

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC/SP

Mariah Barbosa Escobar

O ALCANCE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TOMADOR DE SERVIÇOS NA
TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA DE ACORDO COM OS TERMOS DA LEI Nº 13.429/2017

DIREITO DO TRABALHO

SÃO PAULO

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC/SP

Mariah Barbosa Escobar

O ALCANCE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TOMADOR DE SERVIÇOS NA
TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA DE ACORDO COM OS TERMOS DA LEI Nº 13.429/2017

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof. Michel Olivier Giraudeau.

SÃO PAULO

2017

BANCA EXAMINADORA:

RESUMO

Neste Trabalho de Monografia, cujo tema é o Alcance da Responsabilidade Civil do Tomador de Serviços na Terceirização Trabalhista nos termos da Lei nº 13.429/2017, estudou-se as modalidades de responsabilidade civil aplicadas aos tomadores de serviços, bem como a extensão dessa. Para isso, foi avaliada a atual situação da terceirização no Brasil e as modalidades de responsabilidade civil adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Depois de realizado esse estudo, partiu-se para a análise de como o Poder Judiciário aplica as normas aos casos concretos. Desse modo, foi possível concluir como é atribuída a responsabilidade civil aos tomadores de serviços e quais são as fontes do Direito utilizadas para justificá-la.

Palavras-chave: Terceirização, responsabilidade civil, tomador de serviços

ABSTRACT

In this monograph, whose theme is the scope of the Civil Responsibility of the Service Provider in Outsourcing under the terms of Law 13,429/2017, we studied the modalities of civil liability applied to policyholders, as well as the extent of this. For this, the current situation of outsourcing in Brazil and the modalities of civil liability adopted by the Brazilian legal system were evaluated. After this study was carried out, we started with the analysis of how the Judiciary applies the norms to the concrete cases. In this way, it was possible to conclude how civil liability is attributed to service providers and what sources of law are used to justify it.

Key words: Outsourcing, Civil Responsibility, service provider

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 TERCEIRIZAÇÃO	8
1.1 LEGISLAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE	11
2 O QUE PODE SER TERCEIRIZADO	20
2.1 TERCEIRIZAÇÃO ANTES DA LEI Nº 13.429/2017	20
2.2 TERCEIRIZAÇÃO NOS TERMOS DA LEI Nº 13.429/2017	27
2.2.1 Licitação da Terceirização.....	31
2.3 APLICABILIDADE DA LEI Nº 13.429/2017 E VIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 331 DO TST	34
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	38
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.....	42
3.1.1 Culpa.....	43
3.1.2 Nexo de Causalidade	46
3.1.3 Dano	47
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	48
3.2.1 Responsabilidade por Fato de Terceiro.....	50
3.3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	51
3.4 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA	52
3.5 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.....	52
4. ALCANCE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TOMADOR DE SERVIÇOS.....	54
4.1 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS.....	64
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

INTRODUÇÃO

Este Trabalho de Monografia de Direito do Trabalho tem como tema o Alcance da Responsabilidade do Tomador de Serviços na Terceirização Trabalhista de acordo com a regulamentação da Lei nº 13.429/2017. Depois de analisadas a legislação brasileira, doutrina, jurisprudência e o atual cenário da responsabilidade civil e da terceirização no nosso País, este trabalho foi elaborado com o objetivo de analisar o alcance da responsabilidade civil do tomador de serviços de acordo com os termos da atual redação da Lei nº 6.019/1974, a fim de verificar se houve alterações quanto aos parâmetros adotados para responsabilizar o tomador de serviços antes da existência da regulamentação, bem como se a atual legislação observa o princípio constitucional da segurança jurídica, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Este estudo irá analisar também o entendimento dos Tribunais em relação a um assunto que, até março de 2017, era carente de legislação específica. Será analisado se, com a promulgação da Lei nº 13.429/2017, o Tribunal Superior do Trabalho, órgão que faz parte do Poder Judiciário, irá continuar adotando o entendimento consolidado na Súmula nº 331. Ainda, será analisado se referida Súmula respeita os preceitos legais insculpidos nos Códigos Civis e nas Leis Especiais.

Como será abordado neste trabalho, o Código Civil trouxe a teoria da responsabilidade objetiva, aquela que independe de culpa, que, pelo entendimento de alguns doutrinadores, foi amparada na teoria do risco.

A responsabilidade civil objetiva do empregador, nos acidentes de trabalho, ainda causa estranheza na população. Entretanto, importante ressaltar que a sua aplicabilidade está atrelada a existência de lei expressa, caso contrário, a regra geral é a responsabilidade civil subjetiva, isto é, a que depende de culpa, nos termos do artigo 927, *caput*, do Código Civil de 2002.

Concomitantemente com as mudanças acerca da responsabilidade civil, no universo trabalhista o fenômeno terceirização está cada vez mais arraigado na cultura brasileira, entretanto somente em março de 2017 a matéria foi regulamentada.

De acordo com o ilustre professor Carlos Henrique da Silva Zangrado, “o *vácuo normativo, entretanto, bem como muitas experiências malfadadas e outras situações factuais acabaram criando várias questões, as quais só obtiveram resposta no pronunciamento do Poder Judiciário.*”¹

Em contrapartida, na tentativa de proteger o trabalhador conhecido como terceirizado, o Poder Judiciário consolidou entendimento no sentido de que o tomador de serviços também possui responsabilidade em relação às verbas inerentes ao contrato de trabalho mantido entre esse trabalhador e seu próprio empregador.

A grande discussão é com a regulamentação da terceirização da prestação de serviços, qual é a responsabilidade do tomador de serviços e qual a sua extensão. E mais, se existe lei que regulamente a terceirização, é possível o Poder Judiciário continuar aplicando o entendimento constante da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho a fim de atribuir responsabilidade aos tomadores de serviços? Daí a importância deste estudo.

¹ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008. p. 1006

1. TERCEIRIZAÇÃO

A Terceirização é um fenômeno que nasceu em meio à Terceira Revolução Industrial, ocorrida no final dos anos 60, cujo objetivo era aumentar a produtividade das empresas, acelerando seu desenvolvimento para alavancar no mercado e, assim, ultrapassar as outras empresas que atuavam no mesmo ramo. Para isso, deixavam de empregar pessoas nos termos legais para contratar mão de obra mais barata.

Dessa maneira, as empresas conseguiam diminuir o preço de seus produtos, bem como os encargos trabalhistas advindos dos vínculos de empregos. Mas embora esse fenômeno seja uma realidade arraigada no cenário trabalhista brasileiro, somente em 31 de março de 2017 houve regulamentação da matéria.

Até então, acerca desse assunto, o ordenamento jurídico brasileiro possuía algumas normas não específicas ao trabalho terceirizado, mas apenas a atividades correlatas. Em 1967 foi editado o Decreto-Lei nº 200, ampliado posteriormente pela Lei nº 6.019/1974, que regulamentou o trabalho temporário no Brasil. Em 1983, foi promulgada a Lei nº 7.102 que dispõe sobre serviços de vigilância. Segundo a jurista Livia Mendes Moreira Miraglia,

A terceirização só foi possível através da implementação dos mecanismos de flexibilização da legislação trabalhista, implantados pela própria Carta Magna de 1988 com o intento de satisfazer às necessidades modernas, principalmente do capital, conforme previamente analisado.²

Por ausência de uma legislação específica, a palavra *terceirização* vinha sendo utilizada, principalmente no meio empresarial, no sentido de intermediário, subcontratação, prestação de serviços, parceria, contratação de terceiros. Isto é, não havia um conceito concreto sob o tema, sendo esse abarcado pelos doutrinadores.

Não obstante muitos doutrinadores tenham entendimentos parecidos sobre o conceito de terceirização, é possível notar que até a regulamentação dessa matéria não havia um conceito único. Para o ministro do Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho Delgado, a terceirização ocorre

² MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo. Quartier Latin, 2008. p.118-119

quando há a inserção de um trabalhador, o qual foi contratado por uma empresa, no processo produtivo de outra empresa, formando-se, assim, uma relação triangular.

*Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista 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 justrablistas, 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 os vínculos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.*³

Já o juiz de segunda instância do trabalho do Espírito Santo, mestre e doutor em Direito Carlos Henrique Bezerra Leite, entende que terceirização é o procedimento que visa reduzir custos e aumentar a lucratividade de uma empresa, de modo que, assim, há a contratação de uma outra empresa que possui empregados próprios para a prestação de um serviço que poderia ser prestado pelos empregados do tomador de serviços, mas que não o é por questões de redução de custos.

Terceirização, para nós, é um procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos, aumentar a sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente pelos seus empregados.⁴

Na visão do mestre em Direito do Trabalho Michel Olivier Giraudeau, a terceirização ocorre quando, na intenção de se dedicar à atividade principal do negócio, o tomador de serviços contrata uma empresa para que essa, por meio de seus empregados próprios, preste serviços intermediários.

A expressão terceirização resulta, como se disse, de um neologismo construído a partir da palavra terceiro. O conceito passou a ser sugerido como uma solução, num contexto de grandes mudanças nos processos produtivos e nas relações de trabalho em todo o mundo, diante das exigências cada vez maiores da acirrada concorrência. A ideia enfatiza a descentralização de determinadas atividades, para destiná-las ao subcontratado, com o intuito de

³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2017. p. 503

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. Saraiva; 2016. p. 322

permitir, ao tomador de serviços, que se dedique ao foco de sua atividade principal, no planejamento, organização e controle de seu próprio negócio.⁵

Destaca-se, também, o entendimento do professor Carlos Henrique da Silva Zangrando, o qual simplifica o complexo fenômeno da terceirização na relação em que uma empresa contrata os serviços de outra para a prestação de serviços especializados, os quais serão prestados por intermédio de empregados próprios, sendo que esses serviços poderão ser prestados ou não nas dependências da empresa contratante.

um neologismo criado para explicar um negócio jurídico complexo, no qual uma empresa contrata os serviços especializados de outra, que os prestará por intermédio de seus empregados, os quais podem ou não trabalhar diretamente nos estabelecimentos da empresa tomadora dos serviços.⁶

A jurista Livia Mendes Moreira Miraglia define terceirização como:

Instituem-se pequenas empresas que gravitam em torno de uma grande empresa para prestar-lhe mão-de-obra. Ou seja, as empresas delegam funções não-essenciais a sua finalidade para outras, com o propósito de diminuir gastos, concentrando-se na sua atividade-fim e criando novas tecnologias e melhores produtos.⁷

Ainda, o juiz de segunda instância do trabalho de São Paulo Sérgio Pinto Martins conceitua terceirização da seguinte maneira:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários.⁸

Por conseguinte, podemos dizer que terceirização é um fenômeno que consiste na transferência da mão de obra de um trabalhador, empregado da empresa contratada, para a empresa contratante com a finalidade de executar tarefas que não tenham relação com o objeto social desta, isto é, o chamado empregado terceirizado irá executar alguns serviços especializados para a empresa contratante, mais conhecida como tomadora de serviços.

⁵ GIRAUDÉAU, Michel Olivier. Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços. São Paulo. LTR; 2010. p. 19

⁶ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTR, 2008. p.1005

⁷⁷ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo. Quartier Latin, 2008. p.119

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo. Atlas, 2013. p. 202

Importante ressaltar que, muitos juristas entendem que não é necessário que o empregado terceirizado esteja inserido na empresa tomadora de serviços para que se caracterize a terceirização, mas tão somente a prestação de serviços em favor dessa empresa contratante, em qualquer estabelecimento.

No mais, para que a terceirização ocorra é necessária, ainda, a existência de dois contratos: um contrato de trabalho entre a empresa fornecedora de mão de obra, a empregadora, e o empregado; e um contrato de prestação de serviços entre essa mesma empresa e a empresa tomadora dos serviços. Desse modo, será formado o que os doutrinadores chamam de contrato triangular ou relação contratual triangular.

Por mais que a terceirização seja uma realidade cada vez mais enraizada no cenário brasileiro, a ausência de legislação específica sobre o assunto trazida grande insegurança jurídica para todos os integrantes dessa relação contratual triangular. Por essa razão que o conceito de terceirização era muito importante, principalmente antes da regulamentação do tema, eis que se discutia muito sobre a licitude da terceirização.

Com a promulgação da Lei nº 13.429 em 31.03.2017, não há mais discussões, eis que se definiu o que é terceirização, bem como quais atividades poderão ser terceirizadas, conforme será adiante demonstrado.

O artigo 2º da Lei nº 13.429/2017 introduziu na Lei nº 6.019/74 o artigo 4º-A cuja redação é a seguinte:

[Art. 4º-A.](#) Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

Portanto, de acordo com a Lei, ***entende-se por terceirização a contratação de todo serviço determinado e específico prestado por pessoa jurídica de direito privado.***

1.1 LEGISLAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Até a promulgação da Lei nº 13.429/2017, em 31 de março de 2017, a qual dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, não obstante a terceirização estivesse enraizada no cenário trabalhista brasileira, o País era carente de legislação acerca dessa matéria.

No entanto, conforme observado anteriormente, com a difusão da terceirização no Brasil e o aumento da competitividade entre as empresas, algumas atividades correlatas foram regulamentadas a fim de trazer certa segurança jurídica aos trabalhadores e empregadores.

Antes ainda do surgimento do trabalhador terceirizado, e bem antes da revolução industrial, embora a Consolidação das Leis do Trabalho, que é datada de 1943, não tratasse do tema terceirização, os artigos 455 e 652, inciso II também serviram como prenúncio desse fenômeno, eis que tratam, segundo a jurista Livia Mendes Moreira Miraglia, da “*contratação de subempreitada e da pequena empreitada, respectivamente, imputando a responsabilidade do empreiteiro principal sobre os créditos trabalhistas dos trabalhadores, diante do inadimplemento do subempreiteiro contratado.*”⁹ Esses foram os primeiros dispositivos legais que tratam sobre a responsabilidade do tomador de serviços.

Já nos anos 60, foi editado o Decreto-lei nº 200/67 e, posteriormente, em 1970, a Lei nº 5.645, os quais regulamentaram a contratação dos serviços meramente executivos ou operacionais pela Administração Pública.

Em 1974, foi editada a Lei do Trabalho Temporário. A figura do trabalhador temporário é muito semelhante ao trabalhador terceirizado, eis que ambos prestam serviços a um tomador por meio de sua empregadora, ocorre que o trabalhador temporário presta serviços por meio de uma empresa interposta e o empregado terceirizado presta serviços por meio de uma empresa prestadora de serviços.

Todavia, tanto o trabalhador temporário quanto o trabalhador terceirizado possuem vínculo de emprego com uma empresa e prestam serviços para outra. Segundo o professor Carlos Henrique da Silva Zangrando, “*contrato de trabalho temporário é um contrato por tempo determinado, firmado entre uma empresa fornecedora de mão de obra temporária e um trabalhador, que prestará serviços*

⁹ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo. Quartier Latin, 2008. p.143

em favor de outra empresa.”¹⁰ A Lei nº 6.019/1974, antes da alteração pela Lei nº 13.429/2017, dispunha o quanto segue:

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.

A Lei nº 13.429/2017 ampliou o conceito de trabalho temporário, bem como as hipóteses de atuação do trabalhador temporário. Além disso, determinou expressamente a proibição de contratação de trabalhador temporário em casos de substituição de trabalhadores em greve, a não ser quando há previsão legal. Desse modo, o artigo 2º da Lei do Trabalho temporário passou a ter a seguinte redação:

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

§ 1º É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei.

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal

Contudo, importante ressaltar que com a nova edição da Lei de Trabalho Temporário, esse tipo de contratação tem vigência máxima de três meses. A redação original da Lei permitia prorrogação única de igual período somente em duas hipóteses, conforme lembra Carlos Henrique da Silva Zangrando, sejam elas:

para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa;
durante o acréscimo extraordinário de serviços (não só aquela demanda oriunda de fatores imprevisíveis, como também os denominados “picos de venda” ou “picos de produção” - IN/TEM n. 3/97, art. 9º, I).¹¹

Com a atual redação, o contrato temporário poderá ser prorrogado pelo período máximo de 90 dias, consecutivos ou não, isto é, a contratação temporária poderá ocorrer por até seis meses, e enquanto perdurar a condição que ensejou a contratação da mão de obra temporária. Na hipótese desse prazo ser ultrapassado, restará caracterizado o vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços.

¹⁰ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008. p. 668

¹¹ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008. p. 668

A Lei nº 6.019/74, em seu artigo 16, prevê a responsabilidade solidária do tomador de serviços, entretanto apenas no caso de falência do empregador, nos seguintes termos:

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

No entanto, a nova redação é conflitante, eis que não revogou mencionado artigo e acrescentou ao artigo 10 o §7º que determina que o tomador responda subsidiariamente do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas somente decorrente do período em que for beneficiada pela prestação de serviços, nos seguintes termos:

§ 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no [art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#).

Com a globalização e o aumento constante da concorrência no mercado atual, visando a redução de custos e o aperfeiçoamento de seus produtos, as empresas passaram a terceirizar suas atividades-meio. Nas palavras do professor Carlos Henrique da Silva Zangrando:

Várias são as vantagens administrativas, econômicas e operacionais da terceirização. A empresa passa a ter maior disponibilidade para concentrar sua atenção no processo produtivo e na sua melhoria contínua. Daí a utilização de serviços ditos “terceirizados” tornou-se lugar comum nas operações empresariais.¹²

As atividades-meio são entendidas como aquelas que não representam e não se conectam com seus objetos sociais, mas que são apenas complementares ou suplementares. Por exemplo: uma empresa de publicidade contrata serviços terceirizados de auxiliar de limpeza. Os serviços de limpeza nada se relacionam com as atividades-fim de uma empresa de publicidade, mas essa necessita desses serviços para manter o ambiente de trabalho sempre limpo. O atual ministro do Trabalho Mauricio Godinho Delgado descreve atividades-meio como:

(...) atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem

¹² ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008. p. 1005

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. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conversação, 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.)¹³

Segundo o professor Carlos Henrique da Silva Zangrando, as atividades-fim são “*aquelas que se traduzem no próprio objeto social da empresa, ou são essenciais para a sua consecução, sendo normalmente definidas no objeto social da empresa, embora a ele não necessariamente limitadas.*”¹⁴

O grande problema é que o sistema jurídico brasileiro não acompanhou no mesmo passo a evolução da terceirização, restando apenas a legislação mencionada até o momento, de modo que muitas lacunas legais permaneceram quanto a esse instituto; por esse motivo o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 331 com a finalidade de regulamentar essa nova atividade.

Todavia é importante ressaltar que em 1986, esse mesmo Tribunal era contrário à terceirização e proibia a prática, reconhecendo o vínculo de emprego entre o prestador e o tomador de serviços, salvo nas hipóteses legais de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e serviços de vigilância (Lei. nº 7.102/83). Esse entendimento do Tribunal Superior do Trabalho foi consolidado por meio da edição extinta Súmula nº 256, cuja redação era:

Súmula nº 256 do TST

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada)
- Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

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.

Ocorre que em 1986, a terceirização já estava arraigada no contexto jurídico brasileiro, o que, posteriormente, obrigou o Tribunal Superior do Trabalho a rever esse entendimento. Segundo Livia Miraglia, “*a terceirização já estava consolidada como técnica administrativa na maioria das empresas, tanto no setor privado quanto no segmento público, e, portanto, não havia como negar ou abjurar a existência do fenômeno incrustado no cotidiano empresarial brasileiro.*”¹⁵

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2012. p. 450

¹⁴ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008. p. 1008

¹⁵ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 149

Desse modo, em 1993, foi editada a Súmula nº 331, cuja redação foi alterada em 2011, momento no qual os itens V e VI foram acrescentados e modificou-se o item IV, com a finalidade de proteger o empregado terceirizado. Assim, referida Súmula dispõe o seguinte:

Súmula 331

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

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

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

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

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

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

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

Portanto, da leitura da norma editada pelo Poder Judiciário, foram previstos critérios para caracterizar a licitude da terceirização, bem como a extensão da responsabilidade do tomador de serviços. Nesse sentido, o professor Amauri Mascaro Nascimento faz a seguinte interpretação da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

É o princípio finalístico que indica, como critério de licitude ou não, o fim da contratação. Declara, inicialmente, que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalhador temporário (Lei n. 6.019, de 3-1-1974); a seguir, que a contratação irregular de trabalhador, através de

empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF); prossegue dispondo que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20-6-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta; e, finalizando, que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.¹⁶

A bem da verdade, a Súmula não regulamentou todos os direitos do trabalhador terceirizado, mas, na prática, acabou dando a esse segurança econômica. Em contrapartida, causou grande insegurança jurídica ao tomador de serviços, eis que mesmo adimplida todas as obrigações advindas do contrato de prestações de serviços entre empregadora e tomador de serviços, esse poderia vir condenado subsidiariamente.

Em 1997, foi criada a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) que, nos termos da Emenda Constitucional nº 8/1995, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Essa é um exemplo acerca da inovação no cenário jurídico quanto à matéria de terceirização, uma vez que autoriza a prestação de serviços da atividade-fim do tomador de serviços.

De acordo com a Lei Geral de Telecomunicações, a exploração dos serviços de telecomunicações deverá ser organizada pela União, por meio de um órgão regulador (Agência), bem como a exploração do serviço no regime público ocorrerá por meio de concessão, nos termos do artigo 83. Além disso, no contrato de concessão, a concessionária terá direitos e deveres, observadas as condições e limitações impostas pela Agência. Portanto, diante desse cenário, o artigo 94, inciso II da Lei facultou às concessionárias a contratação de mão de obra terceirizada tanto das suas atividades-meio quanto das suas atividades-fim, conforme verifica-se na redação abaixo transcrita:

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

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

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

¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. Saraiva, 2003. p.514-515

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.

Essa é a única possibilidade legal em que se é possível a terceirização da atividade-fim. Todavia, os tribunais trabalhistas desconsideravam o texto legal e aplicavam o teor da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, conforme verifica-se em decisão proferida pela 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho em junho de 2016.

(...) B) RECURSOS DE REVISTA INTERPOSTOS PELAS RECLAMADAS – ANÁLISE CONJUNTA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE LINHAS TELEFÔNICAS. ATIVIDADE FIM. *A jurisprudência desta Corte Superior adota entendimento de que as atividades de instalação e manutenção de linhas telefônicas e operação de redes de acessos, cabos ópticos, serviço de comunicação de dados e serviço ADSL são consideradas atividades fim das empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações, desautorizando a prática da terceirização. Ressalva de entendimento desta Relatora. Recurso de revista não conhecido.*¹⁷

No entanto, esse entendimento não é unânime na Justiça do Trabalho. Embora haja Lei que preveja expressamente a possibilidade de terceirização da atividade-fim do tomador de serviços, o Tribunal Superior do Trabalho não tem entendimento uniforme quanto à aplicabilidade da Lei Geral das Telecomunicações, de maneira que há a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego com o tomador de serviços pela aplicação do item I da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, conforme verifica-se na decisão proferida pela 7ª Turma desse Tribunal em setembro de 2017:

ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÕES. INSTALADOR E REPARADOR DE LINHA TELEFÔNICA. LEI Nº 9.472/97. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NON REFORMATIO IN PEJUS. A tarefa dos instaladores e reparadores de linhas telefônicas está ligada à atividade-fim das empresas de telefonia, tomadora de serviços, e, por isso, é vedada a terceirização, sob pena de precarização das relações trabalhistas. A Lei nº 9.472/97 não autoriza tal procedimento sem que sejam garantidos aos terceirizados os mesmos direitos e garantias concedidos aos trabalhadores da empresa contratante. Na verdade, a permissão para a terceirização de atividades inerentes tem aplicação

¹⁷ TST, 8ª Turma, ARR – 227-03.2014.5.17.0001, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Publicação: 17.06.2016

meramente administrativa, destinada a possibilitar a contratação de outras empresas, sem afronta ao pacto de concessão firmado com o poder público. Assim, em face da diretriz contida na Súmula nº 331, I, do TST, deveria ter sido reconhecida a responsabilidade solidária entre as rés. Todavia, em observância ao princípio da *non reformatio in pejus*, mantém-se a condenação subsidiária da Telefônica Brasil S/A, por não ter havido recurso do reclamante. Recurso de revista de que não se conhece.¹⁸

De acordo com os ensinamentos do Ministro Maurício Godinho Delgado, em 2011, o item IV da referida Súmula foi reajustado e o item V foi inserido devido a uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o entendimento majoritário da Justiça do Trabalho precisou ser revisto em razão de uma decisão proferida pelo Poder Judiciário Supremo do Estado brasileiro e não em razão da promulgação de alguma lei. Nesse sentido, o Ministro esclarece:

Com a decisão do STF na ADC 16, prolatada em 24.11.2010, afastando a responsabilidade objetiva do Estado em casos de terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho promoveu ajustes na Súmula 331, direcionando o item IV da súmula para o conjunto da economia e da sociedade, ao passo que o novo item V refere-se estritamente à peculiaridade das entidades estatais.¹⁹

Portanto, em razão da decisão da Suprema Corte brasileira, apenas o Estado não responde objetivamente, hipótese essa não afastada para o tomador de serviços do setor privado. Delgado insiste que “*em máxima atenção ao decisório do STF, considera preciso que fique evidenciada nos autos a conduta culposa da entidade estatal, especialmente quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (...)*”²⁰

A mesma resolução que inseriu o item V, também inseriu o item VI, que ampliou a responsabilidade do tomador de serviços que, anteriormente, só respondia pelas verbas de natureza salarial, mas de acordo com o atual entendimento responde por todas as verbas, até mesmo as de caráter personalíssimo, como a indenização por danos morais.

Considerando que a Lei nº 13.429/2017 foi editada com a intenção de preencher as lacunas sobre essa matéria, bem como garantir segurança jurídica tanto aos empregados terceirizados quanto aos tomadores de serviços, vemos que o País está avançando nessa questão.

¹⁸ TST, 7ª Turma, RR – 2536.32.2012.5.02.0341, Relato: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Publicação: 22.09.2017

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2012. p. 447

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2012. p. 459

2. O QUE PODE SER TERCEIRIZADO

Conforme exposto no capítulo anterior, há décadas as empresas terceirizam algumas atividades com diversos objetivos, seja para focar naquelas atividades realmente voltadas ao objeto social do empreendimento, seja visando aumento de lucro, seja contenção de gastos com a contratação de mão de obra mais barata, entre outros.

É certo afirmar que a terceirização consiste na transferência da mão de obra de um trabalhador, empregado da empresa contratada, para a empresa contratante com a finalidade de executar tarefas específicas. Todavia, somente com a promulgação da Lei nº 13.429/2017 é que a matéria foi regulamentada e definiu-se quais atividades podem ser terceirizadas.

Ocorre, no entanto, que antes da edição da Lei nº 13.429/2017, devido à ausência de regulamentação desse instituto, a doutrina e a jurisprudência definiram as atividades que poderiam ser terceirizadas, bem como delimitaram os parâmetros para a prestação dos serviços de mão de obra terceirizada a fim de não caracterizar o vínculo com o tomador de serviços.

2.1 TERCEIRIZAÇÃO ANTES DA LEI Nº 13.429/2017

Antes da edição da Lei nº 13.429/2017, a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que somente era possível a terceirização de atividades que não tivessem relação com o objeto social da empresa contratante, mais conhecida como tomadora de serviços, ou seja, o chamado empregado terceirizado poderia executar alguns serviços especializados para a tomadora de serviços. Importante ressaltar que não era necessário que o empregado terceirizado estivesse inserido na empresa tomadora de serviços para que se caracterizasse a terceirização, mas tão somente a prestação de serviços em favor dessa empresa contratante, em qualquer estabelecimento.

Tendo em vista que diversas empresas estavam transferindo atividades específicas a trabalhadores de outras empresas por meio de contratos de prestação de serviços, formando uma relação triangular, em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho se mostrou contrário a essa prática e editou a Súmula nº 256, a qual proibia a contratação de trabalhadores por empresas de prestação de serviços, de modo que entendia pelo reconhecimento do vínculo de emprego entre o prestador e o tomador de serviços, salvo nas hipóteses legais de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e serviços de vigilância (Lei. nº 7.102/83), nos seguintes termos:

Súmula nº 256 do TST

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada)
- Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

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.

Ocorre que o fenômeno da terceirização não se confunde com a intermediação de mão de obra, uma vez que a primeira decorre da transferência de certas atividades da empresa tomadora a empresa prestadora de serviços. Já a segunda é aquela na qual uma empresa apenas fornece a mão de obra para outras, inserindo os trabalhadores no mercado de trabalho sem a prestação de um serviço específico.

A intermediação de mão-de-obra visa colocar trabalhadores no mercado de trabalho, por meio de vagas captadas junto a empregadores, reduzindo o tempo de espera e a assimetria de informação existente no mercado de trabalho, tanto para o trabalhador quanto para o empregador. Portanto, o serviço busca promover o encontro de oferta e demanda de trabalho.²¹

A intermediação de mão de obra é entendida como uma prática ilícita e desumana, uma vez que fere os direitos trabalhistas e a dignidade do trabalhador. O docente Gustavo Filipe Barbosa Garcia, em artigo publicado no *site* Consultor Jurídico, esclarece a diferença entre a terceirização e a intermediação de mão de obra:

A terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades da empresa tomadora (ou contratante) a empresas prestadoras de serviços especializados.

A terceirização não se confunde com a *intermediação de mão de obra*, a qual, em regra, é vedada pelo sistema jurídico, uma vez que o trabalho não pode ser tratado como mercadoria, o que seria contrário ao seu valor social e à dignidade da pessoa humana^[1].

Logo, a terceirização se distingue do trabalho temporário, pois enquanto aquela diz respeito à prestação de determinados serviços por empresa especializada, neste há o fornecimento de mão de obra à tomadora por meio de empresa interposta (ou seja, pela empresa de trabalho temporário), nas hipóteses excepcionalmente admitidas pelo sistema jurídico.

No entanto, embora o Tribunal Superior do Trabalho pretendesse proteger o trabalhador terceirizado ante à carência de legislação acerca da matéria, estava indo de encontro com o cenário brasileiro daquela época, eis que a prática da terceirização estava arraigada como técnica

²¹ <https://empregabrasil.mte.gov.br/84/imo/>

administrativa na maioria das empresas tanto no setor privado quanto no setor público e a Súmula nº 256 dispunha apenas quanto à ilegalidade da utilização de mão de obra por empresa interposta.

Diante do vácuo normativo sobre a questão e na tentativa de trazer segurança jurídica aos trabalhadores, em 1993 o Tribunal Superior do Trabalho reviu seu entendimento e editou a Súmula nº 331, a qual previa quando há reconhecimento de vínculo de emprego com o tomador de serviços, quais tipos de atividades podem ser terceirizadas, se há ou não responsabilidade do tomador de serviços no pagamento de verbas decorrentes do contrato de trabalho existente entre o emprego e empresa prestadora de serviços e em quais hipóteses o tomador de serviços poderá ser condenado a esse pagamento.

Assim, entendeu-se pela possibilidade de terceirização de atividades de vigilância, conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta, sendo certo que a terceirização de qualquer outra atividade que não essas ou em moldes diversos dos dispostos na Súmula nº 331 do TST seria considerada como terceirização ilícita e, assim, reconhecido o vínculo de emprego com o tomador de serviços.

Explica-se: a terceirização das atividades-meio de uma empresa era considerada lícita, sendo certo que a terceirização das atividades-fim era considerada ilícita, nos termos do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, considerava-se uma tentativa da empresa em fraudar a aplicação da legislação trabalhista. Nas palavras de Livia Mendes Moreira Miraglia, “*a terceirização ‘lícita’ é forma excetiva de contratação de mão-de-obra, haja vista o padrão genérico manter-se dentro da fórmula empregatícia clássica.*”²² Sobre o assunto, Amauri Mascaro Nascimento também disserta:

Um critério para determinar licitude ou ilicitude é o da verificação em cada caso concreto da inexistência ou existência de fraude, e neste caso aplicável o art. 9º da CLT, segundo o qual é nulo todo ato destinado a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação trabalhista, o que vale, também, para as terceirizações em que cooperativa é contratada. E não há fraude quando há pessoalidade e subordinação do pessoal terceirizado, porque, se essas características estiverem presentes no modo como o trabalho é prestado, inevitavelmente estará configurado o vínculo de emprego que é determinado, exatamente, pela presença desses dois dados.²³

²² MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 153

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. Saraiva, 2003. p. 516

Importante ressaltar, ainda, que se entendia por terceirização lícita quando ausentes os requisitos subordinação e pessoalidade diretas, ou seja, o empregado do prestador de serviços pode ser substituído a qualquer momento e não pode receber ordens diretas do tomador de serviços; essas devem ser passadas à empresa prestadora de serviços, uma vez que o trabalhador terceirizado é empregado dessa empresa e não da tomadora de serviços. Maurício Godinho Delgado afirma que “*a subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora de serviços terceirizados.*”²⁴

O grande problema é que o sistema jurídico brasileiro não estava acompanhando no mesmo passo a evolução da terceirização e havia lacunas legais quanto a esse instituto, por esse motivo, como dito anteriormente, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 331 com a finalidade de regulamentar essa nova atividade.

Desse modo, em 2011 o Tribunal Superior do Trabalho alterou a Súmula nº 331 a fim de acrescentar os itens V e VI e modificar o item IV, com a finalidade de proteger o empregado terceirizado. Assim, referida Súmula dispõe o seguinte:

Súmula 331

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

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

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2012. p. 451

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.

Portanto, da leitura da norma editada pelo Poder Judiciário, temos as hipóteses de cabimento da terceirização (quando essa é lícita ou ilícita), bem como a extensão da responsabilidade do tomador de serviços. Nesse aspecto é importante ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar mencionada Súmula, entendeu que o tomador de serviços deverá responder de forma subsidiária por todas as verbas decorrentes da condenação, independentemente da natureza e origem, desde que essas estejam compreendidas no período da prestação de serviços do prestador de serviços ao tomador.

Quanto à responsabilidade civil do tomador de serviços, o ministro do Tribunal Superior do Trabalho Maurício Godinho Delgado esclarece que

De qualquer modo, seja por analogia com preceitos próprio ao Direito do Trabalho (art. 16, Lei n. 6.019/74; art. 2º, CLT, que trata da assunção dos riscos por aquele que toma trabalho subordinado, não eventual, pessoal e oneroso; art. 8º, CLT, que dispõe sobre a integração jurídica), seja por analogia com preceitos inerentes ao próprio Direito Comum (arts. 159 e 160, I, *in fine*, CCB/1916, e arts. 186 e 187, CCB/2002, por exemplo), seja em face da prevalência na ordem jurídica do *valor-trabalho* e dos critérios trabalhistas (ilustrativamente, Constituição da República; art. 1º, III e IV; art. 3º, I, *in fine*, e III, *ab initio*, e IV; art. 4º, II; art. 6º, 7º, *caput*, *in fine*, art. 7º, VI, VII, X; art. 100, *ab initio*; art. 170, III), o fato é que a jurisprudência sempre pautou-se pela busca de remédios jurídicos hábeis a conferir eficácia jurídica e social aos direitos laborais oriundos da terceirização. Essa busca também se fazia no sentido de melhor incorporar as regras de responsabilidade prevista na Lei n. 6.019/74 em um conjunto mais coerente, amplo e sistemático, como cabível à compreensão de qualquer instituto do Direito.

A Súmula n. 331 do TST, tratando dessa interpretação da ordem justralhista no que tange à temática da responsabilidade em contextos de terceirização, fixou que “*o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial*” (Súmula n. 331, IV; grifos acrescidos).

(...)

Apreende também a nova súmula a incidência da responsabilidade desde que verificado o inadimplemento trabalhista por parte do contratante formal do

obreiro terceirizado (tornando despicienda, assim, a verificação da falência – rectius: insolvência – da empresa terceirizante).²⁵

No entanto, o ministro Maurício Godinho Delgado ressalta que em 2011, o item IV da referida Súmula foi reajustado e o item V foi inserido devido a uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o entendimento majoritário da Justiça do Trabalho precisou ser revisto em razão de uma decisão proferida pelo Poder Judiciário Supremo do Estado brasileiro e não em razão da promulgação de alguma lei. Nesse sentido, o Ministro esclarece:

Com a decisão do STF na ADC 16, prolatada em 24.11.2010, afastando a responsabilidade objetiva do Estado em casos de terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho promoveu ajustes na Súmula 331, direcionando o item IV da súmula para o conjunto da economia e da sociedade, ao passo que o novo item V refere-se estritamente à peculiaridade das entidades estatais.²⁶

Importante destacar, ainda, que mencionada Súmula prevê dois tipos de responsabilidade civil, a subjetiva e a objetiva, a depender se o tomador de serviços é do setor público ou privado. Nesse sentido, esclarece, ainda, o ministro Maurício Godinho Delgado:

Assim, mesmo se não acolhida a aplicação da regra da responsabilidade objetiva do Estado em casos de terceirização trabalhista, é irrefutável a incidência da responsabilidade subjetiva dos entes estatais que realizam terceirização de serviços, se verificada sua *inadimplência quanto à obrigação fiscalizatória relativa ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços*. Responsabilidade subjetiva por culpa *in vigilando*, que existe no Direito brasileiro há cerca de 100 anos (art. 159, Código Civil de 1916; arts. 186 e 927, *caput*, Código Civil de 2002), *atingindo qualquer pessoa jurídica, inclusive o Estado e seus entes* – como não poderia deixar de acontecer em ordem jurídica que se afirma civilizada.²⁷

Por conseguinte, em razão da decisão da Suprema Corte brasileira, apenas o Estado não responde objetivamente, hipótese essa não afastada para o tomador de serviços do setor privado. Delgado insiste que “*em máxima atenção ao decisório do STF, considera preciso que fique evidenciada nos autos a conduta culposa da entidade estatal, especialmente quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (...)*”²⁸

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo. LTr, 2017. p. 534 e 535

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2012. p. 447

²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo. LTr, 2017. p. 537

²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2012. p. 459

Ocorre que o entendimento da Justiça do Trabalho, além de na mesma Súmula prever modalidades diferentes de responsabilidade para o Estado e para o tomador de serviços do setor privado, ainda ia de encontro com a antiga redação da Lei nº 6.019/74, o qual previa a responsabilidade solidária do tomador de serviços apenas nos casos de falência da empresa prestadora de serviços. Isso porque o entendimento da Justiça do Trabalho, pelo que se compreende da leitura da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, é no sentido de que o tomador de serviços sempre responde subsidiariamente pela inadimplência da empresa fornecedora de mão de obra, independentemente da situação econômica desta, salvo os entes estatais, pois é necessária a comprovação da culpa desses.

Embora a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho preveja duas modalidades de responsabilidade aos tomadores de serviço, na prática, em relação aos tomadores de serviço do setor privado, os juízes fundamentam suas decisões com base tanto na Súmula quanto na existência de culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Ou seja, os magistrados entendem pela aplicação da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços por entenderem que esse não agiu com a cautela devida na hora da correta escolha do prestador de serviços, pois deveria ter observado que esse não cumpria com as obrigações trabalhistas de seus empregados, bem como não cumpriu com o seu dever de vigilância, eis que não fiscalizou o prestador de serviços no cumprimento das obrigações trabalhistas desse para com os seus empregados que prestavam serviços em seu favor.

Portanto, embora a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho entenda pela responsabilidade objetiva, os magistrados também julgavam com base na culpa presumida. Isto é, na fundamentação das decisões que entendiam pela responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, os magistrados justificavam o reconhecimento dessa modalidade de responsabilidade e a aplicação do entendimento sumulado pelo fato de o tomador de serviços ter incorrido em culpa *in eligendo* (má escolha do prestador de serviços) e *in vigilando* (má fiscalização do prestador de serviços quanto ao pagamento das verbas trabalhistas em relação aos prestadores de serviços).

Importante lembrar que, além da hipótese prevista no item I da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho para configuração do vínculo de emprego, quando verificada a terceirização de atividade-fim ou quando terceirizadas as atividades-meio do tomador de serviços, mas presentes os

requisitos da pessoalidade e subordinação direta, também se considerava configurado o vínculo de emprego entre o trabalhador terceirado e o tomador de serviços.

2.2 TERCEIRIZAÇÃO NOS TERMOS DA LEI Nº 13.429/2017

Antes de analisar a definição de terceirização nos termos da Lei nº 13.429/2017 é importante destacar que essa advém do projeto de Lei nº 4.302/1998 e altera alguns dispositivos da Lei nº 6.019/1974 (Lei do Trabalho Temporário), bem como dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros (terceirização).

Ou seja, mencionada lei foi editada para regulamentar as regras da mão de obra de trabalhadores que prestam serviços a outras empresas que não ao seu empregador. Assim, o artigo 1º da Lei dispõe sobre as alterações na Lei nº 6.019/1974 e o artigo 2º acresce a essa Lei artigos a fim de regulamentar a terceirização de mão de obra.

Neste trabalho se analisa a definição adotada à terceirização, embora essa seja semelhante a do trabalho temporário, neste caso, serão observados apenas os artigos acrescentados à Lei nº 6.019/1974 pelo artigo 2º da Lei nº 13.429/2017.

Nesse sentido, se esclarece que a partir da promulgação da mencionada Lei, entende-se que a distinção de terceirização lícita e ilícita construída pela doutrina e jurisprudência não é mais adotada, eis que qualquer ramo de atividade poderá ser objeto de prestação de serviços por empregado de empresa prestadora de serviços.

O § 2º do artigo 4º-A acrescentado à Lei nº 6.019/1974 entende pela inexistência de vínculo de emprego entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços e a empresa contratante, independente do ramo de atuação, nos seguintes termos:

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

O legislador fez constar que também não há vínculo de emprego entre a empresa tomadora de serviços e os sócios das empresas prestadoras, eis que muitas vezes a prestação dos serviços pode ser

realizada pelos sócios e esses, em decorrência da habitualidade e pessoalidade, vinham requerer vínculo de emprego com o contratante.

Portanto, pode-se dizer que a partir da publicação da Lei nº 13.429/2017 é possível a terceirização tanto das atividades-meio quanto das atividades-fim do tomador de serviços. O doutor em Direito Gustavo Filipe Barbosa Garcia, em artigo publicado no *site* Consultor Jurídico, em 02.04.2017, esclareceu sobre o assunto:

Em outras palavras, com a Lei 13.429/2017, para certa corrente, permite-se concluir que a chamada *atividade-fim* da empresa tomadora pode ser terceirizada para uma empresa prestadora especializada, respeitando-se a exigência de que os serviços sejam determinados e específicos.²⁹

A Lei nº 13.429/2017 também impôs requisitos para o funcionamento das empresas de prestação de serviços a fim de trazer segurança jurídica para o contratante, bem como aos empregados terceirizados. Dessa forma, exigiu a regularização das empresas junto às Juntas Comerciais e comprovação a condição de pessoa jurídica do prestador de serviços, bem como definiu capital social mínimo compatível com o número de empregados, conforme verifica-se na redação do artigo 4º-B, a seguir destacado:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da 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).

Não obstante seja possível às partes firmarem obrigações e deveres no contrato de prestação de serviços, mencionada Lei ainda define expressamente quem poderá contratar empresa prestadora de serviços e quais são as obrigações e responsabilidades que deverão ser cumpridas,

²⁹ <http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>

independentemente das cláusulas contratuais estabelecidas entre as partes. No mais, a Lei dispõe algumas faculdades do tomador de serviços.

Nesse sentido, após a regulamentação da terceirização, somente é considerado tomador de serviços pessoa física ou jurídica que contrata empresa de prestação de serviços cujo objeto é determinado e específico, sendo defeso a utilização da mão de obra contratada para a execução de atividades distintas daquelas constantes do objeto da prestação de serviços.

As partes poderão acordar o local da prestação de serviços, de modo que poderá ser convencionado que o prestador de serviços irá trabalhar nas dependências do tomador ou em local diverso. Independentemente do local em que a mão de obra seja executada, é de responsabilidade do tomador de serviços a garantia de todas as condições de segurança, higiene e salubridade do prestador de serviços.

É facultado ao tomador de serviços estender ao trabalhador terceirizado os serviços de atendimento médico, ambulatorial e de refeição que forem oferecidos aos seus empregados, quando existentes nas suas dependências ou local da prestação de serviços.

Ao contrário do que se entendia antes da existência da regulamentação, o descumprimento de qualquer um dos dispositivos acrescentados à Lei nº 6.019/74 não acarretará na configuração de vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e o tomador de serviços, mas sim na aplicação de multa pela empresa infratora, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme dispõe o artigo 19-A, abaixo transcrito:

Art. 19-A. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa.

Parágrafo único. A fiscalização, a autuação e o processo de imposição das multas reger-se-ão pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo [Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943](#).

Assim, acabou, definitivamente, o conceito trazido anteriormente pela doutrina acerca de licitude ou ilicitude de terceirização com relação ao objeto da terceirização, isto é, não há que se falar mais em ilicitude e violação às leis trabalhistas em casos de terceirização da atividade-fim do tomador de serviços.

Todavia, a Lei nº 13.429/2017 acresceu à Lei nº 6.019/74 o artigo 4º-A, §1º, o qual determina que cabe à empresa prestadora de serviços a contratação, remuneração e direção do trabalho dos empregados. Ou seja, caso o tomador de serviços assuma alguma dessas responsabilidades, poderá ser entendida fraude, nos termos do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, de modo que poderá ser reconhecido o vínculo de emprego entre o tomador de serviços e o empregado terceirizado ou a responsabilidade solidária quanto às verbas trabalhistas.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

Em contrapartida, o tomador de serviços será responsável de forma subsidiária por todas as obrigações trabalhistas referentes ao período da prestação de serviços, bem como quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias, observados os termos do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, o qual tem a seguinte redação:

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. [\(Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009\).](#)

§ 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. [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\)](#)

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. [\(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998\).](#)

§ 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. [\(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998\).](#)

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: [\(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998\).](#)

I - limpeza, conservação e zeladoria; [\(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998\).](#)

II - vigilância e segurança; [\(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998\).](#)

III - empreitada de mão-de-obra; [\(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998\).](#)

IV - contratação de trabalho temporário na forma da [Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. \(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998\).](#)

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. [\(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998\).](#)

§ 6º Em se tratando de retenção e recolhimento realizados na forma do caput deste artigo, em nome de consórcio, de que tratam os [arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#), aplica-se o disposto em todo este artigo, observada a participação de cada uma das empresas consorciadas, na forma do respectivo ato constitutivo.

Por fim, se esclarece que embora a Lei nº 13.429/2017 tenha regulamentado a terceirização de mão de obra, essa não se aplica às empresas de vigilância e transporte de valores, salvo por acordo expresso entre as partes. Caso contrário continuarão vigentes as normas previstas em legislação especial e subsidiariamente aquelas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, conforme previsto nos artigos 19-B e 19-C acrescidos à Lei nº 6.019/74.

2.2.1 Licitude da Terceirização

Como visto, a Lei nº 13.429/2017 acresceu à Lei nº 6.019/1974 o artigo 4º-A o qual prevê, no § 2º, a possibilidade de terceirização de qualquer ramo da tomadora de serviços. Desse modo, não há mais que se falar em terceirização lícita ou ilícita, nos termos adotados pela doutrina e jurisprudência, isto é, não se define mais a licitude da terceirização de acordo com a atividade terceirizada.

É importante destacar que, inclusive, um dia antes da promulgação da mencionada lei, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou quanto aos critérios de definição de atividade-meio e atividade-fim, quando julgou o Recurso Extraordinário nº 760.931, com a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. 1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social

das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas. 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que

a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.³⁰

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim que vinha sendo adotada pela jurisprudência e doutrina trabalhistas era imprecisa, artificial e ignorava a dinâmica da economia moderna.

Por essas razões, a Suprema Corte entendeu que o simples fato de se terceirizar a atividade-fim não é suficiente para se aplicar à Administração Pública a responsabilidade objetiva, tanto na modalidade solidaria quanto subsidiária. Isso porque a regra geral é a responsabilidade subjetiva, de modo que se torna imprescindível observar a existência ou não de culpa ou dolo para imputar a responsabilidade quanto ao pagamento das obrigações trabalhistas no caso *sob judice*.

Todavia, ainda é possível se falar em terceirização ilícita, a qual se funda em fraude, e, por consequência, no reconhecimento do vínculo de emprego com o tomador de serviços ou na responsabilidade solidária, nos termos do artigo 942 do Código Civil.

Isso porque quando da regulamentação da terceirização, o legislador manteve a obrigação da empresa prestadora de serviços quanto à remuneração e direção do trabalhador terceirizado, nos termos do artigo 4º-A, §1º:

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

³⁰ STF, RE nº 760931, Relatora: Ministra Rosa Weber, Data do Julgamento: 30.03.2017, Data da Publicação: 12.09.2017

Nesse sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia destaca que

O poder de direção, assim, deve ser exercido pela empresa prestadora de serviços em face de seus empregados, embora estes laborem na empresa contratante (tomadora). Desse modo, os referidos empregados são juridicamente subordinados à empresa prestadora de serviços e não à tomadora. A remuneração dos empregados terceirizados também é devida pela empresa prestadora de serviço, por ser a empregadora.

Caso haja subordinação direta dos empregados terceirizados à empresa contratante, a terceirização deverá ser considerada ilícita, gerando o vínculo de emprego diretamente com a tomadora (exceto no caso da administração pública, em razão da exigência de aprovação prévia em concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da Constituição da República), na forma do art. 9º da CLT.

Nessa hipótese específica de terceirização ilícita, a empresa tomadora deve ser considerada a verdadeira empregadora e a empresa prestadora de serviços responde de forma solidária pelos créditos trabalhistas, por ter participado da fraude, com fundamento no art. 942 do Código Civil.³¹

Sendo assim, quando o tomador de serviços assume alguma das responsabilidades peculiares inerentes ao prestador de serviços, previstas no artigo 4º-A, §1º, da Lei nº 6.019/74, restará caracterizada a terceirização ilícita e, por conseguinte, poderá ser reconhecido o vínculo de emprego com o tomador de serviços ou a responsabilidade solidária.

Portanto, embora não se fale mais nos conceitos de terceirização lícita e ilícita quanto ao objeto da prestação de serviços - isto é, a partir da promulgação da Lei nº 13.429/2017 é possível a terceirização tanto da atividade-meio quanto da atividade-fim, de modo que não há mais que se falar em terceirização ilícita quando terceirizadas as atividades-fim do tomador de serviços -, ainda é possível haver ilicitude na terceirização quando existente fraude.

2.3 APLICABILIDADE DA LEI Nº 13.429/2017 E VIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 331 DO TST

Diante da regulamentação das relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros, não há mais dúvidas de que é possível terceirizar qualquer ramo de atividade. No entanto, embora se discute acerca da aplicabilidade da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, é certo que esse entendimento não foi cancelado e ainda continua em vigor.

³¹ <http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>

De mais a mais, os Tribunais Trabalhistas entendem que as novas regras não podem ser aplicadas aos contratos de trabalho encerrados antes da publicação da Lei nº 13.429/2017, eis que Lei não retroage, sob pena de afronta ao direito adquirido do trabalhador. Assim sendo, embora ainda pendente de julgamento de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho adotou entendimento no sentido de que aos contratos findos antes da vigência da nova redação da Lei nº 6.019/74, cujos artigos foram acrescidos pela Lei nº 13.429/2017, se aplica o entendimento adotado pela Súmula nº 331 daquele Tribunal, conforme decisão publicada em 10.08.2017:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS. ESCLARECIMENTOS. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELEMARKETING. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA. ATIVIDADE-FIM. SÚMULA Nº 331, I, DO TST. CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DA ANTIGA REDAÇÃO DA LEI Nº 6.019/74. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 13.429/2017 (LEI DA TERCEIRIZAÇÃO). EFEITOS 1. A entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017 (Lei da Terceirização), geradora de profundo impacto perante a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, no que alterou substancialmente a Lei nº 6.019/74, não se aplica às relações de emprego regidas e extintas sob a égide da lei velha, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho muito mais vantajosas. 2. Quanto aos contratos de trabalho celebrados e findos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, prevalece o entendimento jurisprudencial firmado à luz da Súmula nº 331, I, do TST, amparado na anterior redação da Lei nº 6.019/74. 3. Embargos de declaração a que se dá provimento para prestar esclarecimentos.³²

É importante destacar, ainda, que em junho de 2017 o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, apresentou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5735 contra a Lei nº 13.429/2017 sustentando a existência de diversas violações a dispositivos constitucionais.

Também tramitam perante o Supremo Tribunal Federal as ADI nº 5695, ajuizada pelas Confederações Nacionais dos Trabalhadores da Indústria Química e dos Trabalhadores na Indústria Têxtil e de Vestuário, a ADI nº 5685, ajuizada pela Rede Sustentabilidade, a ADI nº 5686, apresentada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e a ADI nº 5687, que foi protocolada pelos Partidos dos Trabalhadores (PT) e Comunista do Brasil (PCdoB). Todas essas ações estão sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

³² TST, SBDI-1, ED-E-ED-RR 1144-53.2013.5.06.0004, Relator: Ministro: João Oreste Dalazen, Data da Publicação: 10.08.2017

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal está pendente de julgamento do Agravo Regimental nº 713.211, que reconheceu a repercussão geral do tema – validade ou não do entendimento que considera lícita a terceirização de serviços relacionados à atividade-fim, considerando o que dispõe a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho *vis-à-vis* o alcance da liberdade de contratar, na esfera trabalhista, bem como o que pode ser considerado atividade-fim e atividade-meio. Como consequência, o Supremo Tribunal Federal determinou ao Tribunal Superior do Trabalho o sobrestamento de todos os recursos que envolvessem a discussão sobre licitude da terceirização de atividade-fim.

Nesse sentido, destacam-se as razões que levaram os ministros do Supremo Tribunal Federal a reconhecer a repercussão geral, ressaltando que é matéria intimamente afeta à discutida no caso *sub judice*, já que se trata de ação civil pública em que o Ministério Público do Trabalho pleiteou o reconhecimento de vínculo de emprego com a empresa tomadora de serviços ao fundamento de que seria sua atividade-fim. Confira-se:

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.

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 por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.
5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, ex vi art. 543, CPC.

A leitura das razões leva à conclusão de que se cuida de matéria de repercussão geral, sendo possível verificar que a discussão é plenamente cabível e que há grandes chances de o entendimento consolidado na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho ser declarado inconstitucional, na medida em que, nos termos do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade civil é o dever de indenizar decorrente da prática de um ato ilícito que gera dano a outrem, cuja função é recolocar o agente prejudicado no estado em que se encontrava antes da ação do agente, isto é, antes do prejuízo ter acontecido. Nas palavras da professora Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Pode-se dizer que o ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade civil, eis que ausente esse ato, ausente também a consequência, que é o dano – seja esse de cunho patrimonial ou moral. Inexistindo o dano, não gera responsabilidade civil e nem nasce o direito à reparação. Inegável, portanto, que o ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade civil.

Sendo certo que a responsabilidade civil nasce com o ato ilícito, vamos conceituá-lo. A professora Maria Helena Diniz entende que “*o ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano patrimonial ou moral a outrem, criando o dever de repará-lo (CC, art. 927).*”³³ O doutor professor Roberto Senise Lisboa afirma que “*o ato ilícito é aquele cometido em desconformidade com o ordenamento jurídico.*”³⁴

Arnold Wald descreve ato ilícito como “um ato material (ato ou omissão) que, infringindo dever legal ou contratual, causa dano a outrem.”³⁵ Já o consagrado jurista, doutor professor Sergio Cavalieri Filho, em seu largo estudo sobre responsabilidade civil, interpretou ato ilícito da seguinte maneira:

O ato ilícito, portanto, é sempre um *comportamento* voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. Nem por isso, entretanto, o ato ilícito dispensa uma manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja

³³ DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo. Saraiva, 2004. p.196

³⁴ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil – Vol. 2 – Obrigações e Responsabilidade Civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p.428

³⁵ WALD, Arnold. Direito Civil: Introdução e Parte Geral 1. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 273

voluntário, como mais adiante será ressaltado. Em conclusão, *ato ilícito* é o conjunto de pressupostos da responsabilidade.³⁶

Tamanha é a importância do ato ilícito para a responsabilidade civil, que o próprio Código Civil de 2002 se encarregou em descrevê-lo. Assim, indiscutivelmente, *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*, nos termos da redação do artigo 186 do referido diploma legal. Ainda, *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*, segundo a redação do artigo 187 do Código Civil.

Importante ressaltar, outrossim, que o ato ilícito pode ser praticado por mais de uma pessoa. Nesse cenário, os autores da ação que ensejou o dano, seja ele patrimonial ou moral, são considerados responsáveis solidários, de acordo com artigo 942 do Código Civil.

A doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, considerando para essa divisão a qualidade da violação. Em ambas, há a violação de um dever jurídico preexiste, todavia na responsabilidade civil contratual o sujeito que terá a obrigação de indenizar é certo e determinado, pois será aquele que, em relação jurídica contratual, descumprir o pactuado no próprio contrato, nos termos dos artigos 389 e 475 do Código Civil que possuem as seguintes redações:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

A responsabilidade civil contratual só existe quando há um negócio jurídico, por isso é também conhecida como ilícito contratual, eis que nasce apenas quando um dever jurídico violado for aquele previsto em contrato. De acordo com os ensinamentos do ilustre jurista Sergio Cavalieri Filho, *“se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial*

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Atlas, 2007. p. 11, 12

*comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos.”*³⁷

O professor e procurador de justiça Ailton Cocurutto ensina que *“o contrato faz lei entre as partes, no sentido de que essas são livres para estabelecer os termos, as regras do contrato, e o descumprimento gera responsabilização por perdas e danos. Quem descumpre o contrato deve pagar pelos danos causados.”*³⁸

Já a responsabilidade civil extracontratual é mais ampla, pois nessa modalidade o dever de indenizar é de qualquer agente que, nas palavras do jurista José Carlos Van Cleef de Almeida Santos:

(...) por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e, portanto, tem o dever de indenizar (arts. 186 e 927, CC). Também comete ato ilícito e deve indenizar o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.³⁹

Todavia, algumas regras da responsabilidade civil contratual também podem ser aplicadas na responsabilidade civil extracontratual, como as previstas nos artigos 393, 402 e 403 do Código Civil, abaixo transcritos, dispositivos esses que trataram sobre excludentes de responsabilidade e perdas e danos.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Atlas, 2007. p. 15

³⁸ COCURUTTO, Ailton. Fundamentos de Direito Processual Civil – Teoria e Prática. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 69

³⁹ GONZAGA, Alvaro de Azevedo e ROQUE, Nathaly Campitelli (Org.). Vade Mecum Jurídico. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. p. 225

A responsabilidade civil extracontratual foi dividida em subjetiva e objetiva. No ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a responsabilidade civil subjetiva, trazida no *caput* do artigo 927 do Código Civil, sendo que a objetiva, prevista no parágrafo único do mesmo artigo, só ocorre nos casos prescritos em lei.

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.

Na responsabilidade civil subjetiva, a vítima necessita provar a culpa do agente para conseguir a reparação do dano. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Já a responsabilidade objetiva é baseada na teoria do risco, a qual independe de culpa. É necessário provar apenas o dano e o nexo causal entre o dano e a conduta do agente para se obter a reparação, pouco importando se houve ou não culpa.

Na vigência do antigo Código Civil, a teoria do risco não era muito aceita, sendo mais usada a culpa presumida, aquela na qual a culpa era preexistente, entretanto, essa culpa podia ser afastada por contraprova e, dessa forma, afastava-se também o dever de indenizar. Nessa modalidade havia a inversão do ônus da prova, cabendo ao ofensor provar que não cometeu o dano alegado para se excluir a obrigação em indenizar a vítima.

Com a promulgação do Novo Código Civil foi extinta a ideia de culpa presumida trazida no Código Civil de 1916, que carregavam nas culpas *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiendo*. O Código de 2002 trouxe, no artigo 933, trouxe a ideia da responsabilidade objetiva de um determinado grupo de pessoas, elencado no artigo 932 do mesmo diploma legal, substituindo, assim, essa antiga teoria. Mas, apesar de suprimida a modalidade de culpa presumida, alguns magistrados ainda a utilizam como base para julgamentos.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva é a regra no ordenamento jurídico brasileiro e está disposta no Código Civil no artigo 186 cumulado com o artigo 927 *caput*. Nessa modalidade, ninguém poderá ser responsabilizado se não tiver agido com culpa.

A professora Maria Helena Diniz descreve a responsabilidade civil subjetiva como sendo aquela que “*se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa.*”⁴⁰ O professor Roberto Senise Lisboa entende responsabilidade civil como sendo “*aquela apurada mediante culpa leve ou lata do agente causador do prejuízo econômico ou moral da vítima. A responsabilidade subjetiva, portanto, pressupõe a prova da culpa ou a sua presunção.*”⁴¹ Para o jurista Caio Mário da Silva Pereira:

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou certas características.

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposos do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto propriamente dita e dolo do agente.⁴²

O professor e procurador de justiça Ailton Cocurutto também defende a ideia de que a responsabilidade civil subjetiva é aquela que decorre da culpa e entende que

Na responsabilidade civil subjetiva o centro de exame é o ato ilícito (art. 186 do CC). No sistema da responsabilidade subjetiva o elemento subjetivo do ato ilícito, que gera o dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta do agente.⁴³

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 7. São Paulo. Saraiva, 2011. p.146

⁴¹ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Vol. 2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p.554

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador Gustavo Tepedino. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. GZ, 2012. p.43

⁴³ COCURRETTO, Ailton. Fundamentos de Direito Processual Civil – Teoria e Prática. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 70

Portanto, na responsabilidade subjetiva, é inquestionável a obrigatoriedade do pressuposto culpa na conduta do agente, sendo certo que a culpa, para o ordenamento jurídico brasileiro é o ato ilícito descrito no artigo 186 do Código Civil. Inegável, também, que essa culpa precisa ser provada, pois sem culpa provada “ninguém deve nada a ninguém”.

Isso porque para a teoria da responsabilidade civil subjetiva o dever em ressarcir o prejuízo causado a outrem não advém de qualquer conduta do homem, mas sim daquela conduta procedida com culpa, do ato ilícito. Para essa teoria, se a conduta do agente que causou o prejuízo não foi realizada com culpa, não há o dever em reparar.

Além do pressuposto culpa na conduta do agente, para que haja o direito à indenização em decorrência de responsabilidade civil subjetiva é preciso, antes, haver também um dano indenizável, bem como a comprovação do nexo de causalidade entre essa conduta culposa do agente e o dano.

Diante desse cenário, conclui-se que os pressupostos para a existência da responsabilidade subjetiva e, conseqüentemente, para que nasça a obrigação de reparar um dano utilizando essa teoria é necessário que haja três elementos fundamentais: (i) nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente, (ii) existência do dano, e (iii) a conduta ilícita e culposa do causador desse dano. Sendo certo que a ausência de qualquer um desses três elementos descaracteriza a responsabilidade civil subjetiva e, conseqüentemente, não gera qualquer obrigação do agente em indenizar.

Importante ressaltar, ainda, que o ônus da prova recai todo sobre a vítima, nos termos do artigo 373, inciso I do Código de Processo Civil, eis que é fato constitutivo de seu direito e a legislação brasileira não dispõe ao contrário, como fazia no caso da culpa presumida, no Código Civil de 1916 nos casos das culpas *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiendo*.

Prova da culpa. Em princípio, a culpa é um fato ou decorrência de um fato. Como tal, deve ser provada, e o ônus de produzir sua prova incumbe a quem a invoca, como em geral ocorre todo outro fato: *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*. Cabe, portanto, à vítima produzir a sua prova.⁴⁴

3.1.1 Culpa

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador Gustavo Tepedino. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. GZ, 2012. p.104

Inicialmente, mister se faz esclarecer que o pressuposto mais importante na teoria da responsabilidade civil subjetiva é a culpa, mas não a culpa por si só, mas sim a culpa na conduta do agente que praticou a ação ou omissão que causou o dano à vítima. Assim, conclui-se que não é qualquer conduta que tem como consequência um dano, para essa teoria, que gera a obrigação em indenizar, mas somente aquela conduta na qual houve culpa.

No mais, a culpa é único elemento distintivo entre a teoria da responsabilidade civil subjetiva e teoria da responsabilidade civil objetiva, eis que imprescindível na primeira teoria e totalmente dispensável na segunda.

Roberto Senise Lisboa definiu culpa como “*violação de uma norma anterior. (...) Trata-se, pois, da infração de uma obrigação ou de um dever preexistente.*”⁴⁵ Maria Helena Diniz entende, ainda, que

O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa. Não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade. O Código Civil, em seu art. 186, ao se referir ao ato ilícito, prescreve que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos. Estabelece esse diploma legal o ilícito como fonte da obrigação de indenizar danos causados à vítima. Logo, a lei impõe a quem o praticar o dever de reparar o prejuízo resultante.⁴⁶

Pois bem, a conduta do agente, para ser considerada culpável, precisa ser passível de censura. Sérgio Cavalieri Filho conceitua culpa como sendo uma “*conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.*”⁴⁷ O jurista traz ainda outro conceito interessante acerca do assunto que é a imputabilidade. Para ele, a conduta culpável, ou seja, aquela passível de censura, “*depende da capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agente, o que nos leva à imputabilidade*”.⁴⁸

⁴⁵ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, Vol.2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 533

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 7. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 57

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros, 1998. p. 39

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros, 1998. p.33

Isto é, também é preciso analisar um conjunto de condições pessoais para verificar se o agente tem capacidade para responder pelas consequências da conduta que praticou, se ele tem consciência da sua ação ou omissão. Por isso, só age com culpa o agente capaz, nos termos legais, eis que os incapazes são tidos como irresponsáveis.

Isso porque para imputar responsabilidade a alguém é imprescindível que esse tenha maturidade e sanidade mental, assim, não se pode imputar responsabilidade às pessoas descritas como incapazes pelo Código Civil.

Os doutrinadores classificam a culpa em sentido amplo, sentido estrito, grave, leve e levíssima e o legislador brasileiro determinou, no artigo 944 do Código Civil de 2002, que a indenização será medida pela extensão do dano. Assim temos, segundo Maria Helena Diniz:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não se ter apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.

A culpa grave é aquela na qual o agente age com descuido injustificável e grosseiro, totalmente impróprio ao homem médio. Na visão de Sérgio Cavalieri Filho, é a chamada culpa consciente cuja linha é muito tênue entre ela e o dolo eventual. Já para Roberto Senise Lisboa, a culpa grave, chamada por ele de culpa *lata*, é equiparada ao dolo e esse tipo de culpa, nas palavras do professor, “*reconhece-se, porém, a existência do chamado dolo eventual ou indireto, quando o agente pratica a conduta causadora do dano sem a intenção genérica de provocar o prejuízo, mas assumindo o risco de fazê-lo.*”⁴⁹ Caio Mário da Silva Pereira defende que a culpa grave é aquela na qual o agente, sem querer, causou o dano, mas praticou de maneira tão grave que seu comportamento foi de como se tivesse a intenção causar o dano.

⁴⁹ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, Vol. 2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 535

Já a culpa leve é “a falta de diligência média, que um homem normal observa em sua conduta.”⁵⁰ E a falta levíssima “caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.”⁵¹

Existe, ainda, a culpa concorrente que é aquela na qual tanto o agente quanto a vítima possuem condutas culposas, podendo ser ou não na mesma proporção.

Por fim, podemos citar a culpa presumida, não mais utilizada no sistema legislativo brasileiro atual, mas ainda estudada por alguns doutrinadores e utilizada como base para julgamento por muitos magistrados.

A culpa presumida é aquela na qual há uma presunção que a conduta do autor do dano foi culposa cabendo a este o ônus da prova e não à vítima como é a regra. As espécies de culpa presumida são: *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiendo*.

A culpa *in eligendo* é aquela na qual há a má escolha do preposto. A *in vigilando* “é a violação do dever de vigiar ou velar, por falta de atenção ou descuido de agente.”⁵² Por fim, a culpa *in custodiendo* é uma espécie da anterior e “é a violação de guarda ou custódia de determinada coisa, pela falta de atenção ou descuido do agente.”⁵³

3.1.2 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade ou nexo causal é a relação entre o dano e o ato ilícito, isto é, a relação entre a conduta do agente e a consequência dessa. Sérgio Cavalieri Filho entende que

O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A Relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da coluntária conduta do agente.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador Gustavo Tepedino. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. GZ, 2012. p.99

⁵¹ FILHO CAVALIERI. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros, 1998. p.42

⁵² LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil – Vol. 2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p.567

⁵³ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil – Vol. 2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p.567

Em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.⁵⁴

Nas palavras de Carlos Henrique da Silva Zangrando, “*o nexo de causalidade representa a interligação lógica e fática entre dois elementos anteriores, de modo que se possa afirmar que o dano só ocorreu devido à conduta ilícita praticada pelo ofensor.*”⁵⁵

O nexo causal é imprescindível para a existência da responsabilidade civil, pois sem ele não há a obrigação de indenizar. Pode haver dano e pode haver a conduta do agente, mas se esses não estiverem interligados, não nasce a responsabilidade civil.

3.1.3 Dano

Dano é o prejuízo sofrido pela vítima e sem a existência desse, não haveria que se falar em ressarcimento. Sérgio Cavalieri Filho conceitua dano “*como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de imagem, a liberdade etc.*”⁵⁶ O dano pode ser patrimonial ou moral e a reparação desses está na Constituição Federal como garantia fundamental, isto é, é cláusula pétrea, prevista no artigo 5º, incisos V e X, cujas redações dispõem:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O dano patrimonial é aquele que reduz os bens materiais que integram o patrimônio da vítima e, de acordo com Arnold Wald, podem ser mensurados imediatamente. Um exemplo clássico de dano patrimonial é quando ocorre um acidente de carro; o motorista que causou o acidente de trânsito e bateu no carro da vítima causou a essa um prejuízo de cunho material, reduzindo o patrimônio dela, eis que danificou o veículo.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros, 2006. p. 71

⁵⁵ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. LTr, 2008. p. 1053

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros, 2006. p. 96

Arnold Wald esclarece que “o dano patrimonial pode subdividir-se em danos emergentes e lucros cessantes”⁵⁷, isto é, dano emergente é aquele que a vítima efetivamente perdeu, como no caso do veículo danificado no exemplo acima, e lucros cessantes é o patrimônio que a vítima poderia vir a receber no futuro, mas em razão do ato ilícito praticado pelo agente essa possibilidade não existe mais. Sérgio Cavalieri Filho explica que “consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.”⁵⁸

Já o dano moral ocorre quando há violação da imagem, intimidade, vida privada ou quando violado o princípio da dignidade da pessoa humana em desfavor da vítima, é aquele dano que afeta o íntimo, o psíquico da pessoa e não há como ser mensurado e visto a “olho nu”.

Arnold Wald descreve dano moral como sendo “todo aquele extrapatrimonial, ou seja, aquele derivado de um abalo na consciência psicológica de quem sofre e não pode ser quantificado imediatamente.” Carlos Henrique da Silva Zangrando conceitua dano moral da seguinte maneira: “é a lesão sofrida pela pessoa natural ou formal, em seu patrimônio ideal, o conjunto de tudo aquilo que é insuscetível de valoração econômica, ou de substituição.”⁵⁹ Sérgio Cavalieri Filho entende que há dois conceitos para dano moral, um em sentido estrito e outro em sentido amplo, quais sejam:

Em sentido estrito é a violação do direito à dignidade. (...) Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade. (...) em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.⁶⁰

O dano moral, embora não acarrete na diminuição patrimonial da vítima, pode ser indenizado de maneira pecuniária, todavia, deve-se respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. No mais, é perfeitamente possível a cumulação de dano patrimonial e dano moral, eis que, como visto acima, danos de naturezas completamente diferentes.

⁵⁷ WALD, Arnold. Direito Civil: Introdução e Parte Geral I. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 280

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros, 2006. p. 97

⁵⁹ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008. p. 1041

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros, 2006. p. 101 - 102

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A responsabilidade civil objetiva está prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e é aquela que independe de culpa, sendo certo que está baseada na teoria do risco. Os pressupostos para sua existência são o dano, o nexo de causalidade e a previsão legal, isto é, somente haverá responsabilidade civil objetiva nos casos em que a lei determinar. O jurista José Carlos Van Cleef de Almeida Santos descreve a responsabilidade civil objetiva como:

É aquela que se caracteriza apenas pela conjunção da conduta, dano e nexo causal, sem a perquirição acerca do elemento subjetivo (culpa ou dolo) do agente.

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 (teoria do risco).⁶¹

Roberto Senise Lisboa entende que a responsabilidade civil objetiva é aquela que “*independe da existência de culpa do agente causador do evento danoso.*”⁶² Caio Mário da Silva Pereira ensina que

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a anitijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se ele emanou prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.⁶³

Vale ressaltar que a responsabilidade objetiva independe de culpa, mas depende de lei. Sendo assim, Ailton Cocurutto descreve essa modalidade de responsabilidade como:

É a responsabilidade sem culpa, ou seja, a pessoa a quem se imputa a responsabilidade pelos danos não é necessariamente aquele que praticou ou provocou os atos que resultaram nos danos. Não se exige prova de culpa do agente para que se tenha a obrigação de reparar o dano. A responsabilidade civil objetiva, ou *responsabilidade sem culpa*, semente pode ser aplicada quando exista lei expressa que autorize no caso concreto. Portanto, na

⁶¹ GONZAGA, Alvaro de Azevedo e ROQUE, Nathaly Campitelli (Org.). Vade Mecum Jurídico. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. p. 226

⁶² LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil – Vol. 2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 612

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador Gustavo Tepedino. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. GZ, 2012. p. 356

ausência de lei expressa a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois é ainda a regra geral no Direito Brasileiro. Na responsabilidade civil objetiva, para que se tenha o dever de indenizar, bastam o nexo causal e o dano, sendo dispensada a prova da culpa.⁶⁴

A professora e doutora Maria Helena Diniz, ao comentar o Novo Código Civil, afirma que *“essa responsabilidade civil objetiva funda-se na teoria do risco criado pelo exercício de atividade lícita, mas perigosa, como produção de energia nuclear ou produtos químicos; manuseio de máquinas ou utilização de veículos.”*⁶⁵

Portanto, diante das descrições acima, percebe-se que a responsabilidade objetiva foi criada para proteger àqueles que sofrem danos decorrentes de atividades perigosas. Assim, os casos em que há responsabilidade objetiva do agente estão previstos em lei e para que surja o dever de indenizar é necessário apenas haver o dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e esse dano, independentemente de culpa.

3.2.1 Responsabilidade por Fato de Terceiro

O Código Civil tem como regra a responsabilidade direta, também conhecida como responsabilidade por fato próprio, isto é, cada um responderá pelos seus próprios atos. Contudo, o artigo 933 desse diploma trouxe uma exceção, sendo certo que as pessoas indicadas no artigo 932 do Código Civil responderão, independentemente de culpa, por fato de terceiros. Essa modalidade de responsabilidade é conhecida como indireta ou responsabilidade por fato de terceiro ou outrem.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

⁶⁴ COCURUTTO, Ailton. Fundamentos de Direito Processual Civil – Teoria e Prática. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 70

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo. Saraiva, 2004. p. 636

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Sobre o assunto, Sérgio Cavalieri Filho alerta:

Isso, entretanto, não ocorre arbitrária e indiscriminadamente. Para que a responsabilidade desdobre do autor material do dano, alcançando alguém que não concorreu diretamente para ele, é preciso que esse alguém esteja ligado por algum vínculo jurídico ao autor do ato ilícito, de sorte a resultar-lhe, daí, um dever de guarda, vigilância ou custódia.⁶⁶

Portanto, verifica-se que a responsabilidade civil também decorre dever de vigilância, custódia e guarda, sendo certo que esses também são condutas do agente que geram nexo de causalidade com o dano, eis que se quem tinha o dever de vigiar, custodiar ou guardar o tivesse feito, o dano não teria ocorrido. Sendo assim, nasce a responsabilidade objetiva dos indicados no artigo acima transcrito.

3.3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil prevê algumas situações nas quais o ato danoso não é ilícito e nasce a responsabilidade civil, com a consequente obrigação de indenizar a vítima. Em outras palavras, embora a conduta do agente cause dano a outrem, essa conduta é considerada legalmente lícita, portanto não há a obrigação de indenizar, pois nenhum dever jurídico foi infringido.

Desse modo, a lei entende como lícitos os atos praticados em legítima defesa, no exercício regular do direito e em estado de necessidade, nos termos do artigo 188 do Código Civil de 2002, abaixo transcrito.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros, 2006. p. 200

No mais, também se entende como excludentes de responsabilidade civil a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito, força maior e a cláusula de não indenizar. Segundo os ensinamentos de José Carlos Van Cleef de Almeida Santos:

Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro: quando o elemento subjetivo necessário à propagação do dano não seja imputado ao agente, mas, sim, de forme exclusiva à própria vítima do dano ou a terceiro, não há o dever de indenizar;

Caso fortuito ou força maior: por serem eventos imprevisíveis e inevitáveis não ensejam o dever de indenizar;

Cláusula de não-indenizar: quando em relação contratual o sujeito gozar de cláusula específica que lhe garanta a exoneração do dever de indenizar, não poderá ser compelido à reparação de eventual dano.⁶⁷

3.4 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A responsabilidade solidária é aquela na qual mais de um agente é responsável pelo cumprimento da obrigação, sendo certo que todos eles são igualmente responsáveis, ou seja, na mesma proporção. Essa modalidade de responsabilidade está disposta no artigo 264 do Código Civil, cuja redação é a seguinte:

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

Ainda, é defeso presumir a solidariedade, pois essa *resulta da lei ou vontade das partes*, nos termos do artigo 265 do Código Civil. Isso porque nessa modalidade, o cumprimento da obrigação por qualquer um dos responsáveis acarreta na extinção dessa.

Quando há responsabilidade solidária, a vítima, se acionar o Poder Judiciário, pode optar em propor a ação em face de um ou de todos os responsáveis. Assim ensina Carlos Roberto Gonçalves: “*Em consequência, a vítima pode mover a ação contra qualquer um ou contra todos os devedores solidários.*”⁶⁸

⁶⁷ GONZAGA, Alvaro de Azevedo e ROQUE, Nathaly Campitelli (Org.). Vade Mecum Jurídico. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. p. 229

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo. Saraviva, 2003. p. 131

3.5 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A responsabilidade subsidiária é conhecida como uma responsabilidade solidária imprópria, eis que o responsável subsidiário só deverá cumprir a obrigação se o devedor principal não a fizer. Carlos Henrique da Silva Zangrando descreve a responsabilidade subsidiária como sendo

Trata-se, na verdade, de uma solidariedade imprópria, melhor dizendo “responsabilidade acessória subsidiária”, ou seja, responsabilidade de terceiro frente ao inadimplemento de uma obrigação pelo devedor principal, tal qual a responsabilidade do fiador perante o credor do afiançado (CC, art. 818).⁶⁹

Portanto, na responsabilidade subsidiária se esgotarão todos os meios de execução em face do devedor principal antes de partir para o responsável subsidiário.

⁶⁹ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008. p. 1016 - 1017

4. ALCANCE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TOMADOR DE SERVIÇOS

Embora o fenômeno terceirização esteja cada vez mais enraizado na cultura trabalhista brasileira, somente em março de 2017 que a matéria foi regulamentada no ordenamento jurídico, o qual era, até então, carente acerca do assunto.

Todavia, como visto até o momento, na tentativa proteger o trabalhador terceirizado e suprir a carência legal, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 331 que dispõe sobre o cabimento da terceirização e a extensão da responsabilidade civil do tomador de serviços. Importante destacar que de acordo com o entendimento sumulado, o tomador de serviços, quando fizer parte da relação processual, deverá responder de forma subsidiária pelas verbas decorrentes da condenação decorrentes do período da prestação de serviços, nos seguintes termos:

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

Assim, para elidir a lacuna legal, a Justiça do Trabalho entendeu pela que a responsabilidade civil do tomador de serviços é subsidiária, isto é, nas palavras de Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Na responsabilidade subsidiária, as verbas trabalhistas podem ser reclamadas tanto da empresa prestadora de serviços quanto do tomador de serviços. Porém, apenas se a primeira deixar de pagar as verbas decorrentes do contrato é que a segunda arcará com as despesas. Daí a subsidiariedade.⁷⁰

Ocorre que os Tribunais Trabalhistas, ignorando o texto da Lei nº 6.019/74, aplicavam o entendimento constante da Súmula nº 331 inclusive em relação ao trabalhador temporário, não observando o disposto no antigo artigo 16 da mencionada Lei, o qual dispunha que o tomador de serviços respondia de forma solidária e somente em casos de falência. Nesse sentido, o ministro do Tribunal Superior do Trabalho Maurício Godinho Delgado esclarece:

Não há dúvida de que a interpretação contida na Súmula 331, IV, abrange todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem sociojurídica brasileira. Nesse quadro, parece claro que a compreensão sumulada abrange também o *trabalho temporário*. Superam-se, nesse sentido, as limitações tradicionalmente criticadas quanto ao texto do art. 16 da Lei n. 6.019/1974.⁷¹

⁷⁰GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (coord.). Manual Jurídico da Construção Civil. Curitiba. Íthala, 2012. p. 270

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2012. p 467

Referida Súmula vinha sendo aplicada “a rodo” em todas as instâncias trabalhistas, inclusive com força de lei, sendo, até março de 2017, a única fonte normativa. Nesse sentido, o advogado Leonardo Amarante esclarece:

No cenário atual, a terceirização vinha sendo regulamentada, na Justiça do Trabalho, pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que reconhecia a responsabilidade subsidiária da tomadora no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, a teor do inciso IV do citado verbete.⁷²

O grande problema desse entendimento era a extensão da responsabilidade civil do tomador de serviços na relação jurídica existente na terceirização. Isso porque era aleatória e causava grande insegurança jurídica às empresas que contratam os serviços conhecidos como terceirizados.

Em maio de 2011, a Súmula nº 331 foi alterada a fim de modificar a redação do item IV e incluir os itens V e VI.

O item IV traz como condicionante para a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços a participação da relação processual, bem como que esse conste no título executivo judicial, ou seja, que o tomador de serviços tenha sido condenado no processo. Dessa maneira, os ministros do Tribunal Superior do Trabalho atribuíram ao tomador de serviços a chamada responsabilidade objetiva, isto é, aquela que independe de culpa. Destaca-se abaixo decisão publicada em maio de 2016, pelo Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, a qual não foi reformada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que corrobora o entendimento da jurisprudência trabalhista:

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua 3ª Turma, em Sessão Ordinária realizada em 04 de maio de 2016, à unanimidade, em conhecer dos embargos de declaração, já que tempestivos; no mérito, também de modo unânime, em dar-lhes provimento para esclarecer que, não sendo o tomador de serviços integrante da administração pública, a responsabilidade do tomador de serviços é objetiva, independendo de culpa, muito menos de prova de tal culpa. A sentença recorrida faz referência também à teoria do risco, que dispensa culpa, embora tenha lhe parecido caracterizada, no caso concreto, culpa na eleição e na vigilância sobre a empregadora. Se a reclamante prestava serviços na tomadora e o contrato entre essa e sua empregadora foi rompido,

⁷² <http://www.conjur.com.br/2017-abr-05/terceirizacao-reflexos-juridicos-acidente-trabalho>

parece óbvio que tal rompimento provocou a do contrato de trabalho, desnecessárias alegações a propósito.⁷³

Todavia, a teoria da responsabilidade objetiva, disposta no parágrafo único do artigo 927 do Novo Código Civil, é exceção no ordenamento jurídico brasileiro e só pode ser aplicada nas hipóteses previstas em lei. É incontroverso que súmula não é lei, portanto resta claro que os tomadores de serviços não poderiam responder de maneira objetiva, mas somente se comprovada a culpa. Segundo Carlos Henrique da Silva Zangrando:

Não existe qualquer lei determinando a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nos contratos de prestação de serviços. Daí que qualquer alegação de “responsabilidade objetiva” no caso não passa de demonstração clara de falta de boa leitura do novo código; desconhecimento das respectivas teorias jurídicas ou pior, puro e simples exercício de arbítrio.⁷⁴

Assim, sendo certo que diante da ausência de dispositivo legal prevendo a responsabilização do tomador de serviços independente do elemento culpa, a regra geral que deveria ser aplicada, isto é, no caso dos tomadores de serviços a responsabilidade civil deveria ser subjetiva, nos termos do artigo 927, *caput*. Esse também é o entendimento do professor e procurador Ailton Cocurutto:

A responsabilidade civil objetiva, ou *responsabilidade sem culpa*, somente pode ser aplicada quando exista lei expressa que autorize no caso concreto. Portanto, na ausência de lei expressa a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois ainda é a regra geral do Direito Brasileiro.⁷⁵

No entanto, os Tribunais Trabalhistas entenderam que a responsabilidade subjetiva somente se aplica aos tomadores de serviços integrantes da Administração Pública direta e indireta e é nesse sentido que dispõe o item V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, no que tange exclusivamente a esses tomadores de serviços.

Esse item traz em sua redação o elemento culpa e de acordo com o entendimento sumulado do Tribunal, os tomadores de serviços que não sejam do setor privado respondem subsidiariamente quando fizerem parte da relação processual, constem no título executivo judicial e, concomitantemente, ficar provada sua conduta culposa.

⁷³ TRT-3ª Região, 3ª Turma, RO nº 0010636-50.2016.5.03.0144, Relator: LUÍS FELIPE LOPES BOSON, Data da Publicação: 12.05.2016

⁷⁴ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008. p. 1025

⁷⁵ COCURUTTO, Ailton. Fundamentos de Direito Processual Civil - Teoria e Prática. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 70

Desse modo, a Súmula nº 331 traz a responsabilidade objetiva dos tomadores de serviços do setor privado e a responsabilidade subjetiva dos tomadores de serviço integrantes da Administração Pública direta e indireta.

No entanto, é importante esclarecer que a imputação dessa modalidade aos tomadores de serviços da Administração Pública direta e indireta somente foi possível, pois a Lei das Licitações, nº 8.666 de 21 de junho de 1993, no artigo 71, § 1º estabelece que:

§ 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.

Até 2010, discutia-se a constitucionalidade do texto do referido artigo até que em novembro desse ano o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Constitucionalidade 16 e declarou o artigo constitucional. Assim, a Súmula nº 331 precisou se adaptar à decisão da Suprema Corte brasileira. Segundo o ministro do Tribunal Superior do Trabalho Maurício Godinho Delgado, optou-se em aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva às entidades estatais, eis que:

Enfatiza-se: mesmo que se entenda não caber a incidência, no presente caso, da regra da *responsabilidade objetiva* do Estado (ou seja, a não pertinência à terceirização estatal do disposto no inciso VI art. 37 da Constituição), não se pode negar a validade da incidência da responsabilidade *subjetiva* da entidade estatal terceirizante (responsabilidade própria a qualquer pessoa jurídica e que não foi excluída do Estado pela Carta Magna – ao contrário, a Constituição, como visto, aprofundou a responsabilidade dos entes estatais).⁷⁶

Pois bem, o item V traz a ideia de culpa, mas essa culpa é presumida. Ao incluir o mencionado texto, os ministros se referiam às culpas *in eligendo* e *in vigilando*. A culpa *in eligendo* é aquela na qual há a má escolha do preposto. A *in vigilando* “é a violação do dever de vigiar ou velar, por falta de atenção ou descuido de agente.”⁷⁷

No entanto, segundo os ensinamentos do professor Carlos Henrique da Silva Zangrando, só pode se falar em culpa *in eligendo* quando há prova inequívoca da má escolha da prestadora de serviços pelo tomador de serviços ou negligência nessa escolha, pois, de acordo com o professor,

⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2012. p 468

⁷⁷ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil – Vol. 2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p.567

(...) do contrário, também teríamos que admitir que o empregado também incorreria na mesma culpa, ao ‘escolher’ o seu empregador.

Além disso, a culpa *in eligendo* surge apenas quando o ato ilícito é causado por serviçal, empregados ou prepostos, na execução dos atos que lhe são cometidos pelo empregador ou tomador de serviços!

Esse ato ilícito é *peçoal*, praticado pelo prestador de serviços, na execução do seu contrato. (...) Desde que não tenha havido lesão de direito de terceiro decorrente da execução das atividades contratadas, não há como se aplicar a culpa *in elegendo*.⁷⁸

Já a culpa *in vigilando* é aquela que provém da ausência de fiscalização e direção. Ocorre que o tomador de serviços, por não ser o empregador do trabalhador terceirizado, não pode imputar a ele responsabilidades que são personalíssimas do empregador, por exemplo: horários, escalas ou determinar serviços, porque isso acarretaria, certamente, em subordinação e, conseqüentemente, geraria vínculo de emprego entre eles.

Dessa maneira, é incontroverso que a fiscalização e direção são atos exclusivos do empregador. De acordo com o professor Carlos Henrique da Silva Zangrando, “*não há que se imputar culpa a quem não fez o que não era de sua obrigação. Eventual descumprimento de obrigações do prestador de serviços para com seus empregados não foram e nem atraem ‘culpa’ ao tomador de serviços.*”⁷⁹

Todavia, com a promulgação da Lei nº 13.429/2017, que institui a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, independentemente desse ser do setor privado ou da Administração Pública direta ou indireta, não há mais discussões acerca da aplicabilidade da responsabilidade objetiva ao tomador de serviços, pois agora a responsabilidade do tomador de serviços está em consonância com o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Nos termos do mencionado dispositivo, a responsabilidade objetiva somente pode ser atribuída quando estiver expressa em Lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem, conforme verifica-se na redação abaixo:

⁷⁸ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008. p. 1025

⁷⁹ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008. p. 1026

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.

A Lei nº 13.429/2017 acresceu à Lei nº 6.019/74 o artigo 5º-A, §5º, que determina que o tomador de serviços (empresa contratante) responde de forma subsidiária pelas obrigações trabalhistas. Nota-se na redação abaixo transcrita que não há qualquer ressalva quanto à necessidade de comprovação de culpa do tomador de serviços, de modo que a responsabilidade é objetiva.

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no [art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#).

Apenas para demonstrar que a intenção do legislador era a aplicação da responsabilidade objetiva e não a regra geral prevista no caput do artigo 927 do Código Civil, destaca-se abaixo o artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, o qual prevê a obrigatoriedade do empregador em indenizar o empregado em casos de acidentes/doenças decorrentes do trabalho.

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

O legislador constituinte fez constar expressamente que a obrigação do empregador em indenizar decorre de culpa ou dolo. Já no caso do tomador de serviços, a responsabilidade não decorre de nenhuma condicionante. A responsabilidade subsidiária advém do simples fato dela ser a empresa contratante, conforme consta no texto legal.

Havendo, portanto, disposição expressa que determine a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas do empregado terceirizado, não há que se discutir qualquer relação jurídica havida entre as partes, de modo que tendo havido a prestação de serviços, nos termos legais, o tomador responde de forma objetiva.

Além de ter determinado a responsabilidade objetiva do tomador de serviços, nos termos da nova redação da Lei nº 6.019/74, essa responsabilidade também foi limitada, isto é, o tomador de

serviços não responde mais por todas as verbas decorrentes da condenação do período da prestação de serviços conforme entendia a jurisprudência consolidada trabalhista, mas tão somente pelas verbas trabalhistas e pelo recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes do período da prestação de serviços, também de acordo com o artigo 5º-A, §5º.

A lei restringiu, assim, a responsabilidade civil do tomador de serviços às verbas trabalhistas, ou seja, não há mais que se falar no pagamento de todas as verbas decorrentes da condenação, conforme prevê o item VI da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Até a regulamentação da terceirização, o tomador de serviços era condenado de forma subsidiária ao pagamento de todas as verbas decorrentes da condenação da reclamação trabalhista, limitando apenas o tempo da prestação de serviços, conforme verifica-se nos julgados abaixo:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. SÚMULA 331, IV, DO TST. Constatando ser lícita e regular a contratação de prestação de serviços terceirizados, e ocorrendo o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, o tomador dos serviços (recorrente), que se aproveita da força de trabalho do empregado terceirizado, é responsável subsidiariamente por todas as verbas decorrentes da condenação, uma vez que a prestadora de serviços não cumpriu com as obrigações contratuais. Recurso de revista não conhecido. (...) ABRANGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT E CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. Nos termos da Súmula 331, VI do TST, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. Recurso de revista não conhecido.⁸⁰

A partir da regulamentação da matéria, não há mais que se falar na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pela integralidade da condenação decorrente do período da prestação de serviços, mas tão somente das verbas trabalhistas e recolhimentos previdenciários.

Entretanto, caberá a discussão quanto o que os tribunais entenderão por “verbas trabalhistas”, eis que essa expressão se refere a todas àquelas verbas decorrentes da relação de trabalho, excluindo àquelas condenações de cunho personalíssimo e algumas de natureza indenizatória, de modo que o legislador adotou entendimento diverso daquele que vinha sendo aplicado pelos Tribunais Trabalhistas.

⁸⁰ TST, 6ª Turma, RR nº 4273004620065150153, Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data da Publicação: 18.09.2015

Explica-se: de acordo com o entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho, o tomador de serviços responde por todas as verbas decorrentes da condenação da reclamação trabalhista da qual fizer parte, inclusive, por exemplo, por eventual indenização a título de danos morais em decorrência de assédio moral sofrido pelo empregado terceirizado, mesmo quando alegado assédio não tenha ocorrido no momento da prestação de serviços ao tomador. Desse modo, basta com que o assédio moral tenha ocorrido durante o período da vigência da prestação de serviços que há responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo pagamento da condenação da indenização.

Ocorre que a indenização por danos morais não é uma verba considerada trabalhista e com a regulamentação da terceirização pela Lei nº 13.429/2017, em tese, não poderá ser objeto de condenação do tomador de serviços.

Entretanto, existem verbas cuja natureza é indenizatória e também correspondem a verbas trabalhistas, como a participação nos lucros e resultados, o descanso semanal remunerado e o abono de férias.

Nesse sentido, cabe esclarecer que as verbas trabalhistas são divididas entre as de natureza salarial e as de natureza indenizatória. As verbas cuja natureza é salarial, também conhecidas como verbas de natureza remuneratória, são aquelas advindas da contraprestação do trabalhador, ou seja, quando há esforço direto para que surja o direito ao recebimento dos valores pagos.

Desse modo, pode-se dizer que são verbas de natureza salarial o salário, 13º salário, férias, horas extras, aviso prévio quando trabalhado, comissão, adicional noturno, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade, descanso semanal remunerado, gorjetas, entre outros.

Os artigos 457 e 458 da Consolidação das Leis do Trabalho determinam quais são as verbas cuja natureza é salarial.

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume,

fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

Sobre as verbas salariais incidem tributos (imposto de renda e contribuição previdenciária). Além do mais, a somatória dessas verbas forma o que chamamos de remuneração e sobre essa quantia é recolhido o fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) do empregado.

Já as verbas cuja natureza é considerada indenizatória são aquelas em que não há emprego do esforço do trabalhador, isto é, na qual não houve contraprestação de serviços direto, no entanto o trabalhador faz jus ao recebimento em razão do trabalho prestado.

Por exemplo, o aviso prévio indenizado, participação nos lucros e resultados da empresa, FGTS, vale-alimentação, vale-transporte, abono de férias, assistência médica e odontológica, previdência privada, indenizações por eventuais danos sofridos pelo trabalhador, entre outros.

O §2º do artigo 458 da Consolidação das Leis do Trabalho traz um rol exemplificativo de quais verbas têm natureza indenizatória:

§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público;

IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;

V – seguros de vida e de acidentes pessoais;

VI – previdência privada;

VII – (VETADO)

VIII - o valor correspondente ao vale-cultura.

Ao contrário das verbas salariais, as verbas de natureza indenizatória não integram a remuneração do trabalhador, de modo que sobre elas não incide tributos e não integram à base de cálculo para recolhimento do FGTS.

Portanto, a partir da vigência da nova redação da Lei nº 6.019/74, pode-se dizer que embora o tomador de serviços responda pelo inadimplemento do prestador de serviços, independentemente de culpa ou dolo, o legislador observou o princípio da segurança jurídica a fim de resguardar o

tomador de serviços de eventuais condenações decorrentes de atos personalíssimos do prestador de serviços e não decorrentes de obrigações previstas no contrato de trabalho.

Destarte, o Tribunal Superior do Trabalho já se posicionou no sentido de que aos contratos de trabalho iniciados e encerrados antes da vigência da nova redação da Lei nº 6.019/74, cujos artigos foram acrescidos pela Lei nº 13.429/2017, será aplicado o entendimento adotado pela Súmula nº 331 daquele Tribunal, conforme decisão publicada em 10.08.2017:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS. ESCLARECIMENTOS. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELEMARKETING. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA. ATIVIDADE-FIM. SÚMULA Nº 331, I, DO TST. CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DA ANTIGA REDAÇÃO DA LEI Nº 6.019/74. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 13.429/2017 (LEI DA TERCEIRIZAÇÃO). EFEITOS 1. A entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017 (Lei da Terceirização), geradora de profundo impacto perante a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, no que alterou substancialmente a Lei nº 6.019/74, não se aplica às relações de emprego regidas e extintas sob a égide da lei velha, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho muito mais vantajosas. 2. Quanto aos contratos de trabalho celebrados e findos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, prevalece o entendimento jurisprudencial firmado à luz da Súmula nº 331, I, do TST, amparado na anterior redação da Lei nº 6.019/74. 3. Embargos de declaração a que se dá provimento para prestar esclarecimentos.⁸¹

Assim, é certo que embora a terceirização tenha sido regulamentada, os dispositivos legais somente terão validade aos contratos de trabalho atualmente vigentes ou cujo início

4.1 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS

Embora a Lei nº 13.429/2017 tenha regulamentado a responsabilidade civil do tomador de serviços e estabelecido a responsabilidade subsidiária quanto às verbas trabalhistas e recolhimentos previdenciários decorrentes do período da prestação de serviços, o legislador não abordou a responsabilidade civil do tomador de serviços quanto aos casos de acidentes de trabalho.

Nessas hipóteses não se trata propriamente do descumprimento do contrato de trabalho pelo empregador, mas sim de ato ilícito cometido em face do empregado. Assim, os Tribunais Trabalhistas entendiam pela aplicação do Código Civil e não pelo teor da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do

⁸¹ TST, SBDI-1, ED-E-ED-RR 1144-53.2013.5.06.0004, Relator: Ministro: João Oreste Dalazen, Data da Publicação: 10.08.2017

Trabalho. O advogado especialista em responsabilidade civil Leonardo Amarante, no artigo publicado no site Consultor Jurídico, em 05 de abril de 2017, dissertou no seguinte sentido:

Diferentemente, em caso de acidente de trabalho, eventual pedido de reparação por ato ilícito terá cunho eminentemente civilista (artigo 950 do Código Civil), não se tratando a hipótese do descumprimento direto do contrato de trabalho pelo empregador ou pelo tomador dos serviços, ou mesmo de responsabilidade subjetiva frente à terceirização.⁸²

Até a edição da Lei nº 13.429/2017, os Tribunais Trabalhistas, de modo geral, aplicavam a responsabilidade solidária, independente de culpa ou dolo, do tomador de serviços quando da existência de acidente de trabalho e esse entendimento restou corroborado em discussão realizada na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho por meio do Enunciado nº 44, cujo teor é o seguinte:

44. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos artigos [932](#), [III](#), [933](#) e [942](#), [parágrafo único](#), do [Código Civil](#) e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).

O Enunciado se baseou na legislação comum, considerando que aquele que comete ato ilícito e, por consequência, causar dano a outrem, fica obrigado a indenizá-lo. Tendo em vista, ainda, que o empregador responde pelos atos cometidos por seus prepostos, empregados e serviçais, bem como há responsabilidade solidária de todos os autores do ato ilícito, entendeu-se que o tomador de serviços, mesmo não sendo empregador, tem a obrigação em manter seguro o ambiente de trabalho para os prestadores de serviços.

No entanto, restava ignoradas as regras inerentes à responsabilidade subjetiva dispostas no *caput* do artigo 927 do Código Civil, qual seja, a necessidade de prova de culpa ou dolo do tomador de serviços, bem como a existência de nexo de causalidade entre o acidente de trabalho e o dano sofrido.

Ademais, embora nos casos de acidente de trabalho os tribunais trabalhistas observem a legislação civil, não se pode ignorar o fato de a Constituição Federal dispor expressamente, no artigo

⁸² <http://www.conjur.com.br/2017-abr-05/terceirizacao-reflexos-juridicos-acidente-trabalho>

7º, inciso XXVIII, que em casos de acidente de trabalho o empregador somente será obrigado a indenizar o empregado quando incorrer em culpa ou dolo. Isto é, o legislador constituinte determinou a responsabilidade subjetiva do empregador nessas hipóteses, razão pela qual há discussões acerca da constitucionalidade do Enunciado nº 44.

Todavia, a jurisprudência trabalhista não adota a integralidade do mencionado Enunciado, eis que entende que o tomador de serviços somente responde de forma solidária, na hipótese de acidente de trabalho sofrido por trabalhador terceirizado, quando há ato ilícito por parte do tomador de serviços e presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam: (i) dano, (ii) culpa ou dolo e (iii) nexo de causalidade.

Nesse sentido, destaca-se abaixo diversos julgados que corroboram a jurisprudência trabalhista:

II - RECURSO DE REVISTA.

1 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TOMADORA DE SERVIÇOS. ACIDENTE DE TRABALHO (ART. 942 DO CÓDIGO CIVIL). A responsabilidade solidária da tomadora de serviços, oriunda de acidente de trabalho, não decorre da formação de grupo econômico, mas de coparticipação do evento danoso. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.⁸³

ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. Todo aquele que concorrer para o dano tem responsabilidade solidária, podendo ser exigida a totalidade da dívida de somente um dos devedores solidários. O art. 942 do Código Civil determina que, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. A atribuição de responsabilidade àquele que contrata prestador de serviços através de empresa intermediadora deve atentar aos princípios do Direito Civil. O art. 942 do Código Civil prevê a responsabilidade solidária daqueles que participam do ato ilícito, conceito este que abrange o descumprimento das normas de Direito do Trabalho. As Reclamadas são corresponsáveis pelas lesões sofridas pelo Autor no curso da contratação, e como tal, por expressa previsão legal, são solidariamente responsáveis pela reparação (art. 942 do Código Civil). Recurso da segunda Reclamada improvido.⁸⁴

ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA DA TOMADORA DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA MANTIDA.

Nos termos do item IV da Súmula nº 331 do TST, a tomadora de serviços, via de regra, responde de forma subsidiária nos casos em que um empregado da terceirizada por ela contratada sofre acidente de trabalho. Mas, se ficar suficientemente demonstrado que esta beneficiária dos serviços terceirizados atuou decisivamente para a configuração do sinistro, provocando uma situação de perigo estranha aos

⁸³ TST, 7ª Turma, RR nº 24440-48.2006.5.04.0411, Relatora: Ministra Delaíde Miranda Arantes, Data da Publicação: 15.08.2012

⁸⁴ TRT-2ª Região, 14ª Turma, RO nº 0001811-91.2011.5.02.0013, Relator: Francisco Ferreira Jorge Neto, Data da Publicação: 14.05.2015

serviços contratados, deverá arcar diretamente com as consequências de sua conduta culposa ou dolosa, respondendo de forma solidária (art. 942 do CC). Na hipótese dos autos, a conduta da segunda ré foi decisiva pela concretização do acidente. Decorreu de ato de seu preposto, conforme claramente indicado no acervo probatório e não negado pela defesa. Assim, não merece reparos a sentença que a condenou ao pagamento de reparação civil em caráter solidário. Apelo a segunda ré ao qual se nega provimento.⁸⁵

ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPRESA TOMADORA NA TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO. São responsáveis pelo pagamento da reparação pelos danos decorrentes de acidente de trabalho todos os beneficiários diretos pela prestação laboral do empregado. Assim, comprovado nos autos que tanto a empresa prestadora quanto a empresa tomadora foram omissas no cumprimento de suas obrigações, a primeira por não ter fiscalizado as condições em que o trabalho era desempenhado e a segunda por não ter adotado as medidas necessárias para a segurança de seus empregados, impende reconhecer a responsabilidade solidária das mesmas pelo pagamento das indenizações devidas ao obreiro em razão do infortúnio que o vitimou.⁸⁶

ACIDENTE DE TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA TOMADORA DOS SERVIÇOS. Havendo terceirização do serviço, a tomadora não se desobriga de fiscalizar o cumprimento das normas de segurança e saúde dos trabalhadores pela prestadora que atua em seu estabelecimento, conforme a disciplina do item 5.50 da NR 05. Não o fazendo, responde de forma solidária pelos danos decorrentes de sua omissão, consoante a norma insculpada no artigo 942 do Código Civil.⁸⁷

Com a edição da Lei nº 13.429/2017, infelizmente, essa lacuna não estou suprimida, eis que quando da regulamentação da terceirização de serviços nada se dispôs acerca da responsabilidade do tomador de serviços quando da ocorrência de acidente de trabalho.

Dessa forma, entende-se que a matéria continuará a ser regulamentada pelo Código Civil, conforme argumenta o advogado Leonardo Amarante:

A lei em vigor não altera de modo significativo a sistemática da responsabilidade civil em casos de acidente de trabalho, permanecendo íntegros os dispositivos legais aplicáveis, quais sejam artigos 927, 932 e 942. Conclui-se, portanto, que, ainda que a Lei 13.429/2017 amplie expressivamente a terceirização, caberá à Justiça do Trabalho “aparar as arestas”, ou seja, limitar os abusos.

A controvérsia acerca da responsabilidade solidária entre a tomadora e a terceirizada não foi suplantada pela nova lei, que não trata de forma expressa sobre as hipóteses de reparação civil em decorrência de acidentes do trabalho.

⁸⁵ TRT-23ª Região, 2ª Turma, RO nº 461.2009.021.23.00-4, Relatora: Maria Beatriz Theodoro, Data da Publicação: 28.04.2011

⁸⁶ TRT-12ª Região, 3ª Turma, RO nº 01768.2004.033.12.00.8, Relator: Graciso Ricardo Barboza Petrone, Data da Publicação: 16.04.2009

⁸⁷ TRT-18ª Região, 1ª Turma, RO nº 00471.2005.201.18.00.5, Relatora: Ialba Luza Guimarães Mello, Data da Publicação: 19.09.2007

Tal qual a Súmula 331 do TST, a responsabilidade subsidiária prevista no parágrafo 7º do artigo 10 e no parágrafo 5º do artigo 5º-A se refere a obrigações trabalhistas, ou seja, à hipótese de descumprimento do contrato de trabalho pelo empregador.

Entretanto, em se tratando de reparação civil decorrente de acidente de trabalho por ato ilícito praticado, seja pela empregadora, seja pela tomadora, a questão deverá ser analisada à luz das normas civilistas, que determinam a responsabilização solidária de todos aqueles responsáveis pela causação do dano.⁸⁸

No mesmo sentido argumenta o advogado Raimundo Simão de Melo:

Quanto às verbas trabalhistas nada muda em relação à orientação da Súmula 331 do TST, enquanto as de natureza civil, como me parece, são regidas pelo Código Civil nos arts. 932, 933 e 942.

É que, se a lei estabelece a responsabilidade direta do tomador de serviços sobre as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, não teria sentido, na ocorrência de acidentes de trabalho, aplicar-se a responsabilidade subsidiária. Seria uma incoerência inaceitável em termos de interpretação jurídica.⁸⁹

A aplicação do Código Civil, nos casos de acidente de trabalho, permanece inalterada pelos Tribunais Trabalhistas mesmo após a edição da Lei nº 13.429/2017, conforme previam os doutrinadores. Nesse sentido, verifica-se julgamento proferido em setembro de 2017 pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no qual constou expressamente que se tratando de acidente de trabalho se aplica a legislação comum, nos seguintes termos:

RECURSO DE REVISTA DA PETROBRAS. ACIDENTE DE TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DOS SERVIÇOS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 331/TST. 1. Hipótese em que o reclamante sofreu acidente de trabalho, a serviço da PETROBRAS, tendo a Corte regional deferido o pagamento de indenização por danos morais, além de pensionamento, com responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços. **2.** A responsabilização da tomadora dos serviços não deve ser analisada sob o enfoque do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93 e da Súmula n.º 331, V, do TST, visto que tais regras se limitam à responsabilidade do ente público pelo inadimplemento apenas das obrigações estritamente trabalhistas da empresa prestadora de serviços. Nestes autos, o debate é sobre responsabilidade pelos danos decorrentes de acidente de trabalho, que possuem fundamentos no instituto da responsabilidade civil (arts. 186 e 927 do CC). **3.** Com base nas premissas fáticas delineadas pela Corte de origem, ficaram devidamente demonstrados os requisitos para a responsabilização civil da tomadora dos serviços, quais sejam: o dano (esmagamento dos dedos, com perda parcial de capacidade laboral); o nexo causal (acidente de trabalho no desempenho das suas funções laborais, em favor da Petrobras); culpa da Petrobras, compartilhada

⁸⁸ <http://www.conjur.com.br/2017-abr-05/terceirizacao-reflexos-juridicos-acidente-trabalho>

⁸⁹ <http://www.samp.adv.br/ver-noticias/noticia/29/responsabilidade-civil-em-acidente-de-trabalho-nas-terceirizacoes-e-contratos>

com a primeira reclamada (não adoção de todas as medidas de segurança capazes de elidir o infortúnio).⁹⁰

Sendo assim, não obstante a responsabilidade civil do tomador de serviços tenha sido regularizada pela Lei nº 13.429/2017, é certo que ainda restam lacunas que permitem a aplicação da responsabilidade solidária.

⁹⁰ TST, 1ª Turma, RR nº 757-97.2013.5.01.0482, Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann, Data da Publicação: 22.09.2017

CONCLUSÃO

Depois de analisadas a legislação brasileira, doutrina, jurisprudência e o atual cenário da responsabilidade civil e da terceirização no nosso País, conclui que a Lei nº 13.4239/2017, que acrescentou artigos à Lei nº 6.019/74 a fim de regulamentar a terceirização da prestação de serviços, limitou a responsabilidade civil do tomador de serviços, observado o princípio constitucional da segurança jurídica.

Além disso, a atribuição da responsabilidade objetiva, agora, é legal, uma vez que prevista em Lei, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. No entanto, concluiu que ainda haverá controvérsias quanto à abrangência das verbas que englobarão a condenação subsidiária do tomador de serviços.

Isso porque, nos termos do artigo 5º-A, §5º da Lei nº 6.019/74, o tomador de serviços irá responder de forma subsidiária pelas verbas trabalhistas e recolhimentos previdenciários referentes ao período da prestação de serviços. Ocorre que verbas trabalhistas, em tese, são somente aquelas decorrentes do contrato de trabalho, mas entendo que os juízes e doutrinadores poderão ter interpretações diferentes, o que poderá gerar a necessidade da uniformização da jurisprudência futuramente.

Nesse aspecto, entendo que o legislador foi falho e deixou de observar o princípio da segurança jurídica. Embora o tomador de serviços responda de forma objetiva e subsidiária pelo empregado terceirizado, essa responsabilidade deveria abranger apenas as verbas cujos cumprimentos ele tem capacidade de fiscalizar. Assim, caso entenda que o prestador de serviços não esteja cumprindo com as obrigações trabalhistas de seus empregados, o tomador de serviços poderá rescindir o contrato.

Se a abrangência for de verbas que estejam fora do alcance da fiscalização do tomador de serviços, além do risco da caracterização do vínculo de emprego, constata-se a violação ao princípio da segurança jurídica.

No mais, entendo que havendo a regulamentação da matéria, não há que se falar na continuidade de aplicação dos termos da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. É certo que a lei não retroage, mas também é certo que Súmula não é lei e que o conceito aplicado, até o

momento, pelo Tribunal Superior do Trabalho, desrespeita os preceitos do Direito Civil acerca da aplicabilidade da responsabilidade objetiva. Isso porque, de acordo com o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, essa teoria só pode ser utilizada nos casos expressos em lei.

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.

Entendo, portanto, que a promulgação da Lei nº 13.429/2017 cancelou o entendimento constante da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Conclui, também, que embora a terceirização de mão de obra tenha sido regulamentada, restam ainda muitas lacunas, como a responsabilidade do tomador de serviços em casos de acidente de trabalho. Nessas hipóteses, entendo que os tribunais trabalhistas irão continuar aplicando a legislação civil, de modo que não será entendida a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, mas sim a responsabilidade solidária.

Esse entendimento, não obstante, esteja de acordo com o Código Civil e a teoria da responsabilidade civil, traz insegurança jurídica aos tomadores de serviços. Isso porque a contratação de uma empresa prestadora de serviços, em tese, ocorre para otimizar tempo e focar os esforços do tomador em uma atividade específica, de modo que a contratação ocorre para poupá-lo de preocupações com pagamentos de empregados, fornecimento de equipamentos de segurança e outras burocracias decorrentes da atividade empresarial.

Com o risco da responsabilidade solidária, o tomador de serviços tem o ônus em onerar o prestador de serviços e, ainda, se preocupar com a segurança dos empregados da empresa contratada.

Por fim, conclui que apesar da promulgação da Lei nº 13.429/2017, os Tribunais continuarão aplicando suas próprias regras, pois nenhuma norma legal vigente até o momento foi respeitada. Os Tribunais aplicam no caso concreto o entendimento que acreditam ser o mais benéfico ao trabalhador e para isso encontraram analogias inapreensíveis e inquestionáveis, eis que como questionar o órgão máximo do Poder Judiciário da Justiça do Trabalho, que é o Tribunal Superior do Trabalho?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros, 1998;
- CAVALIEIRI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros, 2006;
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Atlas, 2007;
- COCUTTO, Ailton. Fundamentos de Direito Processual Civil – Teoria e Prática. São Paulo. Malheiros, 2011;
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2012;
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. LTr, 2017;
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo. Saraiva, 2004;
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 7. São Paulo. Saraiva, 2011;
- GIRAudeau, Michel Olivier. Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços. São Paulo. LTR; 2010;
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (coord.). Manual Jurídico da Construção Civil. Curitiba. Íthala, 2012;
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo. Saraiva, 2003;
- GONZAGA, Alvaro de Azevedo e ROQUE, Nathaly Campitelli (Org.). Vade Mecum Jurídico. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012;
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. Saraiva; 2016;

- LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil – Vol. 2 – Obrigações e Responsabilidade Civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004;
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo. Atlas, 2012;
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo. Atlas, 2013;
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo. Quartier Latin, 2008;
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. Saraiva, 2003;
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador Gustavo Tepedino. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. GZ, 2012;
- WALD, Arnold. Direito Civil: Introdução e Parte Geral 1. São Paulo. Saraiva, 2010;
- ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho – Tomo II. São Paulo. LTr, 2008;
- <http://www.samp.adv.br/ver-noticias/noticia/29/responsabilidade-civil-em-acidente-de-trabalho-nas-terceirizacoes-e-contratos>
- <http://www.conjur.com.br/2017-abr-05/terceirizacao-reflexos-juridicos-acidente-trabalho>
- <http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>
- <http://oglobo.globo.com/economia/projeto-de-regulamentacao-da-terceirizacao-debatido-na-camara-10015126>