilícita, aponta, por si só, para a ocorrência de fraude aos preceitos trabalhistas na forma preconizada no art. 9º da CLT, consoante jurisprudência pacificada do C. TST (inteligência da Súmula 331, item I), autorizando a formação do vínculo empregatício entre os litigantes. Recurso obreiro conhecido e provido.”

(TRT/SP – Processo nº 00006766820125020317 – Des. Rel. MARIA ISABEL CUEVA MORAES – 4ª Turma – Publicado em 05.07.2013). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. AGENTE DE SEGURANÇA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM O TOMADOR. IMPOSSIBILIDADE. Os serviços prestados na área de segurança e vigilância não geram vínculo de emprego com o tomador de serviços, uma vez que a sua particularidade justifica a contratação de empresas especializadas, conforme previsto expressamente no art. 3º da Lei nº 7.102/1983, e segundo o entendimento jurisprudencial sedimentado na Súmula 331, III, do TST.”

(TRT/SP – Processo nº 00004282820125020083 – Des. Rel. KYONG MI LEE – 3ª Turma – Publicado em 15.04.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“EMENTA: O desempenho de atividade-meio, sem a devida subordinação, como no presente caso, não forma vínculo com o tomador dos serviços (Súmula 331, III, do C. TST).”

(TRT/SP – Processo nº 00021833920115020078 – Des. Rel. KYONG MI LEE – 17ª Turma – Publicado em 22.11.2013). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

⁸³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 160.

A jurisprudência também não ignora essas outras hipóteses de terceirização de serviços destacadas por Sérgio Pinto Martins.⁸⁴

Com o intuito de facilitar a compreensão do tema, Sérgio Pinto Martins leciona que:

“Algumas regras, contudo, podem ser enunciadas para se determinar a licitude da terceirização, como: (a) idoneidade econômica da terceirizada; (b) assunção de riscos pela terceirizada; (c) especialização nos serviços a serem prestados; (d) direção dos serviços pela própria empresa terceirizada; (e) utilização do serviço, principalmente em relação à atividade-meio da empresa que terceirizaria serviços, evitando-se a terceirização da atividade-fim; (f) necessidade extraordinária e temporária de serviços.”

Ainda sobre a licitude da terceirização de serviços, existem doutrinadores que entendam que essa classificação está incorreta, pois ao passo que inexiste lei que proíbe a terceirização como um todo, bem como hipóteses que não se enquadram nas que foram previstas no verbete de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, não há que se falar em licitude ou ilicitude.

Neste cenário, Vólia Bomfim Cassar defende que:

“Na verdade, as terceirizações devem ser classificadas como regulares e irregulares, porque não há lei que as proíba e nem todas se enquadram nos contornos apontados pelos autores acima, bastando analisar o caso das subcontratações de atividades-fim que não geram o vínculo com o tomador por ausentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT. Neste caso, a terceirização não infringiu nenhuma lei nem fraudou nenhum direito, mas é irregular, por ser de atividade fim. A terceirização regular é gênero, da qual a legal é mera espécie, enquanto a terceirização irregular é gênero, da qual ilegal é espécie...”⁸⁵

⁸⁴ “**EMENTA:** RECURSO DE REVISTA DA TELEMAR NORTE LESTE S.A. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. LICITUDE. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT; Lei nº 9.472/97) ampliou as hipóteses de terceirização de serviços. Assim, a previsão contida no artigo 94, inciso II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes ao serviço de telecomunicações, autoriza a terceirização das atividades preceituadas no § 1º do artigo 60 da LGT. Por conseguinte, torna-se irrelevante discutir se a função desempenhada pela reclamante enquadra-se como atividade-fim ou meio, ante a licitude da terceirização, uma vez respaldada em expressa previsão legal. Tal licitude, porém, não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, nos termos da Súmula 331, IV, desta Corte Superior. Precedentes do TST.”

(Processo: RR - 124500-63.2004.5.03.0108 Data de Julgamento: 28/04/2010, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/05/2010.). Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Consultado em 05.07.2014.

⁸⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.**, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, pág. 487.

5.2 Terceirização Ilícita

Em sentido contrário ao conceito de terceirização lícita e as suas hipóteses principais, podemos afirmar que a terceirização ilícita ocorrerá nas hipóteses de intermediação de mão de obra para a execução de atividade-fim da empresa, salvo na hipótese de trabalho temporário (verbete de Súmula nº 331, I, do Tribunal Superior do Trabalho) ou nas hipóteses em que mesmo realizada nas atividades-meio da empresa, estejam presentes os requisitos da pessoalidade e da subordinação entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços.

Ao tratar do tema, Carla Teresa Martins Romar adverte que:

“A terceirização é ilícita quando:

Realizada nas atividades-fim da empresa, salvo nas hipóteses de contratação de trabalho temporário (inc. I). O trabalho temporário, como cisto anteriormente, é típica hipótese de contratação de trabalhadores por interposta pessoa, podendo ser utilizado nas atividades-fim da empresa, mas somente em casos de acréscimo extraordinário de serviços ou de necessidade de substituição temporária do pessoal regular e permanente;

Realizada nas atividades-meio da empresa, quando haja pessoalidade e subordinação do trabalhador em relação ao tomador dos serviços (inc. III, parte final).”⁸⁶

No mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado leciona que:

“Excluídas as quatro situações-tipo acima examinadas, que ensejam a terceirização lícita no Direito brasileiro, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa preste serviços não-eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida.

Observe-se que não se trata de se discutir, nesses casos, se a empresa terceirizante é lícitamente construída e patrimonialmente idônea, já que o núcleo da temática examinada não diz respeito à responsabilidade trabalhista (onde poderiam ter relevos tais aspectos), mas a vínculo empregatício.”⁸⁷

E conclui Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

“Portanto, se o trabalhador for contratado por empresa interposta, forma-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, salvo em se tratando de trabalho temporário, observados os requisitos da Lei 6.019/1974 (inciso I da Súmula 331 do TST). Ou seja, caso, na realidade dos fatos, o empregado tenha vínculo com o tomador, uma vez presente a subordinação ou a pessoalidade em relação entre eles, este é o verdadeiro empregador, e não a pessoa que somente intermediou a mão-de-obra, ainda que seja ela quem tenha figurado, formalmente, como contratante do trabalhador.

⁸⁶ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado.**, São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 132.

⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.**, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, pág. 444.

A correção dessa conclusão é confirmada ao se verificar que a referida intermediação representa fraude aos preceitos jurídico-trabalhistas, de natureza cogente, não produzindo efeitos em razão da nulidade incidente (art. 9º da CLT).⁸⁸

Esse também é o posicionamento majoritário da jurisprudência pátria.⁸⁹

De outra sorte, há parcela minoritária da doutrina que entende que a simples terceirização da atividade-fim não caracteriza a ilicitude da terceirização, devendo restarem comprovados os requisitos da pessoalidade e da subordinação para tanto. Todavia, essa tese não é aceita pela jurisprudência pátria, como vimos nos acórdãos trazidos anteriormente.

Esse posicionamento é adotado por Sérgio Pinto Martins que assim se manifesta:

“Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva restringir-se à atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no art. 170 da Constituição. A indústria automobilística é exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode hoje ser acessória. Contudo, ninguém acoimou-a de ilegal. Na construção civil, são terceirizadas atividades essenciais da empresa construtora, que dizem respeito a sua atividade-fim, como de fundação, pintura, azulejos e etc. As

⁸⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho.**, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, pág. 311.

⁸⁹ “**EMENTA:** Fraude contratual. Condição de bancário. Atividades exercidas eram eminentemente de instituição financeira, com claros benefícios ao banco contratante. Restou demonstrado que a Reclamante efetivamente laborava em fraude contratual, ativando-se em favor de empresa interposta e executando funções tipicamente bancárias, motivando a declaração de fraude contratual e reconhecimento do vínculo diretamente com o banco tomador. Nestes casos adota-se o disposto no art. 9º da CLT e previsão contida na Súmula 331, I e III do C. TST.” (TRT/SP – Processo nº 00009985620115020048 – Des. Rel. SERGIO WINNIK – 4ª Turma – Publicado em 04.04.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“**EMENTA:** TERCEIRIZACAO DE ATIVIDADE-FIM. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A contratação de prestação de serviços, para realização de atividade que se insere na atividade-fim da empresa, torna ilícita a terceirização, ensejando a declaração de fraude na contratação, o reconhecimento de vínculo empregatício nos moldes vindicados na inicial, e a condenação solidária das duas reclamadas. Inteligência do art. 9º, da CLT, c.c, Súmula 331, I e III, do C. TST, e art. 942 do Código Civil. Recurso ordinário das reclamadas a que se nega provimento, neste aspecto.”

(TRT/SP – Processo nº 00005283420105020315 – Des. Rel. MARIA CRISTINA FISCH – 18ª Turma – Publicado em 24.03.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“**EMENTA:** Cooperativa e vínculo de emprego. A prestação de serviços da reclamante à empresa tomadora por meio de duas cooperativas, sem interrupção na prestação dos serviços, implica a ausência da affectio societatis inerente ao cooperativismo, havendo terceirização ilícita de mão de obra, que enseja a nulidade da adesão à cooperativa e o reconhecimento do vínculo de emprego com o tomador de serviços, nos termos da Súmula 331, I, do TST.”

(TRT/SP – Processo nº 02412006420095020015 – Des. Rel. ADALBERTO MARTINS – 8ª Turma – Publicado em 27.05.2013). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“**EMENTA:** Terceirização de atividade fim. Vínculo de emprego diretamente com o tomador. Exercendo o trabalhador funções que se inserem nas atividades essenciais da tomadora dos serviços, deve ser reconhecido o vínculo de emprego diretamente com esta. Aplicação da Súmula 331, I, do TST.”

(TRT/SP – Processo nº 20110623734 – Des. Rel. SILVIA REGINA PONDÉ GALVÃO DEVONALD – 3ª Turma – Publicado em 07.02.2012). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

costureiras que prestam serviços em sua própria residência para as empresas de confecção, de maneira autônoma, não são consideradas empregadas, a menos que exista o requisito subordinação, podendo aí ser consideradas empregadas em domicílio (art. 6º da CLT), o que também mostra a possibilidade da terceirização da atividade-fim. O art. 25 da Lei nº 8.987/95 permite a terceirização de atividade-fim na concessão telefônica. Franca terceiriza a atividade-fim de pesponto em relação a sapatos. Costuras são feitas em casa no Bom Retiro, em São Paulo e em muitas cidades do interior, como Jacutinga e Monte Sião (MG), ou em Serra Negra (SP).

Em decorrência do princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição, cabe ao empresário definir quais as áreas que pretende terceirizar, inclusive da atividade-fim, se assim entender. Cabe a ele escolher, portanto, a área que pretende terceirizar.

Uma atividade-fim da empresa pode ser até mesmo transformada em atividade acessória, em virtude das mudanças tecnológicas.

Para que inexistam, contudo, o vínculo de emprego com a tomadora dos serviços, é mister que a personalidade e a subordinação direta se deem com a pessoa que fornece a mão de obra. Caso o serviço seja feito no estabelecimento da tomadora, deve ser executado sob as ordens de prepostos da prestadora, e não da tomadora.”⁹⁰

No mesmo sentido, Luiz Carlos Amorim Robortella esclarece que:

“O trabalho pode se realizar no estabelecimento da prestadora ou da fornecedora, em atividade-fim ou atividade-meio. Sempre será possível distinguir a atividade terceirizada, exatamente por constituir uma unidade autônoma de produção, com lógica, organização e dinâmica próprias.”⁹¹

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante afirmam que:

“A nosso ver, não existem restrições para que a terceirização se dê também na atividade-fim. A terceirização é um fenômeno global e repercute nas relações trabalhistas. O Brasil está interligado à economia mundial e necessita adaptar-se aos avanços das novas realidades que tendem a valorizar o trabalho-meio como forma de contratação dos trabalhadores em geral. Todavia, o que não se deve permitir é a fraude, o desrespeito aos direitos mínimos, que só é permitido verificar em função de cada caso em concreto. Em qualquer caso, havendo fraude, o vínculo se formará diretamente com a empresa tomadora, havendo a responsabilidade solidária da prestadora, ante a ilicitude perpetrada na terceirização (art. 942, CC).”⁹²

Cumpramos ressaltar, ainda, que esse posicionamento foi adotado pelo Projeto de Lei nº 4.330/2004, que dispõe em seu artigo 2º, parágrafo segundo, que “Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.”

⁹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, págs. 132 a 133.

⁹¹ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**, São Paulo: LTr, 1994, pág. 262.

⁹² NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, pág. 447.

A partir dessa afirmação, é certo que a tendência do projeto de lei é de autorizar a terceirização de todas as atividades da empresa, seja ela considerada atividade-meio ou atividade-fim, bem como que mesmo havendo pessoalidade e subordinação entre os trabalhadores e a empresa contratante, não haverá vínculo empregatício, em total descompasso com a previsão contida no artigo 3º da CLT e com a doutrina e a jurisprudência uníssona.

5.3 Distinção entre atividade-meio e atividade-fim

Ao longo dos dois primeiros itens desse capítulo, nós estudamos os conceitos e diferenciamos a terceirização lícita da ilícita, sendo certo que um dos critérios que envolvem essa diferenciação é a análise da atividade como atividade-meio ou atividade-fim da empresa.

Inicialmente, temos que destacar que a distinção entre a atividade-meio e a atividade-fim da empresa não está pacificada na doutrina e na jurisprudência pátria, o que ao nosso sentir, ocorre em razão das constantes mudanças estruturais e organizacionais dos modos de produção adotados pela indústria e comércio nos dias atuais.

Diz-se isto, pois, com o avanço tecnológico constante e as fervorosas alterações no mercado globalizado, as empresas alteram constantemente a forma de atuação, o que não facilita a fixação de um conceito rígido de atividade-meio e atividade-fim.

No mesmo sentido, Carla Teresa Martins Romar assevera que:

“A Súmula 331 do TST definiu como critério para a definição da licitude ou ilicitude da terceirização a distinção entre atividade-fim e atividade-meio do tomador de serviço.

No entanto, diante da diversidade de atividades que hoje são terceirizadas, nem sempre é tarefa fácil conceituar atividades-fim e atividades-meio. Apesar do inegável esforço da doutrina em apresentar definições com o intuito de delimitar a abrangência de cada um desses termos, o fato é que a jurisprudência ainda não foi capaz de sedimentar um entendimento sobre o que, em uma empresa, pode ser considerado como atividade-fim e como atividade-meio, tudo dependendo de cada caso concreto. (...)

O rol de serviços envolvidos em uma atividade empresarial em geral é bastante extenso, razão pela qual a identificação das atividades-meio deve ser feita individualizadamente, analisando-se cada caso concreto.”⁹³

Traçadas essas premissas, trataremos a seguir os principais aspectos existentes sobre a distinção da atividade-meio e atividade-fim na atualidade.

⁹³ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado.**, São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 132.

Ao tratar do tema, Carla Teresa Martins Romar conceitua atividade-meio e atividade-fim da seguinte forma:

“Atividade-fim – aquela que se encaixa como essencial na finalidade para a qual a empresa foi constituída, coincidindo com seu objetivo social. São, portanto, as atividades principais, nucleares, desenvolvidas pelo prestador de serviços. Atividade-meio – é toda aquela que dá suporte à execução da atividade-fim. Não é essencial na constituição da própria empresa e nem definidora de sua manutenção ou continuidade, mas contribuem para o funcionamento do empreendimento. Como exemplos de atividades-meio, podem ser citados os serviços de conservação e limpeza, de vigilância patrimonial, de fornecimento de refeições, de manutenção de máquinas e equipamentos, de transporte de empregados, de processamento de dados, de distribuição, entre outros.”⁹⁴

Diferente não é a conceituação trazida por Sérgio Pinto Martins:

“Atividade-fim é a que diz respeito aos objetivos da empresa, incluindo a produção de bens ou serviços, a comercialização e etc. É a atividade central da empresa, direta, de seu objeto social.

É a atividade principal da empresa, a nuclear ou essencial para que possa desenvolver seu mister.

A atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio a determinados setores da empresa ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância etc. Já a atividade-fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada.

(...)

A atividade da empresa deve ser especializada. A radiologia é um serviço especializado e, portanto, pode ser terceirizado. Fundação na construção civil é serviço especializado. Necessita de máquinas próprias, tecnologia e saber como fazer. Não é a atividade do empregado que deve ser especializada, pois, no caso de limpeza, geralmente o empregado não tem qualquer especialização.”⁹⁵

Também no mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado diferencia essas atividades da seguinte forma:

“Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

⁹⁴ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado.**, São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 132.

⁹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, págs. 130 a 131.

São ilustrativamente, as atividades referidas pela Lei nº 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas.” São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc).⁹⁶

Com um conceito resumido, porém completo, Gustavo Filipe Barbosa define que “*Atividade-meio* é aquele de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo *atividade-fim*, portanto, aquele que a compõe.”⁹⁷

A partir da leitura dos conceitos trazidos, temos que a doutrina caminha no sentido de diferenciar a atividade-fim da atividade-meio com a análise das atividades que compõem o núcleo da atividade empresarial, ou seja, se aquela determinada atividade compõe o núcleo da atividade empresarial ali desenvolvida, ela será considerada como atividade-fim e, portanto, num primeiro momento não será passível de terceirização. De outra sorte, se aquela atividade constitui apenas uma atividade acessória para a consecução da atividade empresarial, essa será considerada como atividade-meio e, portanto, passível de terceirização, desde que respeitados os requisitos legais das leis específicas das atividades e os contornos jurisprudenciais alicerçados no verbete de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, tal como analisamos nos capítulos e itens anteriores.

Esse também é o entendimento que vem sendo adotado majoritariamente pela jurisprudência pátria.⁹⁸

⁹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, págs. 442 a 443.

⁹⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, pág. 309.

⁹⁸ “**EMENTA:** VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO COMPROVADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMO COOPERADO. AUSÊNCIA DE FRAUDE CONTRA A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA Evidenciado nos autos que a reclamante prestava serviços como verdadeira trabalhadora cooperada, nos termos da Lei nº 5.764/71, atuando na atividade-meio da tomadora de serviços, não há falar-se em fraude aos direitos trabalhistas. Não havia subordinação, tampouco onerosidade com relação ao tomador de serviços, sendo a própria cooperativa a responsável pela gestão dos serviços prestados, como também pelos pagamentos devidos e eventuais problemas nos respectivos demonstrativos. No caso em apreço, afasta-se o vínculo empregatício nos moldes vindicados na inicial, porquanto inexistente a presença concomitante dos requisitos do artigo 3º, da CLT. Recurso ordinário da reclamante a que se nega provimento.”

(TRT/SP – Processo nº 00030554220125020006 – Des. Rel. MARIA CRISTINA FISCH – 18ª Turma – Publicado em 14.04.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“**EMENTA:** VÍNCULO. BANCÁRIO. Bancários desempenham atividades de movimentação financeira, abertura de conta corrente, caderneta de poupança, aplicações, investimentos, carteiras hipotecárias, dentre outras atividades. Na hipótese, as tarefas exercidas pelo reclamante eram de suporte, relacionadas à atividade meio do Banco, inexistindo similitude com aquelas desenvolvidas pelos bancários. Não caracterizado vínculo com o banco reclamado.”

(TRT/SP – Processo nº 00006381320135020029 – Des. Rel. WILMA GOMES DA SILVA HERNANDES – 11ª Turma – Publicado em 01.04.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“**EMENTA:** Vínculo empregatício com o tomador de serviços. Terceirização de atividade-meio. Tratando-se de terceirização de atividade-meio, não demonstrada a subordinação direta ao tomador de serviços, não há que se falar em reconhecimento de vínculo empregatício.”

Ocorre que, a grande celeuma jurídica que envolve esses conceitos refere-se à sua aplicação na prática, pois como dito alhures, a velocidade com que as tecnologias avançam e as transformações ocorridas na indústria e no comércio dificultam cada vez mais a identificação se aquela hipótese de terceirização constitui-se em terceirização de atividade-fim ou de atividade-meio.

Com efeito, surge para as partes contratantes enorme insegurança jurídica, já que a terceirização praticada dependerá de pronunciamentos judiciais- que por várias vezes são

(TRT/SP – Processo nº 00011846520135020030 – Des. Rel. MARIA DE LOURDES ANTONIO – 17ª Turma – Publicado em 28.02.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE. A validade da terceirização se prende ao fato de que o serviço contratado esteja ligado a atividade-meio e não à atividade-fim. Se possuir liame com a atividade-fim, evidentemente incorreria em fraude, pois se formaria vínculo diretamente com o tomador de serviços (Súmula 331, I do C. TST). Não é a hipótese dos autos, diante das disposições contidas nos artigos 60 e 61, da Lei 9.472/97. Todavia, o fato de ser válida a terceirização não exclui a responsabilidade subsidiária do tomador, que decorre do dever de cautela na escolha da empresa terceirizada e na fiscalização do cumprimento das obrigações desta para com seus empregados. Recurso Ordinário da segunda reclamada ao qual se nega provimento.”

(TRT/SP – Processo nº 00023632820115020087 – Des. Rel. SIDNEI ALVES TEIXEIRA – 8ª Turma – Publicado em 02.12.2013). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“EMENTA: BANCÁRIO. Para que se reconheça condição de bancário há que se seguir o disposto nos artigos 511, § 2º, 570 e 577 consolidados, ou seja que o enquadramento sindical se dá em razão da atividade preponderante do empregador, salvo os casos da atividade diferenciada. Por tal razão é que faxineiros, porteiros, empregados de telefonia, quando contratados por um banco, são bancários, como expresso no art.226 da CLT, embora não estejam diretamente envolvidos na atividade-fim. Desta forma, o fato de atuar a autora na área de telemarketing e atendimento a clientes não a impede de ser reconhecida como bancária. Na verdade em qualquer estabelecimento nem sempre todos os empregados estão ligados a atividade-fim do empregador, e tão pouco por isso deixam de estar enquadrados na categoria econômica preponderante do empregador. Não há qualquer necessidade aliás de que o empregado para assim ser considerado esteja ligado a atividade-fim. Não é isso que diz a Súmula 331, e sim que para que a intermediação seja lícita o trabalho exercido pelo prestador de serviços não pode estar ligado à atividade-fim, mas que ainda que esteja ligado à atividade-meio se houver comprovação de que há subordinação à tomadora dos serviços, o vínculo empregatício está estabelecido com o tomador.”

(TRT/SP – Processo nº 00014836220125020067 – Des. Rel. MARIA JOSÉ BIGHETTI ORDOÑO REBELLO – 11ª Turma – Publicado em 29.04.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO FRAUDULENTA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE-FIM. NEGAÇÃO DA IDENTIDADE DE CLASSE. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A terceirização no âmbito da atividade-fim desvirtua todo o sistema de relações não só de trabalho, mas também previdenciário e mesmo de mercado, ante a desigual concorrência que se estabelece entre o empreendimento ético, e aquele que busca redução de custos sem se ater à legalidade. O prejuízo, a despeito de ser suportado, na realidade, por toda a sociedade, é sentido mais intimamente pelo trabalhador nesta condição. Inegável, aqui, o prejuízo que a reclamada, com sua conduta, impingiu à reclamante, atingindo-a em sua dignidade e no valor social do seu trabalho. É que ao ocultar a condição de bancário ou financeiro dos trabalhadores das "terceirizadas" prestadoras de serviços, que atuam em concessão de empréstimos e financiamentos, a reclamada não apenas sonega direitos trabalhistas historicamente conquistados, mas também, confisca à reclamante a própria identidade de classe, assim entendida o conjunto de valores, práticas e laços de solidariedade comuns aos que labutam num mesmo ofício, e que decorrem da irrecusável similitude de vida em comum. Nesse contexto, aflora o dever de reparar o dano extrapatrimonial ocasionado. Recurso provido, no particular.”

(TRT/SP – Processo nº 00891005320085020050 – Des. Rel. RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS REBELLO – 4ª Turma – Publicado em 11.04.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

divergentes para a mesma situação fática- para que seja definida se a mesma trata-se de terceirização de atividade-meio ou de atividade-fim.

Outrossim, é com base nessa celeuma jurídica que alguns defendem a possibilidade de terceirização de todas as atividades empresariais, sejam elas as atividades-meio ou atividades-fim.

5.4 Efeitos jurídicos da terceirização lícita e ilícita

A terceirização lícita produz os regulares efeitos do contrato de prestação de serviços firmados entre a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora de serviços, logo, a prestadora de serviços responderá de forma principal, vez que é a empregadora formal do obreiro e a tomadora de serviços responderá de forma subsidiária, nos termos do verbete de Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho⁹⁹; já estudado anteriormente no capítulo 3, item 3.2.

Quanto às demais especificidades da responsabilidade subsidiária, as mesmas serão estudadas no capítulo 6, ocasião em que faremos um cotejo entre a responsabilidade solidária e a subsidiária.

De outra sorte, nas hipóteses em que restarem caracterizadas a terceirização ilícita, o vínculo empregatício será reconhecido diretamente com a empresa contratante/tomadora de serviços, nos termos do verbete de Súmula 331, I, do Tribunal Superior do Trabalho.¹⁰⁰

Nessa toada, a partir da declaração de reconhecimento da fraude na contratação por empresa interposta e o consequente reconhecimento do vínculo empregatício com a empresa tomadora de serviços, todos os direitos assegurados aos trabalhadores celetistas daquela empresa serão devidos ao obreiro contratado de forma irregular, como por exemplo, reconhecimento da condição de bancário com jornada de trabalho especial, piso salarial diferenciado, benefícios médicos e etc.¹⁰¹

⁹⁹ IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

¹⁰⁰ “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).”

¹⁰¹ “**EMENTA:** EXECUÇÃO DE ATIVIDADE-FIM DO BANCO RÉU. CONDIÇÃO DE BANCÁRIA RECONHECIDA. Restando provado por meio da prova testemunhal que a autora vendia empréstimos (produto tipicamente bancário), não restam dúvidas de que realizava atividades típicas de bancário. Isso porque, como a finalidade dos Bancos é a obtenção de lucro com as transações mercantis que realizam na área financeira, de se

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado afirma que:

“Configurada esta, determina a ordem jurídica que se considera desfeito o vínculo laboral com o *empregador aparente* (entidade terceirizante), formando-se o vínculo trabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (*empregador oculto ou dissimulado*). Reconhecido o vínculo empregatício com o empregador dissimulado, incidem sobre o contrato de trabalho todas as normas pertinentes à efetiva categoria obreira, corrigindo-se a eventual defasagem de parcelas ocorrida em face do artifício terceirizante.

A eliminação do vínculo original com a empresa locadora de serviços em favor de seu reatamento com a entidade tomadora é efeito, entretanto, que se passa somente nas situações de terceirização ilícita.

Nos casos de terceirização regular (incisos I e III da Súmula 331), mantém-se intocado o vínculo jurídico com a empresa terceirizante. Nega a ordem jurídica, portanto, o reconhecimento do vínculo empregatício do obreiro terceirizado com a entidade tomadora de serviços. É que sendo válida a relação jurídica trilateral terceirizante, não há que se falar em alteração dos laços jurídicos fixados originalmente entre as partes (Súmula 331, I, TST).”¹⁰²

Ademais, as empresas que participaram da fraude perpetrada serão responsabilizadas solidariamente pelo adimplemento dos valores devidos ao trabalhador lesado,

entender que todas as pessoas que, direta ou indiretamente, oferecem seus produtos (em seu nome) a terceiros, estão lidando com sua atividade principal, notadamente quando fazem parte de um mesmo conglomerado econômico, como na hipótese. Portanto, com base no princípio da primazia da realidade, e com espeque no arcabouço fático probatório produzido, de rigor o reconhecimento da condição de bancária da recorrente.”

(TRT/SP – Processo nº 00019629120125020443 – Des. Rel. MARIA ISABEL CUEVA MORAES – 4ª Turma – Publicado em 14.02.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EM ATIVIDADE-FIM - NULIDADE - VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A TOMADORA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA PRESTADORA. A terceirização, considerada uma das vertentes do fenômeno da flexibilização do emprego, e que vem se difundida de maneira globalizada, consiste na transferência das atividades de determinada empresa para outra interposta, a fim de gerar maior produtividade e inserção competitiva da tomadora no mercado econômico (redução de custos operacionais), eis que sua principal destinação é focar a empresa contratante em sua atividade-fim, deixando a cargo das contratadas o desempenho de atividades secundárias e não relacionadas com sua cadeia produtiva (melhoria na qualidade desses serviços). O processo de terceirização no mercado de trabalho brasileiro deve atender aos princípios basilares que regulam a relação empregatícia, dentre os quais destaca-se a função social do trabalho, a valorização da pessoa e a boa-fé contratual. A congregação desses institutos visa introduzir uma melhor forma de estruturação e subsistência do empreendedorismo, situação intrinsecamente ligada à melhoria das condições sociais do trabalhador. Dessume-se, portanto, que os atos praticados pelas empresas que correspondam ao desvirtuamento de qualquer forma de terceirização de serviços, com a intenção de prejudicar direitos dos empregados, ainda que sob a justificativa da melhora produtiva do empregador, são nulos de pleno direito, tudo com esteio no artigo 9º, da CLT, norma de ordem pública, a qual é geralmente desconsiderada no meio empreendedor. É aí que se encontra o paradoxo da terceirização e sua dicotomia em lícita e ilícita. Se ela faz a empresa contratante perder as rédeas de seu objetivo social, não pode ser considerada válida. Consequentemente, na hipótese de não ingerência da prestadora na atividade-fim da tomadora presumir-se-á legítima. Se fraudulenta a terceirização, o resultado prático é a formação do vínculo de emprego diretamente com a tomadora, respondendo solidariamente a prestadora pelos créditos devidos ao trabalhador. Inteligência do artigo 9º da CLT, c/c item III, da Súmula nº 331, do TST.”

(TRT/SP – Processo nº 00000948620135020041 – Des. Rel. ROVIRSO BOLDO – 8ª Turma – Publicado em 04.02.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

¹⁰² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.**, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, págs. 444 a 445.

com fundamento nos artigos 927, parágrafo único (teoria do risco) e 942, ambos do Código Civil.

Ressaltamos que as demais especificidades da responsabilidade solidária serão estudadas no capítulo 6.

Além desse efeito jurídico tratado anteriormente, também temos o efeito jurídico relacionado ao salário equivalente/isonômico entre os trabalhadores celetistas que laboram na empresa tomadora de serviços e os trabalhadores que prestam serviços a mesma empresa por empresa interposta (prestadora de serviços).

O fundamento dessa celeuma jurídica está previsto no artigo 12, “a”, da Lei nº 6.019/74,¹⁰³ que assegura ao trabalhador temporário, a mesma remuneração e demais benefícios salariais percebidos pelos celetistas daquela empresa na qual foi alocado.

Diz-se isto, pois, a questão que se coloca é a seguinte: Esse mesmo procedimento previsto para os trabalhadores temporários deve ser aplicado às demais hipóteses de terceirização do ordenamento jurídico pátrio?

Diante dessa questão, a doutrina e a jurisprudência pátria não são uníssonas quanto à questão, porém prevalece a corrente majoritária no sentido de que a citada norma prevista na Lei nº 6.019/74 não se aplica às demais hipóteses de terceirização, exceto na hipótese de terceirização fraudulenta, na qual o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora de serviços, ocasião em que são devidos todos os direitos assegurados para aquela categoria de trabalhadores, fulminando qualquer distinção até então existente.¹⁰⁴

¹⁰³ “Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional.”

¹⁰⁴ “**EMENTA:** TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL. A licitude da terceirização não constitui óbice ao pleito de isonomia salarial do empregado terceirizado, em relação ao trabalhador admitido diretamente pela empresa tomadora. Isto, porque a Lei 6.019/74, que trata da hipótese de terceirização lícita de trabalho temporário, em seu artigo 12, alínea “a”, assegura ao trabalhador “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional”. O dispositivo legal versa sobre o salário equitativo, calçado no princípio da isonomia, que vem sendo adotado pela jurisprudência no sentido de se assegurar aos empregados terceirizados os mesmos benefícios dos trabalhadores contratados diretamente pela empresa tomadora, pouco importando se a empregadora não foi representada na norma coletiva. Recurso do reclamante provido.”

(TRT/SP – Processo nº 00024438920115020087 – Des. Rel. REGINA DUARTE – 14ª Turma – Publicado em 16.08.2013). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

“**EMENTA:** TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DOS BENEFÍCIOS CONCECIDOS AOS EMPREGADOS DO TOMADOR DE SERVIÇOS. Tratando-se de terceirização lícita e não sendo hipótese de aplicação do art. 12, “a” da Lei nº 6.019/74 e nem da OJ SDI-1 nº 383 do C. TST, não há que se cogitar do reconhecimento da isonomia salarial. Recurso não provido.”

Todavia, não poderíamos deixar de transcrever as lições de um dos maiores, senão o maior, defensor da isonomia salarial entre os empregados celetistas e os trabalhadores terceirizados que prestam serviços para aquela empresa, qual seja Mauricio Godinho Delgado que assim leciona:

“A jurisprudência não se decidiu, *pacificamente*, nessa linha, reconheça-se. Mantém-se ainda importante a interpretação de que, desde que seja considerada lícita a terceirização – e não se tratando de trabalho temporário –, não seria aplicável o salário equitativo. Ou seja, em casos de terceirização lícita o padrão remuneratório da empresa tomadora não se comunicaria com o padrão remuneratório dos trabalhadores terceirizados postos a serviço dessa mesma tomadora.

Tal compreensão jurídica deve merecer críticas, entretanto.

Em primeiro lugar, ordens jurídicas e sociais mais avançadas e igualitárias que a brasileira expressamente já rejeitaram essa incomunicabilidade, em face da injustificável discriminação socioeconômica que ela propicia. Ilustrativamente, o Direito do Trabalho da Itália elaborou preceito claro nesse sentido (...)

Em segundo lugar, a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em *mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país*. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.

Em terceiro lugar, há claros preceitos constitucionais e justralhistas brasileiros que, lidos em conjugação sistemática entre si e com os aspectos acima apontados, indicam na direção da comunicação remuneratória entre o contrato do trabalhador terceirizado e o padrão prevalecente entre os empregados da mesma categoria da empresa tomadora dos serviços. *Preceitos constitucionais e legais que, em síntese, favorecem à aplicação do salário equitativo mesmo em situações de terceirização lícita.*”¹⁰⁵

De outra sorte, há aqueles que defendem que essa equiparação salarial é juridicamente impossível, vez que o artigo 461 da CLT¹⁰⁶ exige o mesmo empregador para a caracterização da equiparação salarial.

Com fundamento nesse preceito, Sérgio Pinto Martins afirma que:

“No meu entendimento não é possível haver equiparação salarial ou igualdade de salário entre empregado de empresa prestadora de serviços e empregado pertencente à tomadora, pois os empregadores são distintos. A exceção diz respeito ao empregado da empresa de trabalho temporário, que tem de receber a mesma remuneração do

(TRT/SP – Processo nº 00001476520135020462 – Des. Rel. SONIA MARIA PRINCE FRANZINI – 3ª Turma – Publicado em 13.08.2013). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 05.07.2014.

¹⁰⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.**, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, págs. 445 a 446.

¹⁰⁶ “Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.”

empregado da tomadora, com fundamento na alínea a do artigo 12 da Lei nº 6.019.74.”¹⁰⁷

Com a devida *vênia* daqueles que entendem diversamente, defendemos que a equiparação salarial em tela não deve prosperar, vez que os requisitos legais não estão preenchidos, essencialmente no que diz respeito ao mesmo empregador, nos termos do artigo 461 da CLT e as lições trazidas por Sérgio Pinto Martins.

¹⁰⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 135.

6. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA X SOLIDÁRIA

Conforme já debatemos exaustivamente neste trabalho, o verbete de Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰⁸ determina a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelos valores inadimplidos pela prestadora de serviços, empregadora formal do trabalhador.

Ocorre que, essa modalidade de responsabilidade trouxe vários questionamentos jurídicos quanto à sua aplicação, sendo certo que ao longo dos anos vem se formando uma corrente minoritária no sentido de que essa responsabilidade deveria ser solidária e não subsidiária como foi prevista, razão pela qual analisaremos cada uma dessas modalidades de responsabilidade, a fim de que no próximo capítulo possamos cotejá-las com o objetivo de verificarmos qual deveria ser aplicada aos casos de terceirização para reduzir os efeitos sociais desse fenômeno.

6.1 Responsabilidade Subsidiária

A responsabilidade subsidiária consiste em uma responsabilidade secundária, vez que primeiro tem-se que esgotar os meios de satisfação do débito executado junto ao devedor principal, no caso da empresa prestadora de serviços, para que então possa ser atingido o patrimônio do devedor subsidiário, no caso da empresa tomadora de serviços.

Num primeiro momento, poderíamos pensar que a questão é bem simples e não traz nenhuma dificuldade na prática, contudo, a prática forense tem nos mostrado que essa questão acaba por gerar discussões jurídicas infundáveis acerca do momento legal para o correto direcionamento da execução em face do devedor subsidiário.

Diz-se isto, pois, tanto o artigo 455 da CLT como a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho não especificaram em momento algum, se essa responsabilidade subsidiária seria simples, ou seja, de pessoa jurídica para pessoa jurídica, ou se seria complexa, ou seja, de pessoa jurídica, para sócios dessa empresa e, posteriormente, a pessoa jurídica da devedora subsidiária.

¹⁰⁸ “IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

Nesse sentido, Homero Batista Mateus da Silva ressalta que:

“Antes mesmo de se analisar a profundidade que a responsabilidade subsidiária deve atingir, é de se indagar se a Súmula nº 331 e demais dispositivos legais propugnam, afinal, uma responsabilidade subsidiária simples, de pessoa jurídica para pessoa jurídica, ou uma responsabilidade subsidiária composta, de pessoa jurídica, para pessoa natural e, depois, para outra pessoa jurídica. Em outras palavras, convém refletir se o tomador de serviços pode ou não exigir que o patrimônio do prestador de serviços seja preliminarmente esgotado do ponto de vista da pessoa jurídica e também das pessoas jurídicas associadas.”¹⁰⁹

A partir dessa questão, de início formou-se uma corrente predominante que sustentava que primeiro se deveria esgotar todos os meios de execução em face do devedor principal, inclusive em face dos seus sócios, para que posteriormente iniciasse-se a execução em face do devedor subsidiário, ou seja, a ideia contida no verbete de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho seria da responsabilidade subsidiária complexa.¹¹⁰

Um dos fundamentos utilizados por aqueles que defendem esse posicionamento consiste no fato de que se assim não fosse, seria bastante cômodo a empresa prestadora de serviços, pois bastava transferir seu patrimônio para os sócios, que o mesmo se tornaria intangível, fato esse que confrontaria todos os esforços legislativos, doutrinários e jurisprudenciais no sentido de fixar a desconsideração da personalidade jurídica para o adimplemento de verbas devidas pela empresa, principalmente aquelas com natureza alimentar, como é o caso dos direitos trabalhistas.

Ao tratar da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Bianca Bastos esclarece que:

“Os credores não negociais, como o são os trabalhadores que firmam contratos de trabalho, por não terem condições de crescer no contrato entabulado o custo quanto ao insucesso da organização empresarial, não devem arcar com qualquer risco. Portanto, a insolvência da sociedade atrai a responsabilidade do sócio, já que, no contrato de trabalho, a limitação da responsabilidade prevista no tipo societário não atinge a finalidade econômica a que foi inicialmente prevista pelo legislador. São essas as hipóteses em que o Direito de Empresa prevê a ilimitação da responsabilidade dos sócios que participem de sociedade cujo modelo legal seja de responsabilidade limitada. São os dois critérios usados em grande maioria dos casos hoje verificados na Justiça do Trabalho.”¹¹¹

¹⁰⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Responsabilidade patrimonial no processo do trabalho.**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pág. 234.

¹¹⁰ “**EMENTA:** Execução – Condenação subsidiária. Somente após a comprovação da insolvência do devedor principal, e afastado fundamentadamente o benefício da excussão devidamente articulado, pode ser executado o responsável subsidiário.”

(TRT/SC – Acórdão 4.655/2000 – Des. Rel. Luiz Fernando Cabeda – 1ª Turma – publicado em 31.05.2000). Disponível em <<http://www2.trt12.jus.br/juris/scripts/form-juris.asp>>. Consultado em 06.07.2014.

¹¹¹ BASTOS, Bianca. **Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária : a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio.**, São Paulo: LTr, 2011, pág. 152.

Entretanto, ao longo dos últimos anos vem se formando a corrente majoritária no sentido de que não há necessidade de esgotamento dos meios executórios em face da empresa devedora principal e seus sócios, para que posteriormente se direcione a execução para a devedora subsidiária.

Ao tratar do tema, Homero Batista Mateus da Silva elenca os fundamentos para a completa defesa dessa corrente doutrinária e jurisprudencial que se formou:

“A Súmula nº 331 em nada dispõe sobre a matéria, assim como o art. 455 da Consolidação fala apenas em co-responsabilidade do empreiteiro principal em caso de inadimplemento do subempreiteiro. O termo inadimplemento se mostra bastante singelo e prescinde de grande esforço por parte do trabalhador, para que possa atingir o principal.

A facilitação do desenrolar da fase de execução, diminuindo os entraves para o trabalhador e deixando a cargo do tomador a complexidade da ação de regresso, reforça ainda mais o entendimento de que a Súmula nº 331 concebeu uma responsabilidade subsidiária simples.

Como terceiro argumento em prol da responsabilidade subsidiária simples, pode-se evocar a situação dos prestadores de serviço em situação de falência ou de recuperação judicial, porque, conforme visto, o empregado não precisará aguardar o desfecho do processo judicial civil para buscar a satisfação de seu crédito trabalhista junto ao tomador de serviços.

Expressando o pensamento de forma contrária, o tomador não pode invocar o direito de sobrestamento do processo à custa de uma prerrogativa que cabe unicamente ao outro réu.”¹¹²

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros assevera que:

“E nem se diga que, na fase de execução, deve-se primeiro exaurir a execução contra sócios da devedora principal (a chamada “responsabilidade subsidiária em terceiro grau”). Admitir-se tal raciocínio equivale a transferir para o empregado hipossuficiente ou para o próprio Juízo da execução trabalhista o pesado encargo de localizar o endereço e os bens particulares passíveis de execução daquelas pessoas físicas, tarefa demorada e, na grande maioria dos casos, inútil. Assim, mostra-se mais compatível com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e com a consequente exigência de celeridade em sua satisfação o entendimento de que, não sendo possível a penhora de bens suficientes e desimpedidos da pessoa jurídica empregadora, deverá o tomador dos serviços, como responsável subsidiário, sofrer logo em seguida a execução trabalhista, cabendo-lhe postular posteriormente na Justiça Comum o correspondente ressarcimento por parte dos sócios da pessoa jurídica que, afinal, ele próprio contratou.”¹¹³

Mauro Schiavi vai além ao afirmar que:

“Ao contrário do que vem sustentando a jurisprudência predominante, pensamos que não há necessidade de primeiro se esgotarem os meios de execução em face do

¹¹² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Responsabilidade patrimonial no processo do trabalho.**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pág. 234.

¹¹³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.**, 3ª ed. rev e ampl., São Paulo: LTr, 2007, pág. 456.

devedor principal, podendo inclusive a execução se iniciar em face do devedor subsidiário, pois este tem a faculdade de invocar o benefício de ordem exigindo que a execução se inicie em face do devedor principal, para tanto deve declinar onde estão os bens do devedor principal (art. 596, § 1º, do CPC).

De outro lado, ainda que se entenda que a execução deve, necessariamente, se iniciar pelo devedor principal, não há necessidade de esgotarem os meios executivos em face dele, pois pelo fato de ser citado ou intimado para pagar e não quitar a dívida, já há a mora do devedor principal, o que justifica o prosseguimento da execução em face do devedor subsidiário. Nesse sentido é o que preconiza o art. 580 do Código de Processo Civil, que se aplica ao processo do trabalho por força dos arts. 769 e 889 da CLT...”¹¹⁴

Ainda, a jurisprudência pátria, especialmente os julgados provenientes do egrégio Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo caminham no mesmo sentido.¹¹⁵

¹¹⁴ SCHIAVI, Mauro. **Execução no processo do trabalho.**, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2011, pág. 158.

¹¹⁵ **“EMENTA:** "EXECUÇÃO CONTRA O DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. DESNECESSÁRIO ESGOTAR TODOS OS MEIOS EXECUTÓRIOS CONTRA O DEVEDOR PRINCIPAL OU VOLTAR-SE CONTRA EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO, SÓCIOS E/OU EX-SÓCIOS. Tendo a sentença transitada em julgado apontado a agravante como devedora subsidiária, significa que em execução, diante do inadimplemento da devedora principal, responderá pelo crédito do exequente. Abrir discussão para averiguar a efetiva existência do grupo econômico, posicionando no polo passivo da execução outras empresas que alegadamente o componham, descumpra a res judicata que não aventou essa hipótese caso em execução não se lograsse êxito contra a devedora principal, o que, ademais, viola princípios informativos do Processo do Trabalho como o da celeridade, assim como a regra de que a execução seja processada sempre em benefício do credor ou de que o demandado pelo pagamento da dívida aponte bens livres e desembaraçados que bastem para a quitação do crédito. Basta, para que a execução se volte contra o devedor substituto, a inadimplência do principal, não sendo exigida a insolvência, esta que inclusive inviabilizaria a garantida ação de regresso que possui o subsidiário." (TRT/SP – Processo nº 00001512620125020434 – Des. Rel. SÔNIA APARECIDA GINDRO – 10ª Turma – Publicado em 22.04.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 06.07.2014.

“EMENTA: DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. EXECUÇÃO. BENEFÍCIO DE ORDEM Esgotadas as vias de localização e execução da devedora principal, é plenamente cabível que a execução se volte contra o devedor subsidiário. No que tange ao exaurimento patrimonial da devedora principal, não bastam meras argumentações no sentido de que há patrimônio executível, pois para ser exercido validamente, o benefício de ordem deve observar os requisitos legais constantes do artigo 596, parágrafo 1º, do CPC, aplicado analogicamente, devendo ser comprovada a existência de bens do devedor principal, que sejam livres, suficientes e situados no foro da execução. Tal ônus incumbe ao devedor subsidiário. ”

(TRT/SP – Processo nº 00901005520065020019 – Des. Rel. MARCELO FREIRE GONÇALVES – 12ª Turma – Publicado em 11.04.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 06.07.2014.

“EMENTA: EXECUÇÃO. DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. DECLARAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. BENEFÍCIO DE ORDEM - o insucesso da execução diante da devedora principal impõe o prosseguimento em face da devedora subsidiária, considerando-se a natureza alimentar privilegiada do crédito trabalhista e a inexistência de fundamento legal a sustentar a tese de agravo no sentido de que preliminarmente seja declarado o grupo econômico formado pela reclamada e demais empresas indicadas. Assim, o prosseguimento da execução diante da devedora subsidiária permitirá a consecução do fim primordial da ação (satisfação dos créditos inadimplidos do reclamante). Doutra forma, estar-se-ia instituindo verdadeira benesse aos devedores subsidiários (no mais das vezes detentores de culpa "in eligendo" e "in vigilando" diante da contratação de empresa inidônea) que veriam postergadas suas obrigações trabalhistas por prazo indeterminável.”

(TRT/SP – Processo nº 01202007620055020035 – Des. Rel. ADRIANA MARIA BATTISTELLI VARELLIS – 2ª Turma – Publicado em 08.04.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 06.07.2014.

“EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. Através da Súmula 331, a jurisprudência do C. TST estendeu a responsabilidade do tomador para outras hipóteses além da falência, mas, em contrapartida, impôs o benefício de ordem da responsabilidade subsidiária. No entanto, embora a execução seja iniciada contra o devedor principal, basta seu inadimplemento para que se volte contra o segundo responsável, tendo em vista que a execução trabalhista se faz no interesse do credor de forma que, todos os atos executórios devam se convergir para a satisfação do seu crédito. Perfil o entendimento segundo o qual, não há que se exigir

Somado a todos esses fundamentos, ainda temos o Enunciado nº 7 da 1ª Jornada Nacional de Execução Trabalhista realizada em novembro de 2011.¹¹⁶

Outro fundamento também utilizado pela doutrina e pela jurisprudência¹¹⁷ consiste no fato de que a devedora subsidiária tem o direito de ajuizar eventual ação de regresso em face da devedora principal, assim sendo, atende aos princípios constitucionais de proteção ao trabalho o direcionamento da execução trabalhista em face da devedora subsidiária, a fim de que esta efetue o pagamento e, posteriormente, ajuíze demanda regressiva em face da devedora principal, o que de fato vem acontecendo na prática.

Os aspectos processuais acerca da responsabilização subsidiária também merecem nossa atenção, pois a sua inobservância acarretará em ausência dos requisitos necessários para a imputação da responsabilidade pretendida.

Com efeito, o trabalhador que pretende se resguardar quanto ao eventual inadimplemento da empregadora com o consequente acionamento da tomadora de serviços, deve incluí-la no polo passivo da ação, pois somente com a sua participação no polo passivo da demanda, é que a mesma poderá ser condenada e constar do título executivo judicial, além do que, o obreiro deve provar a prestação de serviços em favor daquela empresa.

Sobre o tema, Bruno Klippel leciona que:

“Já no que concerne à *responsabilidade subsidiária*, a regência da matéria é totalmente diversa do que já explicado. Neste tipo de responsabilidade, o tomador dos serviços, seja ente público ou privado, somente responde pelo pagamento das verbas

do trabalhador a obrigação de se esgotar todos os caminhos possíveis na busca de bens do devedor principal, o que, portanto, afasta a tese da necessidade da desconsideração da personalidade jurídica, para que somente após se verta em desfavor do devedor-subsidiário. Isso porque, tal caminho atribuiria ao hipossuficiente tarefa árdua e implicaria numa protelação indefinida da execução. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços objetiva a garantia da quitação do crédito trabalhista de maneira célere, tendo em vista sua natureza alimentar. Assim, consideram-se esgotados os meios de execução da executada principal, ou seja, quando o patrimônio da empresa for insuficiente para garantir a satisfação dos créditos devidos ao trabalhador, a execução deve voltar-se "incontinenti" contra o responsável subsidiário.”

(TRT/SP – Processo nº 00016933220115020073 – Des. Rel. IVANI CONTINI BRAMANTE – 4ª Turma – Publicado em 14.03.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 06.07.2014.

¹¹⁶ “7. EXECUÇÃO. DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS DO DEVEDOR PRINCIPAL. INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO. A falta de indicação de bens penhoráveis do devedor principal e o esgotamento, sem êxito, das providências de ofício nesse sentido, autorizam a imediata instauração da execução contra o devedor subsidiariamente corresponsável, sem prejuízo da simultânea desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal, prevalecendo entre as duas alternativas a que conferir maior efetividade à execução.”

¹¹⁷ “**EMENTA:** EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INADIMPLEMENTO DO DEVEDOR PRINCIPAL. O inadimplemento do devedor principal é o suficiente para autorizar o prosseguimento da execução na pessoa do subsidiário. Aquele que quita a dívida poderá buscar, no juízo próprio, o ressarcimento do que despendeu.”

(TRT/SP – Processo nº 00686001020055020037 – Des. Rel. JOSÉ RUFFOLO – 5ª Turma – Publicado em 06.03.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 06.07.2014.

trabalhistas caso o empregador não possua patrimônio para solver as dívidas. Além disso, a empresa tomadora somente condenada subsidiariamente se participar, na qualidade de ré, da relação processual, ou seja, se for inserida no polo passivo da demanda. Assim, se o reclamante visa a condenação subsidiária da tomadora, deverá ajuizar a demanda em face do empregador e daquela, formando-se um litisconsórcio passivo, que, frise-se, é facultativo. Somente participando da relação processual é que estarão insertas no título executivo judicial.”¹¹⁸

Também no mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins destaca que:

“Para serem cobrados os direitos trabalhistas da empresa tomadora é preciso, porém, sua inclusão no polo 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 polo 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).

(...)

O empregado deverá provar que prestou serviços para a empresa tomadora dos serviços, por se tratar de fato constitutivo do seu direito (art. 333, I do CPC), caso tal fato seja negado.”¹¹⁹

E arremata Carla Teresa Martins Romar:

“Para a imputação da responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços, a Súmula 331 exige:

Que o tomador dos serviços tenha sido chamado a responder judicialmente pelos direitos trabalhistas inadimplidos, na condição de litisconsorte ativo, ou seja, a reclamação trabalhista deve ser proposta em face do empregador (prestador de serviços) e também em face do tomador dos serviços (litisconsórcio ativo necessário); Que a responsabilidade seja reconhecida por sentença, constando expressamente o tomador dos serviços do título executivo judicial.

Ressalte-se que a responsabilidade do tomador restringe-se ao período de vigência do contrato de prestação de serviços celebrado entre a prestadora e a tomadora, ou seja, diz respeito apenas ao tempo em que o trabalhador esteve à disposição do tomador, prestando-lhe serviços por intermédio da empresa terceirizante, estendendo-se, no entanto, a todas as verbas decorrentes da condenação da prestadora referentes a este período (Súmula 331, inc. VI).”¹²⁰

6.2 Responsabilidade Solidária

A solidariedade é conceituada por Sérgio Pinto Martins da seguinte maneira:

“Há solidariedade quando, existindo multiplicidade de credores ou de devedores da obrigação, ou de uns e outros, cada credor tem direito a totalidade da prestação, como

¹¹⁸ KLIPPEL, Bruno. **Direito sumular esquematizado - TST.**, São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 419.

¹¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, págs. 138 a 139.

¹²⁰ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado.**, São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 135.

se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor.

A solidariedade não se presume. Decorre da lei ou da vontade das partes. Era a regra prevista no art. 896 do Código Civil de 1916. É a determinação do art. 265 do Código Civil de 2002.

No Direito do Trabalho dificilmente a solidariedade decorre do contrato, pois o tomador não irá querer responder pela dívida do prestador de serviços. ”¹²¹

Como vimos, o artigo 265 do Código Civil é claro ao dispor que a solidariedade não se presume, decorrendo da lei ou da vontade das partes, sendo certo que não temos na legislação laboral nenhum dispositivo específico que determine a responsabilidade solidária entre o prestador de serviços e o tomador de serviços, deixando as partes, por razões óbvias, de estipularem essa modalidade de responsabilidade no contrato firmado.

A distinção entre a responsabilidade solidária e a subsidiária está no simples fato de que na solidária, o credor pode exigir tudo de todos e ao mesmo tempo, dando-se por quitada a dívida na hipótese de pagamento por um dos devedores, já na subsidiariedade, primeiro o devedor principal é executado, para que posteriormente o devedor secundário seja acionado, guardadas as peculiaridades que tratamos no item anterior.

Traçadas essas premissas, a questão que se coloca é a seguinte: Há algum fundamento jurídico para a condenação solidária entre as empresas prestadora de serviços e tomadora de serviços em decorrência da terceirização de serviços firmada entre as mesmas?

Num primeiro momento poderíamos afirmar categoricamente que não, pois se a responsabilidade solidária decorre de lei ou contrato e inexistente lei que a preveja, não há que se falar na sua aplicação.

Ademais, o verbete de Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho é expresso ao prever a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, não pairando dúvidas sobre a sua aplicação.

Nesse sentido, Luiz Carlos Amorim Robortella assevera que:

“Questão delicada é a aplicação da técnica da solidariedade entre empresa tomadora e prestadora, quanto às obrigações trabalhistas desta. Envolve, a toda evidência, preocupação com a sua idoneidade econômica e aptidão para garantir os direitos dos empregados.

A solidariedade passiva estimula a fiscalização do tomador sobre o cumprimento das obrigações sociais por parte do fornecedor, razão pela qual sua aceitação tem muito mais natureza pragmática do que base na teoria jurídica.

O direito civil certamente repele, com base em contrato de locação de serviços ou de empreitada, a responsabilidade de alguém por obrigações sociais de um terceiro para

¹²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 135.

com os próprios empregados. Mais ainda repudia a transformação do terceiro em parte de um contrato que constitui *res inter alios*.”¹²²

Todavia, aos poucos está se formando um posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido que ambas as empresas podem ser condenadas solidariamente, com fundamento nos artigos 186, 927, 932, inciso III e 942¹²³, todos do Código Civil, aplicados subsidiariamente ao Direito do Trabalho por força do artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.¹²⁴

Além dessas disposições do Código Civil, temos também duas disposições de legislações esparsas que dão sustento a tese em comento, quais sejam, as contidas no artigo 15, parágrafo 1º, da Lei 8.036/90¹²⁵ e 31 da Lei 8.212/91¹²⁶.

¹²² ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho.**, São Paulo: LTr, 1994, pág. 260.

¹²³ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

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

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932. ”

¹²⁴ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

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

¹²⁵ Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se. ”

¹²⁶ Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.”

Somado a estes fundamentos, merece destaque o Enunciado 10, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.¹²⁷

Com efeito, o artigo 186 do Código Civil combinado com o artigo 927 do mesmo diploma prevê a possibilidade de responsabilidade solidária e objetiva de todos aqueles que causaram danos à outrem, em razão da teoria do risco da atividade, portanto, se a terceirização de serviços firmada entre o prestador e o tomador de serviços causou danos à outrem, leia-se ao trabalhador, ambas as empresas devem responder de forma objetiva e solidária.

De mais a mais, ambas as empresas se beneficiaram da força de trabalho do obreiro e obtiveram os lucros advindos dessa relação, razão pela qual devem arcar com os ônus decorrente da mesma.

Acrescentados a esses argumentos, o ordenamento jurídico trabalhista já prevê a responsabilidade solidária do tomador na hipótese de contratação de trabalhador temporário (art. 16 da Lei 6019/74), bem como quanto às obrigações relativas à higiene, segurança e medicina do trabalho (Portaria 3214/78, na NR 4, itens 4.5, 4.5.1 e 4.5.2).

Ressalte-se, ainda, que o artigo 942 do Código Civil prevê a responsabilidade solidária de todos aqueles que participam da relação na qual se originou o dano, contemplando, inclusive, a hipótese prevista no artigo 932, III, do mesmo diploma legal, que na prática reflete-se exatamente na relação estabelecida na terceirização de serviços.

Como dito alhures, essa tese ainda é minoritária, mas vem se fortalecendo cada vez mais na jurisprudência pátria, especialmente na jurisprudência do egrégio Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo.¹²⁸

¹²⁷ “10. TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.”

¹²⁸ “**EMENTA:** TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AUTORIZAÇÃO. Por primeiro, não se olvide que a Constituição Federal traz os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho como epicentro dos fundamentos da República (art. 1º, III e IV da CF/88). Some-se que o ordenamento jurídico trabalhista já prevê a responsabilidade solidária do tomador na hipótese de contratação de trabalhador temporário (art. 16 da Lei 6019/74), bem como para os fins de recolhimento do FGTS (artigos 15, parágrafo 1º e 23 da Lei 8036/90) e das contribuições previdenciárias art. 23 da Lei 8212/91) e, quanto às obrigações relativas à higiene, segurança e medicina do trabalho (Portaria 3214/78, na NR 4, itens 4.5, 4.5.1 e 4.5.2). Agregue-se que, em matéria de responsabilidade, o novo Código Civil alterou a sistemática. Ao lado da cláusula geral de responsabilidade subjetiva (art. 186) adotou, também, a responsabilidade objetiva, fundada nas teorias: do risco criado, do risco da atividade, do risco do empreendimento, do risco profissional e do risco proveito. Pela teoria do risco proveito ou risco benefício todo aquele que tire proveito de determinada atividade que lhe forneça lucratividade ou benefício deve suportar a responsabilidade pelos danos causados. Assim, aquele que terceiriza serviços e tira proveito dos serviços prestados pelos trabalhadores terceirizados não terceiriza as suas responsabilidades. A relação estabelecida entre a empresa tomadora e a empresa fornecedora de mão-de-obra configura uma relação de preposição necessária a desencadear a responsabilidade objetiva e solidária. A primeira é a tomadora do serviço e a segunda é fornecedora que atua como preposta em relação ao trabalhador terceirizado que presta o serviço que é aproveitado. O tomador de serviços ao fazer a opção pela terceirização assume a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, CC) por fato de terceiro (art. 932, III, CC) de forma solidária

Igualmente, referida tese já está sendo ventilada pela doutrina juslaboral, como afirma Sérgio Pinto Martins, que assim se manifesta:

“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 solidariamente 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.

(art. 933 e 942, CC) tendo em vista a teoria do risco do empreendimento e do risco proveito. Referidos dispositivos civilistas são aplicáveis à terceirização ex vi do art. 8º da CLT. Nesse sentido, registre-se o Enunciado 10, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada no TST. Dou Provimento.”

(TRT/SP – Processo nº 00001587620135020080 – Des. Rel. IVANI CONTINI BRAMANTE – 4ª Turma – Publicado em 11.04.2014). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 06.07.2014.

“EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO. Terceirização. Responsabilidade solidária. Embora não se trate da efetiva empregadora do autor, a 2ª reclamada é responsável pela ocorrência do acidente, visto ter agido com culpa in vigilando no curso do cumprimento do contrato de prestação de serviços, descurando-se de fiscalizar o fiel cumprimento do contrato, da legislação trabalhista e das normas sobre saúde, higiene e segurança do trabalho. Assim, na hipótese de reparação civil decorrente de acidente de trabalho, em face da aplicação da legislação civil, deve ser reconhecida a solidariedade de todos aqueles que se beneficiaram da prestação de serviços. Aplicáveis, à espécie, os arts. 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil.”

(TRT/SP – Processo nº 00854000220055020462 – Des. Rel. DÂMIA ÁVOLI – 17ª Turma – Publicado em 04.04.2011). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 06.07.2014.

“EMENTA: Ementa. Terceirização. Responsabilidade solidária do tomador. Juridicidade. A função social do contrato é genuína expressividade do princípio constitucional da função social da propriedade privada, previsto no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal. A liberdade de contratar possui limites, a teor do artigo 421 do Código Civil. Assim sendo, quando o exercício do direito de contratar inflige prejuízos a terceiros, ocorre a prática de ato ilícito, nos termos do artigo 187 do Código Civil. Desse ato ilícito, praticado no exercício do direito de contratar, surge a responsabilidade solidária de todos os contratantes, para com o terceiro prejudicado, consoante artigo 186 do Codex. Ínsita ao espectro subjetivo da lesão a terceiros, pela prática do ato ilícito, encontra-se também a pessoa do trabalhador, cuja força de trabalho foi objeto de instrumentalização entre fornecedor e tomador da mão-de-obra operária, sem a devida observância dos direitos previstos na legislação de proteção ao trabalho. Nestas circunstâncias, ratificado no exercício do direito de contratar, surge a responsabilidade solidária de todos os contratantes, para com o terceiro prejudicado, consoante artigo 186 do Codex. Ínsita ao espectro subjetivo da lesão a terceiros, pela prática do ato ilícito, encontra-se também a pessoa do trabalhador, cuja força de trabalho foi objeto de instrumentalização entre fornecedor e tomador da mão-de-obra operária, sem a devida observância dos direitos previstos na legislação de proteção ao trabalho. Nestas circunstâncias, o trabalhador equipara-se à figura do terceiro lesado, pelo negócio empresarial encetado entre fornecedor e tomador, face à desconsideração no cumprimento dos direitos consolidados. Dessa forma, o princípio da função social do contrato, ao não admitir lesão a terceiros, fundamenta juridicidade à co-responsabilização entre fornecedor e tomador. O prisma é constitucional e se sobrepõe à imediatidade da relação entre empregado e empregador, de modo a também açambarcar a figura do tomador dos serviços, como para trabalhador equipara-se à figura do terceiro lesado, pelo negócio empresarial encetado entre fornecedor e tomador, face à desconsideração no cumprimento dos direitos consolidados. Dessa forma, o princípio da função social do contrato, ao não admitir lesão a terceiros, fundamenta juridicidade à co-responsabilização entre fornecedor e tomador. O prisma é constitucional e se sobrepõe à imediatidade da relação entre empregado e empregador, de modo a também açambarcar a figura do tomador dos serviços, como partícipe da responsabilidade solidária.”

(TRT/SP – Processo nº 02198-2007-241-02-00-1 – Des. Rel. VALDIR FLORINDO – 6ª Turma – Publicado em 26.03.2010). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 06.07.2014.

Entretanto, para que tal dispositivo seja aplicado é preciso que haja causa de pedir específica para a aplicação de solidariedade. Do contrário, não poderá ser observado de ofício pelo juiz, sob pena de violar os arts. 128 e 460 do CPC.”¹²⁹

Também no mesmo sentido, Alessandro da Silva afirma que:

“Sob qualquer frente que se analise a matéria, impositivo o reconhecimento da responsabilização solidária e objetiva da tomadora pelos haveres trabalhistas decorrentes da relação havida entre esta e a prestadora de serviços, como forma inclusive, de assegurar o equilíbrio entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa, fundamentos da República Brasileira.”¹³⁰

Ainda nessa toada, Raimundo Simão de Melo sustenta que:

“É certo que precisa ser feita uma lei para regulamentar a terceirização, especialmente sobre o que pode e o que não pode ser terceirizado, mas a responsabilidade já tem supedâneo no Código Civil, porque indubitavelmente se trata de preposição, portanto, de ato de terceiro, em que a responsabilidade do comitente é objetiva e solidária, como penso.”¹³¹

Diferente não é o posicionamento de Adriano Santos Wilhelms:

“Assim, como fundamento nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato é possível a condenação solidária das empresas tomadoras dos serviços no contrato de terceirização. Não há, portanto, como continuar a dizer que não há previsão normativa prevendo a responsabilização dos tomadores de serviço. Convém salientar, por fim, que tramita na Câmara dos Deputados Projeto de Lei de autoria de Paulo Delgado para regular a terceirização. Dentre as proposições está prevista a responsabilidade solidária do tomador de serviços conforme se nota no PL 6832/2010, artigo 5º...
(...)
Conjuntamente tramita o PL 1621 que também dispõe sobre a responsabilidade solidária das empresas tomadoras.”¹³²

Esse posicionamento também é adotado por um dos maiores, senão o maior, crítico da doutrina que estuda e combate o fenômeno da terceirização de serviços, qual seja Jorge Luiz Souto Maior que argumenta:

“Assim, quando não se puder vislumbrar, juridicamente, a formação de um grupo econômico entre as diversas empresas que se utilizam dos serviços de um mesmo

¹²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, págs. 136 a 137.

¹³⁰ DA SILVA, Alessandro. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. **Revista LTr Legislação do Trabalho – nº 75**. São Paulo: LTr, Janeiro de 2011, pág. 74.

¹³¹ MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da súmula nº 331 do TST diante do novo código civil. **Revista LTr Legislação do Trabalho – nº 75**. São Paulo: LTr, Janeiro de 2011, pág. 12.

¹³² WILHELMS, Adriano Santos. Terceirização – responsabilidade solidária. **Revista Justiça do Trabalho – nº 320**. Porto Alegre: HS Editora, Agosto de 2010, págs. 93 a 94.

trabalhador, há de se identificar o fenômeno da terceirização jurídica. A formação de uma cadeia produtiva, que se faz horizontalmente, implica, necessariamente, a construção, na mesma proporção, de uma teia jurídica que possibilite a fixação de uma responsabilidade entre todos aqueles que se aproveitam, conjuntamente, do trabalho exercido pelo trabalhador, seja pelo instituto do grupo econômico (art. 2º, § 2º, da CLT), seja pela “terceirização”.

A responsabilidade imaginada, seja na terceirização interna, quanto na externa, deve ser sempre solidária.

Previsão no sentido pode ser encontrada no art. 249, da Lei de Contrato de Trabalho da Argentina: *La responsabilidad solidaria consagrada por este artículo, será también de aplicación cuando el cambio de empleador fuese motivado por la transferencia de un contrato de locación de obra, de explotación u otro análogo, cualquiera se ala naturaleza y el carácter de los mismos.*

(...)

Assim, por imperativo jurídico, a responsabilidade do tomador dos serviços trata-se de uma responsabilidade solidária, sem benefício de ordem. Solidariedade esta que não seria presumida, mas declarada judicialmente, com base no postulado jurídico da culpa *in eligendo*”¹³³

Pouco comum, mas existente nos dias atuais, são as cláusulas de convenções coletivas de trabalho que estipulam a responsabilidade solidária para as hipóteses de terceirização de serviços, fato bastante corriqueiro nas entidades representam os trabalhadores da construção civil.

Neste diapasão, importante frisarmos que essas cláusulas são plenamente válidas e devidamente observadas pela jurisprudência.¹³⁴

Por tudo o que foi aqui exposto, podemos concluir pela possibilidade de responsabilização solidária de todas as empresas envolvidas na terceirização de serviços firmada, em outras palavras, a prestadora de serviços e a tomadora de serviços podem ser condenadas solidariamente ao pagamento de eventuais valores devidos ao trabalhador, desde que a tese acima explanada tenha sido arguida e devidamente corroborada na demanda ajuizada, pois caso contrário, prevalecerá a responsabilidade subsidiária já fincada no verbete de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

¹³³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista Justiça do Trabalho – nº 249**. Porto Alegre: HS Editora, Setembro de 2004, pág. 32 a 33.

¹³⁴ “**EMENTA:** “Terceirização. Responsabilidade solidária. Previsão em norma coletiva. A responsabilidade da contratante na terceirização de serviços que poderiam ser executados com mão-de-obra própria é questão, simplesmente, de justiça e, mais que isso, impede a exploração do trabalho humano, atendendo, portanto, ao elevado princípio, universal e constitucional, que é o da dignidade humana. E essa responsabilidade é, em regra, subsidiária. Hipótese, porém, em que há norma coletiva que prevê expressamente a responsabilidade solidária do tomador de serviços. Recurso Ordinário do autor a que se dá provimento.”

(TRT/SP – Processo nº 00700000720085020085 – Des. Rel. EDUARDO DE AZEVEDO SILVA –11ª Turma – Publicado em 15.03.2011). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>>. Consultado em 06.07.2014.

7. RESPONSABILIDADES DO TOMADOR DE SERVIÇOS

Após destrincharmos os temas propostos nos seis primeiros capítulos, correlacionando-os com o tema proposto no presente trabalho, adentraremos na esfera mais prática do problema, qual seja as responsabilidades do tomador de serviços (contratante).

Em linhas gerais, o que vimos até agora é que o fenômeno da terceirização de serviços existe e é irreversível tanto no mundo como no Brasil, dado o dinamismo aplicado na economia mundial e todos os demais fatores demasiadamente estudados aqui, sendo certo que no Brasil ainda não há regulamentação legal quanto ao assunto, existindo algumas leis específicas de determinados serviços e o verbete de Súmula nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho que acaba por regulamentar esse fenômeno em linhas gerais.

Sobre o tema, Ives Gandra da Silva Martins Filho bem ressalta que:

“Com efeito, a *competividade* empresarial própria da *economia de mercado*, somada ao *desenvolvimento tecnológico*, aponta para a *especialização* como o caminho a ser trilhado para se chegar ao aumento da *qualidade* do bem ou serviço oferecido. Quanto mais especializado é um médico, advogado ou fornecedor, mais passa a ser procurado, por atender melhor à necessidade específica das pessoas. Nesse sentido, a terceirização *não é um mal em si mesmo*, mas um fenômeno econômico generalizado que deve ser compreendido em sua essência e corrigido, pela intervenção estatal no domínio econômico, naquilo que se atenta contra os *direitos humanos fundamentais*, entre os quais o do trabalho.”¹³⁵

Assim sendo, pretendemos analisar quais são as responsabilidades sociais e patrimoniais das empresas tomadoras de serviços (contratantes) e, principalmente, como algumas alterações nos critérios de contratação poderiam alterar o atual cenário socioeconômico desse fenômeno no Brasil.

Por fim, ressaltamos novamente que a ideia mais coerente, ao nosso sentir, que devemos ter sobre esse fenômeno não é o de tentar aniquilá-lo e/ou evitá-lo ao máximo, mas sim o de buscarmos mecanismos que protejam os direitos dos trabalhadores envolvidos nesse processo e também os direitos das empresas idôneas que atuam no fornecimento de mão-de-obra qualificada para algumas das atividades periféricas das empresas tomadora de serviços, ora contratantes.

Importante frisarmos a posição bem adotada por Ives Gandra da Silva Martins Filho, que assim afirmou:

¹³⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. **Revista Magister de direito do trabalho**. Porto Alegre: Magister, julho / agosto de 2004, pág. 9.

“Portanto, não se pode pretender impedir a terceirização a todo custo, inclusive *contra legem*, nem discorrer realidades fáticas que demonstrem a possibilidade, viabilidade e conveniência da terceirização de serviços. O que, sim, é necessário é a *adoção de medidas que protejam adequadamente os trabalhadores terceirizados*, assegurando-lhes não apenas os direitos trabalhistas mínimos, mas também as condições de trabalho seguras e dignas.

Nesse sentido, a *audiência pública* realizada no TST sobre terceirização foi de *excepcional resultado*, ao fazer com que ministros, acadêmicos, técnicos, sindicalistas, patrões e empregados pudessem ouvir e refletir sobre as mais diferentes facetas e problemas que a realidade desse fenômeno econômico acarreta. Não tenho dúvidas de que a jurisprudência do TST, nessa matéria, não será a mesma após a audiência, uma vez que, ponderados os vários aspectos e esclarecidas as dúvidas reinantes, poderemos progredir na construção de um mundo do trabalho que, atento à modernidade, não deixe de focar o homem em sua dimensão de trabalhador, centro e fim de toda a atividade produtiva.”¹³⁶

Traçadas essas primeiras ideias, analisaremos abaixo a responsabilidade social e patrimonial do tomador de serviços.

7.1 A responsabilidade social do tomador de serviços

Os artigos 1º, inciso IV¹³⁷ e 170, inciso IV,¹³⁸ ambos da Constituição Federal contemplam o chamado Princípio da Livre Iniciativa, segundo o qual a iniciativa privada possui papel fundamental na produção ou circulação de bens ou serviços, construindo os alicerces da ordem econômica do país, cabendo ao Estado atuar apenas de forma supletiva, visto que a Carta Federal dispõe que a ele cabe apenas a exploração direta da atividade econômica quando necessária a segurança nacional ou relevante interesse econômico, nos termos do artigo 173.¹³⁹

Neste diapasão, verifica-se que as empresas, leia-se empresários, possuem a livre iniciativa de gerenciarem seus negócios e atuarem sem a intervenção estatal como ocorria no liberalismo, ou seja, o mercado se regula pela atuação dos particulares, sendo resguardado ao Estado o direito de intervir em questões extremamente específicas, como as que foram previstas no artigo 173 da Carta Republicana.

¹³⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. **Revista Magister de direito do trabalho**. Porto Alegre: Magister, julho / agosto de 2004, pág. 23.

¹³⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹³⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência.

¹³⁹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Todavia, o artigo 170, III, da Constituição Federal¹⁴⁰ contempla o chamado Princípio da Função Social da empresa, segundo o qual, a empresa não pode/deve visar somente o lucro, mas tem o dever constitucional de zelar com os reflexos das suas decisões perante a sociedade como um todo.

Em atendimento a esse princípio constitucional da função social da empresa, constata-se que a mesma deve atuar de forma idônea, zelando pelo cumprimento de todos os deveres constitucionais, legais e morais.

Ao tratar do tema, José Afonso da Silva ressalta que:

“Essas considerações complementam algumas ideias já lançadas, segundo as quais a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. Essas considerações são ainda importantes para a compreensão do princípio da necessidade que informar a participação do Estado brasileiro na economia (art. 173), pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do Poder Público, quando não cumpre a função que a Constituição lhe impõe.”¹⁴¹

Desta feita, entendemos que a empresa pode sim terceirizar suas atividades, desde que contrate empresas prestadoras de serviços especializadas, idôneas e cumpridoras de todas as suas obrigações legais e morais, especialmente aquelas atinentes ao direitos trabalhistas e respectivos encargos sociais devidos aos trabalhadores, que se colocam à disposição e vendem a sua força de trabalho em troca da remuneração e demais direitos sociais que lhe são garantidos e que acabam por garantir o sustento seu e de sua família.

A grande questão que nos levou a iniciar os estudos sobre o tema do presente trabalho é a seguinte: Como é que as empresas tomadoras de serviços (contratantes), geralmente de grande porte, firmam contrato de prestação de serviços com empresas, geralmente de pequeno porte, que não cumprem suas obrigações legais e o pior, não fiscalizam rigorosamente essas empresas contratadas?

Diz-se, isto, pois a prática forense nos revela, ao menos nas pautas de audiências da capital de São Paulo, que cerca de 50% (por cento) das audiências referem-se a processos trabalhistas que discutem terceirização de serviços, sendo que na maioria das vezes, a empresa

¹⁴⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
IV – função social da propriedade.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2008., pág 814.

prestadora de serviços sonegou direitos trabalhistas dos seus funcionários e a empresa tomadora dos serviços sequer tinha conhecimento desses fatos, ou tinha e nada fez para alterar a situação.

A título de exemplo, citamos as empresas que prestam serviços de vigilância, portaria, limpeza e afins. Os trabalhadores que prestam esses tipos serviços ficam alocados nas sedes das empresas tomadoras de serviços (contratantes), ou seja, diariamente possuem contato, ao menos visual, com os contratantes que por muitas vezes não questionam questões mínimas, como por exemplo, a concessão do intervalo para refeição e descanso, período de férias, folgas semanais e etc., em outras palavras, não fiscalizam o mínimo de cumprimento dos direitos trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviços.

Portanto, temos convicção ímpar para afirmar que essas empresas tomadoras de serviços (contratantes) não cumprem o Princípio da Função Social da empresa, em que pese gozam da garantia constitucional da livre iniciativa, já que terceirizam parte ou o todo de suas atividades.

Ademais, essa questão socioeconômica da ausência de fiscalização das empresas tomadoras de serviços (contratantes) está crescendo tão avassaladoramente, que as empresas prestadoras de serviços que são idôneas e cumprem com todas as obrigações legais e morais, estão se organizando para discutirem questões atinentes a esse problema e reivindicarem maior sinergia dos órgãos fiscalizadores, a fim de que essas empresas inidôneas sejam banidas do mercado brasileiro.

Recentemente, fomos convidados a participar de uma reunião do Grupo de Empresas de Segurança e Serviços Terceirizados (GESST)¹⁴², que consiste em um grupo de empresas idôneas que se reuniram para discutirem e combaterem essa prática abusiva de mercado, na qual empresas inidôneas vendem serviços a custos baixíssimos e deixem de quitar parte ou até mesmo, todos os direitos dos trabalhadores que prestam os serviços contratados.

Neste cenário, salta aos olhos os efeitos sociais decorrentes da falta de fiscalização das empresas tomadoras de serviços (contratantes), razão pela qual defendemos que as mesmas têm de ser responsabilizadas por estas condutas. A esse fato é que demos o nome de Responsabilidade Social do Tomador de Serviços, com fundamento jurídico no princípio constitucional da função social da empresa (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal).

¹⁴² As principais informações desse grupo de empresas estão disponíveis no sítio eletrônico www.gesst.com.br.

7.2 A responsabilidade patrimonial do tomador de serviços

No item anterior tratamos da responsabilidade social do tomador de serviços, trazendo os fundamentos fáticos e jurídicos que dariam origem ao problema e a responsabilização decorrente deste.

A partir de agora, nós trataremos da causa do problema, ou seja, o problema é a ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas tomadoras dos serviços (contratantes) e a causa do problema, ao nosso sentir, é a modalidade de responsabilidade patrimonial prevista nas leis específicas e no verbete de Súmula nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, qual seja a responsabilidade subsidiária.

De acordo com a doutrina e a jurisprudência majoritária estudadas nos capítulos 5 e 6 do presente trabalho, as empresas tomadoras de serviços respondem de forma subsidiária, em outras palavras, num primeiro momento o patrimônio da empresa prestadora de serviços (contratada) é expropriado, a fim de que os créditos do trabalhador lesado sejam satisfeitos, e somente na hipótese de ausência desse patrimônio, é que a empresa tomadora de serviços responde pela dívida inadimplida.

Frisamos, ainda, que não estamos a discutir a questão do benefício de ordem e demais aspectos atinentes, o que já foi feito no item 6.1, mas sim, do fato de que essa modalidade de responsabilidade acaba por tranquilizar, ainda que falsamente, as empresas que contratam os serviços terceirizados, já que as mesmas só responderam na hipótese de inadimplência da devedora principal.

Essa convicção foi formada por nós com base na prática jurídica forense e nos fatos cotidianos dos departamentos jurídicos das empresas contratantes dos serviços terceirizados, visto que, no nosso sentir, a ausência total de fiscalização do cumprimento dos deveres legais e morais pela empresa prestadora de serviços decorre única e exclusivamente pela modalidade de responsabilidade fixada na lei e também pela ausência de sanção do descumprimento do princípio constitucional da função social da empresa.

Por todos esses fundamentos fáticos e jurídicos é que defendemos que, caso assim não fosse, as empresas tomadoras de serviços fiscalizariam com muito mais rigor o cumprimento dos direitos devidos aos trabalhadores que lhes prestam os serviços contratados, pois estariam cientes, desde já, de que responderiam solidariamente pelos valores inadimplidos.

Por consequência, a partir do momento em que o juiz fixasse o valor líquido devido e determinasse a expedição do competente Mandado de Citação para Pagamento da

Execução, nos termos do artigo 880 da CLT,¹⁴³ a mesma já seria citada e teria o prazo legal para efetuar o pagamento, independentemente de a empresa prestadora de serviços pagar ou não, ou seja, sem benefício de ordem algum, já que teriam seus bens expropriados pelo Estado em detrimento dos créditos devidos ao trabalhador lesado e somente poderiam reaver esse valor após o ajuizamento da competente ação civil de regresso em face do prestador de serviços, nos termos do artigo 934 do Código Civil.¹⁴⁴

7.3 Imposição da responsabilidade solidária e objetiva

Os conceitos e análises doutrinárias e jurisprudenciais construídas ao longo dos seis primeiros capítulos deste trabalho nos trouxeram os pilares que sustentam a crítica feita no item anterior.

Num primeiro momento, poderíamos pensar que tal crítica é extremista, porém a prática nos revela, infelizmente, que parte significativa do empresariado brasileiro somente se preocuparia em fiscalizar rigorosamente o cumprimento dos direitos trabalhistas e sociais, caso sofressem esse risco financeiro iminente, o que não ocorre nos dias atuais.

Desta feita, entendemos que a forma mais viável, senão a única, e que surtiria efeito prático imediato nas relações da terceirização de serviços, principalmente para assegurar o cumprimento dos direitos trabalhistas devidos, reduzindo drasticamente os efeitos sociais desse fenômeno, seria a adoção da responsabilidade solidária e objetiva entre a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora de serviços, com fundamento fático e jurídico em todas aquelas premissas analisadas no capítulo 6, item 6.2, deste trabalho.

De mais a mais, acreditamos que além de propiciar um efeito prático imediato nas relações de terceirização de serviços, essa adoção a curto ou médio prazo proporcionaria uma auto regulação do mercado das empresas prestadoras de serviços, visto que as empresas tomadoras de serviços (contratantes) somente celebrariam contrato com as empresas idôneas e que possuem todas as certificações necessárias, logo, em um curto espaço de tempo as empresas

¹⁴³ Art. 880: Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.”

¹⁴⁴ “Art. 934: Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”

inidôneas seriam banidas do mercado, ante a ausência de empresas contratantes dos seus serviços oferecidos.

Enfim, essa seria a solução prática, viável e juridicamente possível que encontramos para a redução dos efeitos sociais do fenômeno da terceirização de serviços em nosso país.

CONCLUSÃO

Como afirmamos na introdução, o trabalho em tela surgiu essencialmente, para a análise e discussão acerca dos efeitos sociais da terceirização de serviços e a extensão da responsabilidade social e patrimonial das empresas tomadoras dos serviços terceirizados, a partir da constatação do elevado número de ações trabalhistas que envolvem a terceirização de serviços e, principalmente, o descumprimento dos direitos trabalhistas assegurados aos trabalhadores por parte das empresas prestadoras de serviços.

Com efeito, constatamos que o Constituinte de 1988 trouxe como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho, nos termos do artigo 1º, IV. Nessa toada, o trabalho está elencado no rol de direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Federal, que combinados harmonicamente com o artigo 170 do mesmo diploma, onde são previstos os chamados princípios da atividade econômica, dentre os quais o princípio da função social da empresa, correlacionam-se com a análise da função social da empresa.

Outrossim, esclarecemos que o fenômeno econômico e social denominado de terceirização de serviços evolui ferozmente na sociedade mundial, o que não é diferente em nosso país, razão pela qual se mostra irreversível, ante os benefícios comprovadamente propiciados na produção de bens e consumo.

Desta feita, asseveramos que a terceirização de serviços deve ser analisada de forma mais ampla e irrestrita, para que de um lado seja protegido o trabalho digno que é o direito social de maior importância em uma sociedade humanística, posto que através deste é que o homem alcança a almejada dignidade da pessoa humana, conquistando saúde, educação, lazer e demais necessidades básicas a si próprio e aos seus familiares, fato esse que enaltece a família, base da sociedade brasileira, conforme preceitua o artigo 226 da Carta Magna, mas também de outro lado, sejam protegidos os interesses econômicos das empresas que contratam essa mão-de-obra especializada.

Neste diapasão, ao atendermos essas duas proteções, estaríamos cumprindo de forma asseverada as disposições constitucionais que preveem a livre iniciativa, o trabalho digno e a função social da propriedade.

Todavia, obtemperamos que o fenômeno da terceirização de serviços tem causado devassadores efeitos sociais em nossa sociedade, fato esse que atribuímos a dois problemas congênitos existentes em nossa legislação, quais sejam a ausência de norma específica que

regulamente os direitos trabalhistas e demais relações na terceirização de serviços e a responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras de serviços.

Ademais, tem-se que a questão da fragilidade do trabalhador e das empresas idôneas que prestam serviços e por vezes perdem contratos pela prática desleal consistente em um barateamento do custo da mão-de-obra dos serviços prestados, fato esse que somente é possível ante o total descumprimento dos direitos trabalhistas assegurados ao obreiro na relação de trabalho, é alvo de constantes estudos em nosso país, o que facilmente constatamos pela vasta bibliografia utilizada para a construção desse trabalho.

Igualmente, verifica-se que a legislação de alguns países europeus já estão se adequando a nova realidade das relações de trabalho, especialmente no que diz respeito aos efeitos sociais do fenômeno da terceirização de serviços, seja pela proibição total da terceirização de serviços, o que não concordamos pelos motivos já expostos, seja pelo aumento das responsabilidades sociais e patrimoniais das empresas tomadoras de serviços.

Dá simples análise das críticas aqui construídas, nós poderíamos concluir que as mesmas são extremistas, porém o cotidiano nos revela, infelizmente, que uma fatia expressiva do empresariado brasileiro somente se preocuparia em adotar medidas fiscalizatórias de forma rigorosa quanto ao cumprimento dos direitos trabalhistas e sociais, caso sofressem um risco financeiro iminente, fato esse que, ao nosso sentir, não ocorre nos dias atuais.

Dessa forma, a solução apresentada pela construção doutrinária e jurisprudencial desenvolvida nesse trabalho que refletiria a forma mais viável, senão a única, e que também acarretaria efeito prático imediato nas relações da terceirização de serviços, essencialmente para assegurar o cumprimento dos direitos trabalhistas devidos, reduzindo drasticamente os efeitos sociais desse fenômeno, seria a adoção da responsabilidade solidária e objetiva entre as partes contratantes, quais sejam a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora de serviços, com fundamento fático e jurídico em todas aquelas premissas aqui analisadas, especialmente as que se referem aos capítulos 5 e 6 deste trabalho.

Ato contínuo, ressaltamos que além de propiciar um efeito prático imediato nas relações de terceirização de serviços, a adoção dessas duas modalidades de responsabilidade a curto ou médio prazo proporcionariam um fenômeno ao qual chamamos de “auto regulação do mercado das empresas prestadoras de serviços”, pois as empresas tomadoras de serviços, ora contratantes, somente firmariam contrato com empresas idôneas e que possuíssem todas as certificações necessárias e, portanto, em um curto espaço de tempo as empresas inidôneas seriam banidas do mercado, ante a ausência de empresas contratantes dos seus serviços oferecidos.

Não obstante a ampliação das exigências no momento da contratação, é certo que a fiscalização exercida pelas empresas contratantes de mão-de-obra terceirizada ao longo do contrato seriam demasiadamente aumentada, tendo em vista o risco iminente de prejuízos financeiros advindos da má contratação ou da ausência da fiscalização necessária.

Em suma, objetivamos fincar a ideia de que essa seria a solução prática, viável e juridicamente possível que encontramos para a redução dos efeitos sociais do fenômeno da terceirização de serviços em nosso país.

Há de ressaltar, ainda, que os fundamentos jurídicos para a fixação da responsabilidade solidária e objetiva entre as partes contratantes na terceirização de serviços já existem em nosso ordenamento pátrio, como vimos exaustivamente no capítulo 6, sendo certo que não podemos aguardar por mais alguns anos a inércia do legislador infraconstitucional no sentido de criar a legislação necessária e eficaz para a regulamentação da terceirização de serviços em nosso país. Sabemos que as causas dessa omissão remontam a fatores econômicos e, principalmente políticos, fatores esses que infelizmente estão enraizados na cultura do nosso país.

Por derradeiro, concluímos que essas modalidades de responsabilidade deveriam ser previstas nos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional com o objetivo de regulamentar a terceirização de serviços, em especial ao projeto de lei 4.330/2004, que ao nosso ver, é o que se mostra mais plausível de aprovação pelos nobres deputados e senadores que constituem o nosso Poder Legislativo Federal.

8. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de. **(I)Licitude da Terceirização no Brasil: uma análise na perspectiva da especialização e da dependência do prestador de serviços.**, São Paulo: LTr, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 5ª ed., rev. e ampl., São Paulo: LTr, 2009.

BASTOS, Bianca. **Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio.**, São Paulo: LTr, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.**, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

DA SILVA, Alessandro. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. **Revista LTr Legislação do Trabalho – nº 75.**, São Paulo: LTr, Janeiro de 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.**, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho.** 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2008.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização trabalhista.**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

KLIPPEL, Bruno. **Direito sumular esquematizado - TST.**, São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGANO, Octavio Bueno. **Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk.**, São Paulo: LTr, 1995.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho.**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.**, 13ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. **Revista Magister de direito do trabalho.**, Porto Alegre: Magister, julho / agosto de 2004.

MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da súmula nº 331 do TST diante do novo código civil. **Revista LTr Legislação do Trabalho – nº 75.**, São Paulo: LTr, Janeiro de 2011.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho.**, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

NOBRE, César Augusto Di Natale. **A terceirização como planejamento tributário.**, São Paulo: Verbatim, 2011.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese.** 7ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho.**, São Paulo: LTr, 1994.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado.**, São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHIAVI, Mauro. A terceirização na administração pública e a ADC nº 16. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região – nº 1.**, São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 2009.

_____. **Execução no processo do trabalho.**, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Responsabilidade patrimonial no processo do trabalho.**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 30ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista Justiça do Trabalho – nº 249.**, Porto Alegre: HS Editora, Setembro de 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho.** 3ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

WILHELMS, Adriano Santos. Terceirização – responsabilidade solidária. **Revista Justiça do Trabalho – nº 320.**, Porto Alegre: HS Editora, Agosto de 2010.