

MARCELO DE JESUS GALVÃO

“Súmula 331 do TST – O tomador dos serviços e a responsabilidade subsidiária.”

PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

COGEGAE – PUC – SÃO PAULO

SÃO PAULO / 2010

MARCELO DE JESUS GALVÃO

“Súmula 331 do TST – O tomador dos serviços e a responsabilidade subsidiária.”

Monografia apresentada à Banca Examinadora da
COGEGAE – PUC – SP, como exigência para
obtenção do título de Pós Graduado em Direito e
Processo do Trabalho.

**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
COGEGAE – PUC – SÃO PAULO
SÃO PAULO / 2010**

DEDICATÓRIA

Primeiramente, quero agradecer a DEUS pela felicidade de poder estar concluindo meu curso de graduação.

À minha mãe, Sônia Regina de Jesus Galvão e ao meu irmão Thiago de Jesus Galvão, que sempre acreditaram no meu empenho e dedicação, certos de que, mesmo nos momentos de dificuldades, ainda assim me incentivavam a seguir em frente.

Ao meu irmão Jeferson de Jesus Galvão (in memoriam), e a todos que de forma direta e indireta contribuíram pela concretização deste sonho.

À Professora Doutora Claudia José Abud e ao Mestre Michel Olivier Giraudeau, professores, colaboradores e amigos.

Como Uma Onda

Lulu Santos

Composição: Lulu Santos / Nelson Motta

*Nada do que foi será
De novo do jeito que já foi um dia
Tudo passa
Tudo sempre passará*

*A vida vem em ondas
Como um mar
Num indo e vindo infinito*

*Tudo que se vê não é
Igual ao que a gente
Viu há um segundo
Tudo muda o tempo todo
No mundo*

*Não adianta fugir
Nem mentir
Pra si mesmo agora
Há tanta vida lá fora
Aqui dentro sempre
Como uma onda no mar
Como uma onda no mar
Como uma onda no mar*

*Nada do que foi será
De novo do jeito
Que já foi um dia
Tudo passa
Tudo sempre passará
A vida vem em ondas
Como um mar
Num indo e vindo infinito*

*Tudo que se vê não é
Igual ao que a gente
Viu há um segundo
Tudo muda o tempo todo
No mundo*

*Não adianta fugir
Nem mentir pra si mesmo agora
Há tanta vida lá fora
Aqui dentro sempre
Como uma onda no mar
Como uma onda no mar
Como uma onda no mar
Como uma onda no mar
Como uma onda no mar*

RESUMO

O presente trabalho monográfico, tem, por finalidade, o estudo da questão da terceirização de serviços, propriamente no que diz respeito à aplicação da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, com base no entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula 331, inciso IV do C. TST, sendo analisados os requisitos essenciais para a aplicação de tal responsabilidade, bem como a apresentação dos limites de tal responsabilização.

SUMÁRIO

Introdução.....	07
I – Breve Histórico da Terceirização no Brasil.....	11
II – Do Conceito de Terceirização.....	16
III – As Problemáticas Existentes na Terceirização.....	20
IV – Da Consolidação do Tema na Jurisprudência.....	25
4.1 A Súmula 256 do TST.....	26
4.2 A Súmula 331 do TST.....	31
4.3 A Analogia ao Artigo 455 da CLT.....	35
4.4 Das Culpas <i>in eligendo</i> e <i>in vigilando</i>	38
V – A Responsabilidade Subsidiária.....	40
VI – A Responsabilidade Subsidiária e os Princípios Constitucionais...	43
VII – Os Pressupostos para Declaração da Responsabilidade Subsidiária.....	47
7.1 Do Regime de Cessão de Mão-de-Obra como pressuposto para aplicação da responsabilidade subsidiária.....	49
7.2 Da Prova da Prestação de Serviços.....	52
7.3 Das Obrigações Trabalhistas.....	53
7.4 Da Execução do Responsável Subsidiário.....	55
Conclusão.....	59
Referencias Bibliográficas.....	62

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi idealizada a partir de atividades desenvolvidas através do pleno exercício na advocacia, sendo este o motivo de sua elaboração.

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviço é um tema muito discutido na esfera trabalhista, ante a falta de legislação (lei específica) regulando especificamente o tema, sendo crescente o número de reclamações trabalhistas de empregados contratados por empresas terceirizadas.

Todavia o tema é demasiadamente extenso não sendo possível esgotá-lo, não sendo esta, também, a intenção do presente trabalho monográfico.

No presente estudo o objetivo principal foi o de tentar demonstrar que, apesar de inexistir legislação sobre o tema “terceirização”, a responsabilidade subsidiária advinda da contratação por empresa interposta, hoje regulada pela Súmula 331 do TST, deve ser aplicada de forma correta em respeito à justiça.

No presente trabalho, não adentramos na contratação via interposta empresa pela Administração Pública, ***mas tão somente com os tomadores de serviços privados.***

A tão polêmica responsabilidade subsidiária do tomador de serviços foi criada pelo Tribunal Superior do Trabalho através da edição da Súmula nº 331 daquela Corte, isto porque é crescente o número de contratações fraudulentas nesta forma de atividade.

A responsabilidade subsidiária foi criada em razão da contratação por interposta empresa, ou melhor dizendo, terceirização de serviços, fenômeno que surgiu no Brasil em meados da década de 50 e 60, utilizada pela indústria automobilística e, posteriormente adotada por Bancos e demais empresas.

A terceirização apesar de ser um fenômeno jurídico não foi criada pela ciência do Direito, mas pela ciência de Administração de Empresas, visando uma maior economia para as empresas nas contratações de seus colaboradores.

Com o número cada vez maior de contratações na forma de terceirização, algumas leis foram editadas com o fito de regular o sistema, sendo que tal objetivo não foi alcançado, ficando empregado e empregador em atividades totalmente desamparadas de lei, fato que se persiste até os dias atuais.

As dúvidas, as fraudes e as irregularidades também aumentaram muito, ocasionando um número considerável de processos na Justiça do Trabalho, sendo que muitos chegaram às portas do Tribunal Superior do Trabalho, que com sua finalidade de pacificar a jurisprudência cristalizou os entendimentos através do Enunciado nº 256, ante a falta de regulamentação do tema.

O verbete criado por aquela Corte foi criticado por muitos juristas, isto porque o Colendo Tribunal proibia expressamente a contratação de empregados via empresa interposta, penalizando, inclusive o tomador dos serviços prestados com o reconhecimento de vínculo empregatício.

Discutia-se a legalidade e a constitucionalidade do verbete, pois na égide da Carta de 1969, tal já afrontava o princípio da livre iniciativa, trazido na Emenda Constitucional de 1/69. Com o advento da Carta de 1988, as críticas aumentaram ainda mais, pois agora além do princípio da livre iniciativa o verbete criado pela Colenda Corte também afrontava literalmente o princípio da legalidade.

A esta altura o próprio TST não mais utilizava o verbete em suas decisões de forma taxativa, ocasionando a revisão do mesmo com a criação da Súmula nº 331, a qual em seu inciso IV, trouxe a novidade discutida até os dias de hoje e o objeto de nossa pesquisa, a responsabilidade subsidiária.

Neste trabalho, farei uma síntese da parte histórica da terceirização no Brasil, bem como fixarei o conceito de terceirização, apresentando inclusive as problemáticas existentes quando da tentativa de se conceituar as atividades fim e meio de um tomador de serviço, com o fim de verificar-se a legalidade ou não da contratação.

Em seguida buscamos uma melhor compreensão acerca da consolidação do tema na jurisprudência através das Súmulas, onde apresentamos os precedentes utilizados, bem como analisamos aspectos atinentes à suposta analogia ao artigo 455 da CLT e as culpas *in eligendo* e *in vigilando*, como premissa para criação da responsabilidade subsidiária.

Quando superada a questão da terceirização em seus principais aspectos, passarei a analisar o objeto do presente trabalho, trazendo sua conceituação e forma de aplicação, e, analisando o tema em confronto com princípios constitucionais básicos.

Considerando o caráter protetivo da Justiça do Trabalho, muitos Juízes aplicam a responsabilidade subsidiária a empresas que nunca tiveram contato com o empregado, mas tão somente manteve contrato de prestação de serviços com a empregadora, com o objetivo de não deixar o trabalhador desamparado.

Não parece coerente tal atitude, beirando a uma verdadeira arbitrariedade, pois não foi essa a intenção quando da criação do verbete.

Por certo, entendo que a responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331 do C. TST, não deveria estar no ordenamento jurídico em respeito ao princípio da legalidade previsto no artigo 5º, II da Constituição Federal, todavia, a mesma esta vigente e sendo aplicada diariamente em muitas decisões prolatadas na Justiça do Trabalho em todo território nacional.

Evidente que não se pode virar as costas para a Súmula 331 do C. TST, porém as penalidades ali previstas devem ser aplicadas com coerência e equidade, por isso que apresento neste trabalho alguns requisitos para se declarar a responsabilidade do tomador de serviços, sendo estes a cessão de mão-de-obra, a necessidade de prova por parte do empregado, a restrição da responsabilidade somente para obrigações trabalhistas de cunho pecuniário e finalizarei com as formas de execução do responsável subsidiário.

Assim, traçamos o tema esperando que o mesmo seja compreendido de forma simples e clara. É certo, que o presente trabalho, conforme já aludido em linhas anteriores, não irá exaurir o tema, nem tão pouco resolver todos os possíveis e imagináveis problemas atinentes à terceirização e a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, apenas apresento entendimento acerca da questão.

I - BREVE HISTÓRICO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Antes de iniciarmos a análise acerca da responsabilidade subsidiária comumente aplicada ao tomador de serviços de acordo com a Súmula 331 do C. TST, faz-se mister estudar alguns pontos do instituto da terceirização, haja vista estar aquele completamente ligado a este. A simples análise da responsabilidade subsidiária sem a abordagem da terceirização tornaria o presente trabalho vago e sem sentido.

Havendo este mister, inicio com a análise dos aspectos históricos da terceirização no Brasil, que para alguns doutrinadores teve início na Revolução Industrial com os serviços de contabilidade e jurídicos.

A terceirização, surge, na sociedade com o aparecimento do desemprego. Assim como ocorre no Brasil, sempre quando há crises econômicas os empresários buscam diminuir seus custos principalmente com a mão-de-obra.

Na realidade a terceirização não foi criada pela Ciência do Direito, mas pela Ciência da Administração de Empresas, que promoveu a criação deste instituto com o objetivo de diminuir custos para as empresas.

Fora da esfera brasileira a terceirização iniciou-se nos Estados Unidos a partir da segunda guerra mundial, tendo por objetivo a produção de material bélico ante a enorme demanda existente.

Em 1972, foi editada na França a Lei 72-1, versando sobre o trabalho temporário. Nesta Lei estava definida o “*entrepreneur*” (o empreiteiro ou o empresário), que poderia ser pessoa jurídica ou pessoa física que dispunha provisoriamente à disposição dos tomadores de mão-de-obra, ou clientes, as pessoas assalariadas, que seriam remuneradas para um determinado fim. Nos termos dispostos nos artigos 28 a 31 de já mencionada lei o trabalho temporário poderia ser usado também no meio rural.

No Brasil a terceirização vem trazida por empresas multinacionais nas décadas de 50 e 60, principalmente no setor automobilístico.

As empresas de limpeza e conservação também são pioneiras no Brasil, haja vista a existência destas desde aproximadamente 1967.

Com o constante crescimento dessa forma de trabalho, a legislação foi criando formas de terceirizações com o objetivo de legalizar estas formas de trabalho.

Das legislações criadas citamos:

1. Decretos-leis nº 1212 e 1216, de 1966;
2. Decreto nº 62.756, de 22 de maio de 1968;
3. Decreto-lei nº 1034, de 21 de outubro de 1969, posteriormente revogado pela Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, a qual foi regulamentada pelo Decreto nº 89.056, de 24 de novembro de 1983; e
4. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

São apenas estas as legislações encontradas em nossa história onde se trata de alguma espécie de terceirização. Imperioso esclarecer que até a presente data o legislador brasileiro não elaborou norma que regulasse a respeito da terceirização de mão-de-obra, nem tão pouco, para tornar clara a responsabilidade dos empregadores e dos tomadores de serviço, existindo somente a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o que veremos em outro capítulo de forma mais detalhada.

Os Decretos-leis ns. 1.212 e 1.216, de 1966, dispunham sobre a permissão de bancos dispor de serviços de segurança prestados por empresas privadas, gerando a prestação de serviços de por empresas de segurança bancária.

O Decreto nº 62.756, de 22 de maio de 1968, estabeleceu regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação da mão-de-obra, revelando que a partir do referido momento havia licitude na contratação de funcionário através das mencionadas agências.

O Decreto nº 1034, de 21 de outubro de 1969, regulou os serviços de vigilância bancária, diretamente ou através de empresas intermediadoras. É necessário ressaltar que existia a possibilidade de se contratarem terceiros para vigilância ostensiva, desde que o serviço de guarda fosse composto de indivíduos que não tivessem antecedentes criminais, mediante aprovação de seus nomes pela Polícia Federal. Tal legislação era clara quando dispunha que os estabelecimentos poderiam contratar diretamente ou por intermédio de empresas especializadas no ramo os indivíduos necessário à sua vigilância.

Posteriormente surge a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, tratando da segurança dos estabelecimentos financeiros e permitindo a exploração de serviços de vigilância e de transporte de valores no setor financeiro, revogando o Decreto-lei nº 1034. A Lei nº 7.102 foi regulamentada pelo Decreto nº 89.056, de 24 de novembro de 1983.

Uma norma que tratou da terceirização, apesar de não ter usado essa nomenclatura foi a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que veio regular a prática do trabalho temporário, que à época já era utilizado em larga escala. Entendemos ser um tipo de terceirização, vez que no trabalho temporário, apesar de ser temporário há cessão de mão-de-obra.

Conforme mencionado em linhas acima, até o momento não há no Brasil norma que trate especificamente do instituto da terceirização.

Ante a falta de legislação e o crescente número de processos na justiça do trabalho, fez com que através da jurisprudência fosse criado em 1986 o Enunciado nº 256 pelo TST, com o objetivo de pacificar as decisões a respeito do tema.

O Enunciado nº 256, estabelecia:

“Enunciado 256 – Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância previstos nas Leis nº 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com tomador de serviços.”

As críticas a respeito deste Enunciado foram muitas, por ser excessivamente rigoroso e segundo alguns, obstava o desenvolvimento econômico nacional. O próprio TST já utilizava o Enunciado nº 256 de forma exemplificativa e não mais taxativa para proferir seus julgamentos.

Em 1993, houve a revisão do Enunciado nº 256 com a conseqüente criação do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o qual teve sua redação alterada pela Resolução 96/2000, cuja redação prevalece até hoje, sendo fonte principal para o estudo de nosso tema.

O tema em questão é controverso em diversos aspectos, os quais serão demonstrados um a um, apresentando-se nosso parecer e entendimento a respeito do tema, bem como, dos doutrinadores atuais e da jurisprudência.

Por se tratar de um tema complexo, haja vista a inexistência de norma que o regule devemos ter em mente a lição de Rafael Caldeira citado pelo Professor Sérgio Pinto Martins que *“o Direito do Trabalho não pode ser inimigo do progresso, porque é fonte e instrumento do progresso. Não pode ser inimigo da riqueza, porque sua aspiração é que ela alcance um número de cada vez maior de pessoas. Não pode ser hostil aos avanços tecnológicos, pois eles são efeito do trabalho.”*¹

1 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, p. 18

O mesmo autor lembra ainda o disposto no inciso VIII do artigo 170 da Constituição “que estabelece o princípio de que a ordem econômica busca o pleno emprego. *Essa é, contudo, uma regra programática que deve ser complementada pela lei ordinária, não querendo dizer, portanto, que a terceirização é proibida quando implica diminuição dos postos de trabalho nas empresas, pois o dispositivo constitucional citado é apenas um princípio a ser buscado.*”²

Esclareça-se por fim, que os conflitos na justiça do trabalho decorrentes da terceirização são relacionados à existência ou não da relação de emprego e a responsabilidade do tomador de serviço, dando ensejo a definição de uma posição da jurisprudência do TST, contidas inicialmente nos já mencionados Enunciados nº 256, hoje revisado pela Súmula 331 daquela Corte.

2 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, p. 17

II – DO CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Conforme já aduzido em linhas anteriores o instituto da terceirização não foi criado pela ciência jurídica, mas pela ciência da Administração de Empresas com o fulcro de reduzir gastos e gerar maiores lucros e resultados para as empresas, além de estabelecer métodos de organização da atividade empresarial.

Já foi mencionado também que até o momento o Legislador não se desvencilhou de criar legislação regulando o tema principalmente no que se refere à trazer um conceito jurídico para o instituto.

Todo e qualquer conceito relacionado à terceirização é encontrado na doutrina, pois com o crescimento deste tipo de trabalho no mercado brasileiro, houve um aumento astronômico de demandas na justiça de trabalho de problemas relacionados com empregados, tomadores de serviços e empregadores, fazendo com que os juristas se preocupassem além de outras coisas em conceituar o instituto.

Os conceitos dos juristas são dos mais diversos, para o Professor Sérgio Pinto Martins terceirização *“consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa.”*³

A contratação realizada mediante a terceirização de serviços é aquela em que agrega a atividade fim de uma empresa, ou seja, aquela que presta o serviço, e, à atividade-meio de outra, neste caso a tomadora de serviço. Tornando mais claro podemos exemplificar da seguinte forma: uma instituição bancária que tem por objeto principal o de gerir recursos de terceiros, contrata empresa que tem por objeto principal o fornecimento de mão de obra de vigilância patrimonial. A atividade contratada pela instituição bancária é atividade-meio e a fornecida pela empresa de vigilância é atividade-fim.

3 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, p. 22

As contratações de terceiros podem envolver tanto a produção de bens como a de serviços, conforme mencionado anteriormente, os serviços de vigilância e limpeza por exemplo.

O autor Fernando Basto Ferraz citando alguns doutrinadores traz o conceito de terceirização de modo a tornar mais clara a compreensão do tema, os quais passamos a descrever:

“Carlos Alberto Ramos Soares de Queiroz entende como terceirização: “as ações do tomador de serviços, quando este identifica um fornecedor competente e capaz de vender serviços especializados para complementar e suprir a falta desses, no tomador, utilizando-se de recursos próprios, sejam eles financeiros, econômicos, tecnológicos, instrumentais, de equipamentos e humanos.”

“Terceirização é a contratação de serviços por uma empresa tomadora de serviço que subcontrata outra denominada prestadora de serviço que os realiza com seus trabalhadores, os quais a ela ficam subordinados e recebem salários.”

“Conforme enfatiza Francisco Antonio de Oliveira denomina-se terceirização: “o liame que liga uma empresa tomadora à empresa prestadora de serviço, mediante contrato regulado pelo direito civil comercial, ou administrativo, com a finalidade de realizar serviços coadjuvantes da atividade-fim, por cuja realização somente responde a empresa prestadora não tendo a tomadora qualquer possibilidade de ingerência na mão de obra da empresa prestadora. A contratação poderá ter por escopo a produção de bens (etapas de uma linha de produção) bem como a prestação de serviços (limpeza, vigilância, segurança, serviços de importação e de exportação, treinamento técnico de pessoal, etc).”⁴

4 FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização de trabalho*, p. 239 e 240.

Mauricio Godinho Delgado, observa que:

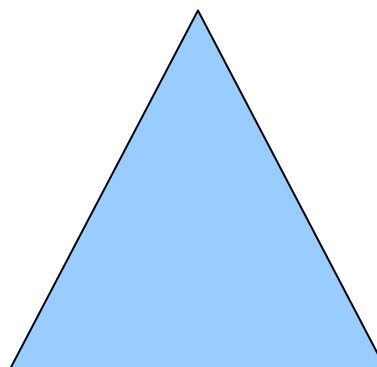
“para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhes seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente”⁵

Conceitos de terceirização são encontrados em qualquer livro de Direito do Trabalho, uma vez tratar-se de tema comum no ramo, inclusive com um número crescente de ações movidas diariamente na justiça do trabalho.

Para nós terceirização é a relação trilateral existente entre uma empresa prestadora de serviço especializada que cede seu empregado para exercer atividades em favor do tomador de serviços, com o objetivo de produzir resultados a este em suas atividades-meio, sem que haja personalidade e subordinação direta com o tomador de serviço, havendo vínculo apenas com a empresa prestadora de serviço.

Para melhor entender esta conceituação de terceirização, exemplificamos no triângulo abaixo:

Empresa Tomadora de Serviços



Empregado

Empresa prestadora de serviços

5 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 417.

Visualizando o triângulo acima verifica-se e entende-se com clareza a que se refere a mencionada relação trilateral por nós trazida na conceituação de terceirização. Há relação comuns entre os três participantes da relação, assim vejamos:

a) entre o empregado e a empresa prestadora de serviço há uma relação de emprego, ou seja, entre eles há um contrato de trabalho, regido pelas normas da CLT, ocorrendo o vínculo empregatício. Esta é a empresa responsável pelo pagamento dos direitos trabalhistas do empregado.

b) entre o empregado e o tomador de serviço, há uma relação de trabalho, ou seja, o tomador de serviço não possui qualquer vínculo com o empregado, todavia se beneficia de seu labor, sendo este o objetivo da prestação de serviço.

c) entre a prestadora de serviço e o tomador de serviço há uma relação civil existente mediante um contrato de prestação de serviço para fornecimento de mão de obra especializada.

A mencionada relação trilateral foge relação bilateral representados pelo empregador e o empregado, previstos, respectivamente nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ressalte-se, que quando se fala em relação trilateral, conforme aquela exposta anteriormente, esta-se diante do instituto da terceirização, todavia, mister ressaltar que dentro desta relação ainda está viva a relação bilateral formada pela relação de emprego existente entre a empresa prestadora de serviços e o empregado desta.

III – AS PROBLEMÁTICAS EXISTENTES NA TERCEIRIZAÇÃO

No decorrer da história muitas fraudes foram ocorrendo e ainda ocorrem constantemente. Muitas empresas com o intuito de burlar a legislação e reduzir custos chegam a terceirizar a maior parte de seu quadro de colaboradores, isso quando não há a terceirização completa de funcionários.

Todo o problema decorre da falta de normatização do tema. Falta uma norma que regule os limites da terceirização, para que de fato se impeça, ou, se tente coibir as fraudes existentes.

A jurisprudência dominante cristalizou entendimento de que só é possível terceirizar as funções da atividade-meio da empresa tomadora de serviço, ressaltando que não pode haver a subordinação hierárquica direta e a personalidade, ou seja, devem estar ausentes os requisitos ensejadores da relação de emprego.

Ante a inexistência de legislação regulando o tema, tudo leva a crer que não há impedimento para a terceirização da atividade-fim da empresa tomadora de serviço, até porque o particular pode fazer tudo, desde que o ato não seja defeso em Lei. Assim, não há que se falar em ilegalidade na terceirização da atividade-fim da empresa.

Há que se ressaltar, que apesar de inexistir a tão discutida ilegalidade na terceirização da atividade-fim da empresa tomadora de serviço, se nesta terceirização estiverem presentes os requisitos ensejadores da relação de emprego, qual seja a subordinação e a personalidade.

O objetivo dos Tribunais é o de preservar e garantir o direito dos trabalhadores, pois se fosse a terceirização totalmente permitida, problemas ainda maiores existiriam, neste caso o mais prejudicado sem sombra de dúvida seria o empregado.

As conseqüências jurídicas sofridas hoje, pelo tomador de serviço que terceiriza sua atividade-fim é a de condenação solidária com a empresa tomadora de serviço, ou em muitos casos o reconhecimento de vínculo diretamente com o tomador de serviço, este é o entendimento cristalizado pelos Tribunais do país.⁸

Toda problemática esta envolta na dificuldade de se conceituar atividade-fim e atividade-meio, pois chegando a esta conceituação torna-se fácil à verificação de licitude ou ilicitude da terceirização.

O Professor Sérgio Pinto Martins, apresenta uma conceituação simples de ser entendida:

“A atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais (...) A atividade-fim é aquela em que a empresa concentra seu mister, isto é, em que é especializada.”⁹

Em toda a doutrina é encontrada discordância considerável sobre o assunto no que concerne à conceituação de atividade-fim e atividade-meio, todavia, com a lição do Professor Sérgio Pinto Martins, fica clara que atividade-meio é toda aquela atividade que não esta ligada ao fim principal da empresa. Para facilitar a compreensão, podemos exemplificar com uma instituição bancária, cuja finalidade é a captação e administração de recursos de terceiros, que terceiriza as atividades de limpeza e vigilância.

⁸ ATIVIDADE-FIM. ILICITUDE. Alcançando a terceirização atividade-fim da empresa, tem-se a ilicitude da contratação do Obreiro por meio de interposta pessoa, devendo ser reconhecida a relação de emprego diretamente com a tomadora dos serviços, em atendimento ao princípio da primazia da realidade. TRT 10ª Região – Recurso Ordinário – Processo nº 00610200601810000 – Juiz Relator: Alexandre Nery de Oliveira – 2ª Turma.

TERCEIRIZAÇÃO. TAREFAS LIGADAS À ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO. A terceirização de serviços ligados à atividade-fim da empresa tomadora de serviços viola o disposto no art. 9º da CLT e implica o reconhecimento do vínculo havido entre as partes (item I do art. 331 do C. TST). TRT 10ª Região – Recurso Ordinário – Processo nº 01103200501810003 – Juiz Relator: Maria Regina Machado Guimarães – 1ª Turma.

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, p. 136

Na mesma linha é elaborada a conceituação de atividade-fim, que diz respeito à atividade principal da empresa, ou seja, utilizando-se do mesmo exemplo anterior, a atividade-fim de uma instituição bancária é aquela realizada pelos gerentes, caixas etc, pois estes estão diretamente realizando os fins precípuos da instituição, que é o de captação e gerencia de recursos de terceiros.

De forma mais simples a empresa que fornece serviços de vigilância e limpeza, de acordo com o entendimento jurisprudencial, jamais poderá terceirizar estes serviço, pois este é o seu objeto principal.

Por certo, não pode ser confundida a atividade de suporte, que não deixa de ser atividade-meio, com a atividade-fim, haja vista serem bastante parecidas com o objeto principal da empresa, sendo inclusive, motivo de grande discussão entre os magistrados.

Neste prisma, nos mantemos no exemplo da instituição bancária. O que diríamos, se um banco terceirizar seus serviços de compensação e de *callcenter* (atendimento ao cliente)? Há nesta situação a chamada terceirização fraudulenta?

Em nosso entendimento, as terceirizações destas atividades são plenamente lícitas, trata-se apenas daquelas já mencionadas, a qual denominamos de atividades de suporte, que nada tem haver com a atividade-fim da empresa tomadora de serviços, qual seja a utilizada instituição bancária.

Apesar de serem muitas vezes confundidas com a atividade-fim, as atividades de suporte tem o cunho de auxiliar no caminho do objetivo final da empresa tomadora de serviço.

Assim, no exemplo citado, apesar do empregado terceirizado estar trabalhando com as compensações de cheque e o atendimento do cliente do banco tomador de serviço, o mesmo não está realizando atividades do objeto principal da empresa, ou seja, não há, apesar de muito semelhante, a realização das atividades principais, que é o gerenciamento de valores de terceiros, nem tão pouco a capacitação dos mesmos.

Ademais, frise-se que as indústrias automobilísticas terceirizam as atividades de montagem de veículos, que no caso é o objeto principal da empresa, qual seja a fabricação e a montagem de automóveis.

Neste sentido, também assevera o Professor Sérgio Pinto Martins:

“Entendemos que certas atividades-fim da empresa podem, porém, ser terceirizadas, principalmente se envolvem produção, como ocorre na indústria automobilística, ou na compensação de cheques, em que a compensação pode ser conferida a terceiros, por envolver operações interbancárias”¹⁰

Conforme mencionado em linhas anteriores, a questão ora em debate não é totalmente pacífica, quer seja nos Tribunais, quer seja na doutrina.

Para muitos profissionais do Direito não há ilicitude alguma na terceirização de atividades-fim estando a doutrina dividida neste ponto. A jurisprudência por sua vez já está pacífica no sentido de condenar os tomadores de serviço solidariamente à empresa prestadora de serviço ou em alguns casos há ocorrência do reconhecimento de vínculo com o tomador de serviço, anulando-se o contrato de prestação de serviço existente.

Para nós, em respeito ao princípio da legalidade, não há que se falar em ilícita a contratação de empregados por empresa interposta para a realização de atividades-fim da empresa tomadora de serviços, desde que não estejam presentes os requisitos ensejadores da relação de emprego, quais sejam a subordinação e a pessoalidade, pois os empregados da empresa prestadora de serviços, ainda que exerçam as atividades-fim da empresa tomadora, devem responder diretamente ao preposto daquela e não desta como ocorre em diversos casos hoje.

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, p. 119.

Ademais, entendemos que a Súmula 331 do TST, esta sendo utilizada como “Lei”, o que não pode ser admitido.

Nesta esteira, não estando presentes a subordinação e a pessoalidade, entendemos ser lícita todo e qualquer tipo de terceirização, ainda que sejam aquelas ligadas à atividade-fim da empresa tomadora de serviços.

IV – DA CONSOLIDAÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA

Conforme abordado no primeiro capítulo, os únicos dispositivos criados tratando a respeito da terceirização lícita de serviços, na esfera trabalhista, foram a Lei nº 6.019/74 e Lei nº 7.102/83, sendo a primeira referente ao trabalho temporário e a segunda tratando da possibilidade dos bancos terceirizarem os serviços de vigilância.

Ainda sendo uma questão tão restrita, as empresas da década de 70 e 80, não esitaram em terceirizar diversos setores.

Considerando a grande economia trazida com a terceirização, várias empresas passaram, então, a terceirizar seus serviços, criando uma grande polêmica, principalmente para os Sindicatos, pois para estes a terceirização em nada tem haver com modernização do Direito do Trabalho, mas um meio para ludibriar a legislação, diminuir os empregos e crescer o número de sub-empregos, bem como enfraquecer as conquistas sindicais.

Nesta linha, destacou Luiz Carlos Amorim Robortella:

“Em seminário nacional realizado em janeiro de 1993, sobre “A terceirização no setor metalúrgico”, os sindicatos ligados à Força Sindical concluíram que ela tem facetas “que desmistificam um suposto caráter de modernidade”, pois causa desemprego, sub-emprego, redução salarial, piora as condições de saúde e segurança do trabalho, elimina de benefícios sociais diretos e indiretos. Consideram-na um instrumento para combater o movimento sindical e as conquistas do conjunto de trabalhadores”¹¹

¹¹ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim, *O moderno direito do trabalho*, p. 243

Por outro lado empresas privadas e principalmente os Bancos, não entendiam desta forma, considerando a terceirização como um verdadeiro método de modernização do direito laborista.

Ademais, assim como hoje, não havia legislação específica do tema proibindo a terceirização de serviços, apesar de existir os já citados preceitos normativos, que apenas permitiam duas possibilidades de terceirização de serviços, não apresentando em nenhum de seus artigos uma proibição expressa da terceirização.

Tal polêmica abarrotou a Justiça do Trabalho, pois para muitos esse tipo de contratação era totalmente ilegal, sendo que a questão por tão polêmica foi parar às portas do Tribunal Superior do Trabalho, que entendeu à época, ser a contratação de trabalhadores por interposta empresa totalmente ilegal, pacificando este entendimento com a criação da Súmula nº 256, que posteriormente foi revisada pela Súmula nº 331.

Apesar de ter sido o tema pacificado na jurisprudência trabalhista, as discussões em torno do mesmo prevalecem até os dias de hoje, até porque, conforme já citado, o TST fez as vezes de legislador, pois de certa forma, editou com as citadas Súmulas, não apenas entendimentos jurisprudenciais, mas verdadeiros preceitos normativos, o que ao nosso entender não é competência da Colenda Corte.

4.1 A SÚMULA 256 DO TST.

Aprovada pela Resolução Administrativa nº 4/86, que foi publicada no Diário da Justiça da União de 30 de setembro de 1986 e retificando no mesmo veículo em 10 de outubro e 04 de novembro do mesmo ano, a Súmula 256 do TST tinha a seguinte redação:

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”.

A Súmula 256, com caráter puramente normativo previa até a punição para as empresas que desrespeitassem o verbete, que era o reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

O verbete foi criado após longas discussões e inúmeras decisões tratando do tema. A terceirização de serviços surge no Brasil em meados dos anos 50 e 60 no setor automobilístico, passando daí a ser adotada por outras empresas, ou seja, as discussões e polêmicas perduraram por aproximadamente vinte anos, até que o TST se pronunciasse apresentando a ilegalidade na contratação por empresa interposta.

As referências utilizadas para a edição da Súmula foram: Convenção Internacional nº 122 de 1964 – OIT (Decreto nº 66.499, de 27-4-70), que, trata de política de emprego e não de terceirização de serviços; Artigos 160, incisos II, IV e VI, e 165, inciso V da Constituição Federal vigente à época; artigos 2º, §§ 2º, 3º e 9º, 442 e 444; Leis nº 6.019/74, 7.102/83, 5.645,70, artigo 3º, parágrafo único; Decreto Lei nº 200/67, artigo 10 §§ 7º e 8º; RO-DC 203/84 TP 2.488/85, Ministro Fernando Franco; RO-DC 535/83 – TP 968/85, Ministro Nelson Tapajós, em que por meio de sentença normativa proibiu-se às empresas promover a locação de mão-de-obra.

Houve outros precedentes que impulsionaram a Colenda Corte na criação da Súmula.

O primeiro que destacamos, foi um Acórdão onde foi admitido o reconhecimento de vínculo com o Banco Bradesco, por estar o reclamante ligado à atividade permanente do banco, embora tivesse sido contratado por empresa interposta. A revista não foi conhecida por envolver matéria fática.¹²

Em outro caso, houve a formação de vínculo com a empresa de energia elétrica, que se beneficiou do trabalho de conservação e limpeza por meio de empresa locadora de mão-de-obra.¹³

No último caso a ser destacado, o Ministro Relator entendeu pela existência de fraude à lei, vez que o empreiteiro de mão-de-obra era uma espécie de “testa de ferro” da empresa contratante.¹⁴

Todas estas referencias e precedentes citados auxiliaram a Colenda Corte a editar a Súmula 256, mas o Acórdão que de fato deu origem a Sumula 256 foi o RR 3.442/84, no qual foi relator o Ministro Marco Aurélio, restou demonstrado que a contratação de trabalhadores por interposta empresa somente poderia ser admitida em casos excepcionais, pois de acordo com o Ministro Relator, a locação de força de trabalho é ilícita, haja vista não poder ser os seres humanos tratados como objetos e servirem para estes tipos de contratação, mas tão somente as coisas. Nesta época o TST proibia a terceirização de serviços de forma generalizada independentemente de ser atividade-meio ou atividade-fim da empresa tomadora de serviços.

¹² Empregado que sempre trabalhou para ou no mesmo estabelecimento, em atividade necessária ao seu funcionamento. Não se caracteriza o trabalho temporário. Decreto-lei nº 1.034, alegado apenas da revista. Relação de emprego com o tomador de serviço. Revista não conhecida. (Ac. 2ª T 2.176/80, j. 7-10-80, Rel. Min. Marcelo Pimentel, Recorrente: Banco Bradesco S/A e Oram S/A. Organização Rio Grandense de Serviços, e Recorrido: Adelar Ferreira de Moraes).

¹³ O trabalho de conservação e asseio não pode ser objeto de contratação pela Lei nº 6.019, por não se tratar de trabalho temporário. Menos ainda pela locação prevista no Código Civil, por ser atividade permanente, indispensável à vida da empresa. A contratação de locadora constitui fraude ao regime da CLT. Vínculo empregatício com o tomador de serviço quando há continuidade e o trabalho é prestado a uma única empresa. Quando o empregador trabalha em uma jornada sub dividida em duas, o longo intervalo entre ambas deve ser remunerado como extra, por que o empregado ficou a disposição do empregador. Revista a que se nega provimento. (Ac. 2ª T 377/82, Proc. RR 889/81, j. 2-3-82, Rel. Min. Marcelo Pimentel, Recorrente: Brilho Conservação e Administração de Prédios Ltda e Cia. Estadual de Energia Elétrica, e Recorrida: Margarida da Silva Santos).

¹⁴ Contratação de empresa para execução de serviços inerentes à atividade da reclamada. Ou há fraude ou mão-de-obra locada em situação não prevista na Lei nº 6.019/74. (Ac. 3ª T 3.874/81, Proc. RR 402/81, j. 4-12-81, Rel. Min. Guimarães Falcão, Recorrente: Ripasa S.A. Celulose e Papel, e Recorridos: Moacir de Oliveira e outros, Transportadora Ruratron Ltda e Madeireira Patriarca Ltda).

A preocupação do TST era de se evitar a exploração do homem pelo próprio homem, nesta linha tem-se a transcrição de um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, de 4-9-86, no incidente de Uniformização no Proc. TST - RR 3.442/84, citado por Sérgio Pinto Martins:

“...é do geral conhecimento que as empresas prestadora de serviços dedicam-se a arregimentar pessoas, mediante contrato, para o fim de prestar serviço, em caráter permanente, e uma terceira pessoa, dita cliente, por força de um contrato de natureza civil, adrede firmado.[...] A empresa prestadora de serviços quer fazer da tarefa de empregar trabalhadores um fim em si mesmo, pois não se apropria do resultado do trabalho por eles prestado, muito menos sofre o risco proveniente do exercício da atividade econômica para o qual o serviço contribuiu, de uma forma ou de outra.”¹⁵

Assim, proibiu o TST, de forma expressa, a contratação de mão-de-obra locada.

A questão abordada e decidida pelo Tribunal Superior do Trabalho bateu de frente com preceitos constitucionais da época. Trata-se do princípio da livre iniciativa previsto no inciso I do artigo 160 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

A Súmula 256 foi editada sob a égide da Carta Magna de 1969, que conforme dito já possuía dispositivo contendo o princípio da livre iniciativa, mas tal Súmula permaneceu no ordenamento jurídico após a promulgação da Carta de 1988, o que à época feria o artigo 170, parágrafo único, bem como os incisos II e XIII do artigo 5º.

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*, p. 120.

Assim, a Súmula 256 beirava à inconstitucionalidade, pois o verbete de certa forma extinguiria as atividades das empresas prestadoras de serviços, podendo executar suas atividades, somente àquelas ligadas aos serviços temporários e de vigilância.

A Súmula, na realidade deveria ser observada de forma restrita exemplificativa, com o fulcro de se evitar fraudes propriamente ditas, empresas que existiam no papel, com total falta de idoneidade financeira, mas não foi isso que aconteceu, a observância das Varas do Trabalho e dos Tribunais foram de forma taxativa.

Com o passar do tempo verificou-se a ineficácia da Súmula 256, que passou a receber críticas do próprio TST, sendo pouco a pouco alterado o entendimento, passando as decisões serem proferidas de forma contrária ao que estabelecia o verbete.¹⁶

Não era possível manter em vigor o citado verbete, uma vez estar em total dissonância com a legislação vigente, sendo abusiva e de certo modo, inconstitucional, pois elencava duas hipóteses somente de terceirização de serviços lícitas, quando na realidade outras eram semelhantes e eram consideradas como ilícitas.

A Súmula 256 foi então, revisada e substituída pela Súmula 331 da mesma Corte, todavia permaneceu válida até o ano de 2003, quando foi efetivamente cancelada pela Resolução 121 do TST, de 19 de novembro daquele ano, permanecendo em vigor a Súmula 331.

¹⁶ Empregado contratado por empresa prestadora de serviços, para sob seu comando e responsabilidade executar a atividade-fim da mesma, de limpeza e conservação para outras empresas. Vínculo de emprego que não se estabelece com o cliente (tomador) a quem só interessa a prestação de serviços. (TST, 1ª T., RR 16.530/90.8, Ac. 2440/91, DJ 5-8-1991).

A atividade de limpeza e conservação não se inclui entre as essenciais para que o Banco obtenha seus resultados: assim, tal contratação de prestação de serviços não se confunde com a hipótese tratada pela Lei nº 6.019/74 e Enunciado 256 do TST. (TST, 1ª T., RR 14.967/90.8, Ac. 2.400/91, Red. Design. Min. Cnéa Moreira, in *LTr* 55-10/1.238).

4.2 A SÚMULA 331 DO TST.

Em 17 de dezembro de 1993, foi aprovada a Resolução Administrativa nº 23/93, que criou a Súmula 331 do TST, de acordo com a orientação do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, tendo sido publicada no Diário de Justiça da União de 21 de dezembro de 1993, com a seguinte redação:

“Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256.

- I- A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3-1-74);*
- II- 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 Constituição da República);*
- III- Não forma vínculo de emprego a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta;*
- IV- O inadimplemento de obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.*

Assim, como a Súmula 256, a 331 também teve bases para sua criação, sendo o Decreto-lei nº 200/67, artigo 10, §7º, Lei nº 5.645/70, artigo 3º, parágrafo único; Leis nº 6.019/74 e nº 7.102/83; Constituição Federal de 1988, artigo 37, inciso II.

Acórdãos do TST, também influenciaram na revisão do Enunciado 256 e a criação da Súmula 331, além dos descritos, forma também utilizados como precedentes: RR 41.974/91, Ac. 4ª T. 1.420/93, Rel. Min. Marcelo Pimentel, *DJ* 18-6-93; RR 35.607/91, Ac. 5ª T. 1.275/93, Rel. Min. José Ajuricaba, *DJ* 25-6-93, entre outros não citados.¹⁷

A Súmula 331 do TST veio afastar o entendimento anterior de ilegalidade da contratação de serviços por empresa interposta, tratando o tema de forma mais minuciosa, trazendo possibilidades de terceirização de serviços antes considerada pela Colenda Corte como ilegal.

A Súmula 331 abriu um leque de possibilidades de terceirização, todavia esta abertura não afastou a responsabilidade do tomador de serviço, não sendo necessariamente o reconhecimento de vínculo com o tomador de serviço, conforme previa o verbete anterior.

Referida Súmula em seus quatro incisos trouxe novidades que não eram encontradas no verbete anterior, destas podemos destacar os serviços prestados à Administração Pública, a citação dos serviços de limpeza, a possibilidade de terceirizar a atividade-meio e a responsabilização subsidiária, sendo esta última o objeto de nosso estudo.

¹⁷ “Contrato de prestação de serviços – Legalidade. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância previstos na Lei nº 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 2-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (Enunciado 256/TST) (Ac. SDI nº 2.333/993, Porc. E-RR 0211/90.6, j. 10-8-93 Rel. Min. Cnéa Moreira, DJ 3-9-93).

Locação de mão-de-obra – Enunciado 256/TST. A Sociedade de Economia Mista, no caso a Companhia Energética do Ceará, pode, amparada pelo artigo 10 § 7º, do Decreto-lei nº 200/67, realizar contratos de locação de serviços. O Enunciado 256 veio para evitar a ocorrência de fraudes e não para impedir contratos legais. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido para excluir da condenação o reconhecimento do vínculo empregatício, mantendo-se a solidariedade. (Ac. 1ª T. 3.308/92, Proc. RR 44.058/92.6, j. 28.10-92, Rel. Min. Afonso Celso, DJ 4-12-92).

Não se há que falar na aplicação do Enunciado 256, do TST, especialmente pela ausência de fraude, já que tanto a contratação do obreiro quanto a celebração do convênio estão dentro dos parâmetros legais. Revista conhecida e provida, para julgar improcedente o pedido. (Ac. 1ª T. 2.340/93, Proc. RR 62.835/92.0, j. 19-8-93, Rel. Min. Ursulino Santos, DJ 1-10-93).

Assim, trazemos uma breve explicação acerca da nova Súmula nos assuntos trazidos em cada inciso.

O inciso I, mantém a velha roupagem do Enunciado 256 do TST, afirmando que contratação de empresa interposta é ilegal, salvo nos casos de trabalho temporário, formando vínculo com o tomador de serviço.

No caso do inciso I, o TST não quis dizer, necessariamente, que esse tipo de contratação é ilegal, mas apenas demonstrar que a ilegalidade advém quando se constate a fraude na contratação, sendo claramente demonstrada a intenção das empresas em burlar a legislação trabalhista.

O inciso II também apresentou uma novidade, pois trouxe especificamente a questão da terceirização com os Órgãos da Administração Pública, sem que houvesse a possibilidade de reconhecimento de vínculo, como nos casos das empresas privadas.

O inciso III exclui a possibilidade de reconhecimento de vínculo para os serviços de vigilância, limpeza e aqueles ligados a atividade-meio. A novidade nesse inciso foi a equiparação dos serviços de limpeza aos de vigilância já considerado como lícito no enunciado anterior e a possibilidade de terceirizar serviços ligados a atividade-meio do tomador de serviço, tema este já superado nesta obra.

Neste inciso também, há uma ressalva para o reconhecimento de vínculo, sendo certo que este só ocorrerá se estiverem ausentes os requisitos inerentes à relação de emprego, quais sejam a pessoalidade e a subordinação direta.

Pessoalidade, no que diz respeito a necessidade do tomador receber serviços de uma única pessoa em específico. Os serviços ligados à atividade-meio do tomador de serviço devem ser aqueles realizados por qualquer pessoa não havendo necessidade de que determinada pessoa os realize.

A subordinação, não pode ser confundida com orientações técnicas da atividade desenvolvida, pois esta somente pode ser passada pelo tomador de serviço que é quem recebe a prestação de serviço. É certo, que o tomador de serviço não poderá controlar a jornada do empregado terceirizado, nem tão pouco tratá-lo como se empregado seu fosse.

Assim, de acordo com o inciso III da Súmula 331 do TST, inexistindo a pessoalidade e a subordinação direta, não há falar-se em reconhecimento de vínculo com o tomador de serviço.

Por fim, o inciso IV alterando totalmente o que previa o Enunciado 256 do TST, afastou o reconhecimento de vínculo empregatício com o tomador de serviços e trouxe uma novidade, que até então, inexistia no ordenamento jurídico, qual seja a responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas.

A Resolução TST nº 96, de 11-9-2000, deu nova redação ao inciso IV, tendo o seguinte texto:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto aquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93).”

Com esta alteração o TST estendeu a aplicação da responsabilidade subsidiária também aos órgãos da administração pública e não só às empresas privadas como no momento da criação da Súmula.

Apesar de a Súmula 331 em tese permitir a contratação de serviços por empresa interposta, divergindo da Súmula anterior, esta ainda, ao nosso entender, mesmo sendo mais branda ainda afronta dispositivos constitucionais, sendo mais especificamente o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal que diz: *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, isto porque o TST ainda restringe as possibilidades de contratação de serviços por empresa interposta, declarando lícita somente aquelas ligadas à atividade-meio do tomador de serviço, quando na realidade não há no ordenamento jurídico lei específica proibindo a contratação de empregados para desenvolver a atividade-fim do tomador de serviço.

Há quem diga também, que a Súmula 331 do TST adveio de uma analogia ao artigo 455 da CLT e da Lei nº 6.019/74, bem como, que a responsabilidade subsidiária decorre das culpas *in eligendo* e *in vigilando*, temas que passaremos a tratar a seguir.

4.3 A ANALOGIA AO ARTIGO 455 DA CLT

A corrente de operadores do Direito na esfera trabalhista divide-se, quanto à questão da legalidade da Súmula 331 do TST. A corrente majoritária entende que a responsabilidade subsidiária prevista no inciso IV da Súmula 331 do TST foi criada em analogia ao artigo 455 da CLT, *verbis*:

“Art. 455. Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro”.

Parte da doutrina, e o próprio TST entendem que havendo lacuna legislativa sobre o tema, nos termos do artigo 8º da CLT, torna-se possível o uso da interpretação analógica, para a aplicação da responsabilidade subsidiária, nos seguintes termos:

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

Trata-se o artigo retro, dos princípios de direito do trabalho utilizado para os casos de lacuna legislativa. Entende esta primeira corrente que a responsabilidade constante na letra do artigo 455 da CLT decorre de natureza civil, haja vista a relação jurídica formada com o empregado do subempreiteiro e o empreiteiro principal não é de fato uma relação trabalhista, mas apenas, uma relação decorrente de um contrato celebrado na esfera civil.

Faz-se mister destacar, que no aludido dispositivo menciona-se a responsabilidade solidária do empreiteiro principal, e não a responsabilidade subsidiária. Nesta linha, utilizou-se deste dispositivo para criar a tão citada e polêmica responsabilidade subsidiária, de forma menos gravosa que no artigo 455 da CLT, vez que não há relação de emprego entre o tomador de serviço e o empregado da empresa prestadora de serviço, mas tão somente, conforme mencionado anteriormente uma relação de trabalho.

Esta responsabilidade aplicada, de acordo com o posicionamento desta primeira corrente, decorre das culpas *in vigilando* e *in eligendo*, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil, as quais trataremos mais adiante.

O entendimento é que a empresa tomadora de serviços, de certo modo, causou danos ao empregado prestador de serviço, por ter contratado empresa inidônea, ou pelo fato de não ter fiscalizado suas atividades bem como o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas.

Sérgio Pinto Martins, é participante desta primeira corrente, e afirma que o trabalhador não poderá retornar ao *status quo ante*, isto pelo fato de não ser possível a devolução da energia de trabalho despedida, assim, deve o empregado receber da pessoa que se beneficiou dos serviços prestados, e assim continua:

*“O não pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado mostra inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços. Isso indica que a tomadora de serviços tem culpa in eligendo e in vigilando, pela escolha inadequada da empresa inidônea financeiramente e por não fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhistas”.*¹⁸

A segunda corrente por outro lado, defendida por poucos, afirma com veemência a impossibilidade da citada analogia ao artigo 455 da CLT, por tratar referido dispositivo de responsabilidade solidária e não subsidiária, conforme consta no verbete da Colenda Corte.

Ademais, frisam os defensores desta corrente que a responsabilidade subsidiária pressupõe benefício de ordem, ou seja, somente torna-se possível atingir-se o responsável subsidiário quando exauridas todas as possibilidades de se responsabilizar o devedor principal.

Na responsabilidade solidária não ocorre desta forma, pois na mesma obrigação concorre mais de um devedor, sendo o principal e o solidário obrigados à toda dívida, e não parte dela como no caso de um tomador de serviço de apenas um período do contrato de trabalho do empregado prestador de serviço.

Ademais, imperioso ressaltar que a solidariedade decorre de lei ou vontade das partes, nos exatos termos do artigo 267 do Código Civil, sendo por mais este motivo, impossível de ser interpretada a responsabilidade subsidiária de forma analógica ao artigo 455 da CLT.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*, p. 140.

Apesar de minoritária corroboramos com a segunda corrente, pois entendemos que a responsabilidade subsidiária criada pelo TST, não possui nenhum embasamento legal, não havendo que se falar em analogia ao já citado dispositivo pelos motivos ora expostos, pois a situação prevista no artigo citado, apesar de ter pontos semelhantes, não apresenta as mesmas conseqüências, qual seja a responsabilidade solidária e não subsidiária.

4.4 DAS CULPAS IN ELIGENDO E IN VIGILANDO

A responsabilidade subsidiária é aplicada com fundamento nas culpas *in eligendo* e *in vigilando*, de acordo com o que já foi mencionado. Estas culpas decorrem da responsabilidade civil, quando há a pratica de ato ilícito ou não, desde que este traga alguma lesão a outrem

Os integrantes da sociedade em suas relações entre si, possuem obrigações que são impostas pela Lei. Quando algumas dessas obrigações são descumpridas, surge o dever jurídico de reparar o dano causado a outrem.

Ressalte-se, que para que haja necessariamente o dever de reparar o dano, mister se faz que a conduta seja ilícita e praticada de forma culposa pelo agente. A culpa mencionada deve ser entendida tanto em sentido estrito como no caso de dolo. O primeiro seria a conduta voluntária divergente ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível, ou seja, falta de cautela por imperícia, negligência ou imprudência. O segundo por sua vez refere-se à vontade livre e consciente de praticar o ato lesivo.

A culpa *in eligendo*, nada mais é do que a falta de cuidado na escolha de determinada pessoa para o desenvolvimento de alguma atividade. A culpa *in vigilando* por outro lado é o descuido e a falta de fiscalização das atividades realizadas por outrem.

A responsabilidade civil, regra geral, é imposta ao agente de ato danoso, todavia admite-se no ordenamento jurídico pátrio a responsabilização de quem não praticou o ato lesivo na chamada responsabilidade por fato de terceiro.

Cabe, portanto, ao tomador de serviço eleger cuidadosamente a empresa prestadora de serviços, e, ainda, acompanhar cuidadosamente o desenrolar da prestação de serviços, verificando, deste modo, a possibilidade de a prestadora de serviço estar praticando algum ato lesivo aos seus empregados.

V – A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O inciso IV da Súmula 331 do TST, trouxe em seu texto uma novidade ainda tão polêmica quanto o reconhecimento de vínculo previsto na Súmula 256 do TST, estamos falando da responsabilidade subsidiária.

Já mencionamos que a responsabilidade subsidiária não possui lei que a regule ou a estabeleça. A responsabilidade subsidiária foi uma criação jurisprudencial, que de acordo com a maioria dos doutrinadores e com o próprio TST, foi criada em analogia ao artigo 455 da CLT, tema também já superado no capítulo anterior.

Há que se ressaltar também que referida responsabilidade decorre das culpas *in eligendo* e *in vigilando*, ou seja, o beneficiário da prestação de serviços deve eleger empresa idônea para lhe prestar serviço, bem como, tem o beneficiário o dever de fiscalizar a prestação de serviços e as atividades da empresa cedente da mão-de-obra, a fim de verificar alguma irregularidade no que diz respeito a observância à legislação trabalhista.

Nos dias atuais, tal responsabilidade é aplicada ao tomador de serviço caso a empresa prestadora de serviço, devedora principal, não honre com as obrigações trabalhistas.

Para que haja o reconhecimento da responsabilidade subsidiária, faz-se mister que a empresa tomadora de serviço esteja inclusa no pólo passivo da ação. Inadmissível que a empresa tomadora de serviço seja responsabilizada na fase de execução se não foi parte na fase de conhecimento, sob pena de afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

A palavra subsidiariedade vem do latim *subsidiarius*, que significa secundário.

Não há na doutrina uma conceituação do que especificamente viria a ser a responsabilidade subsidiária, assim como não há norma tratando do tema. Todavia, podemos tentar conceituar a mesma com o fito de tornar mais claro o entendimento do que viria ser a responsabilidade subsidiária.

Assim, podemos conceituar responsabilidade subsidiária como um artifício técnico criado para facilitar o cumprimento de uma obrigação, sendo que o responsável subsidiário responde, somente, no caso de descumprimento por parte do devedor principal, depois de esgotadas todas as medidas executórias.

Deste ponto, podemos esclarecer que a subsidiariedade não pode se confundir em hipótese alguma com a solidariedade, pois questões há que as tornam institutos completamente diferentes.

A responsabilidade solidária decorre de lei ou de vontade das partes, é o que preceitua o artigo 265 do Código Civil. Na responsabilidade solidária o devedor solidário responde pela integralidade da obrigação, não sendo necessário exaurir os meios de execução contra o devedor principal.

Por outro lado, a responsabilidade subsidiária não decorre de lei, trata-se entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula 331 do TST. Na responsabilidade subsidiária o devedor subsidiário não responde necessariamente pela integralidade da obrigação, pois pode ter sua responsabilidade delimitada pelo período em que se beneficiou da prestação de serviço, e outra grande diferença é que o responsável subsidiário, na qualidade de devedor secundário, somente irá responder caso o devedor principal não cumpra com a integralidade da dívida, sendo certo que todas as possibilidades de execução deverão ser utilizadas, inclusive no que diz respeito à despersonalização da pessoa jurídica.

Assim, considerando o entendimento cristalizado na jurisprudência, deve o tomador de serviço agir com cautela na contratação de seus prestadores de serviços, sendo imperiosa a verificação da situação econômica da empresa prestadora, bem como a necessidade de fiscalizar todas as atividades desenvolvidas pela mesma.

Deve-se observar também a empresa tomadora de serviço, se o serviço que esta terceirizando não está ligado a sua atividade-fim, pois de acordo com a Súmula é ilícita a terceirização de atividade-fim, sendo reconhecido o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviço.

VI – A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Afirmamos anteriormente que a Súmula 256 do TST estava em dissonância com preceitos constitucionais fundamentais. Na constituição anterior, o verbete afrontava o princípio da livre iniciativa previsto no inciso I do artigo 160 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Isto porque, com a edição da Súmula, de certo modo, o TST estava proibindo e impedindo o desenvolvimento das atividades das empresas prestadoras de serviços.

Com o advento da Constituição de 1988, a situação não mudou, o verbete além de afrontar literalmente o princípio da livre iniciativa, agora previsto no artigo 170, parágrafo único, também afrontava o princípio da legalidade e da reserva legal previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição de 1988.

Por estar evidente a inconstitucionalidade da Súmula 256 o TST revisou a mesma criando a Súmula 331 do TST, a qual tornou lícita a contratação de empregados por empresa interposta.

Todavia, a nova Súmula trazia outra restrição, qual seja a proibição de terceirização de atividade-fim, bem como afastou o reconhecimento de vínculo empregatício quando a prestação de serviços versar da realização de atividade-meio e, criou a responsabilidade subsidiária para o tomador de serviços.

Apesar de ter sido revisada e estar vigente até a presente data, sendo aplicada constantemente pelos órgãos da justiça do trabalho, a Súmula 331 do TST ainda apresenta irregularidades no que tange à comparação com princípios constitucionais.

Assevera o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer se não em virtude de lei. Já falamos que não há norma específica tratando da terceirização de serviços, bem como entendemos que a Súmula 331 do TST não está amparada em Lei, não havendo que se falar em analogia ao artigo 455 da CLT.

Nesta linha a Súmula está em desacordo com o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, vez que proibi a contratação de empregados por empresa interposta quando esta contratação versar sobre atividade-fim do tomador de serviços.

Os entendimentos jurisprudenciais sumulados dos tribunais deverão ser utilizados de modo exemplificativo, e não de forma taxativa como o é, nem tão pouco servir de instrumento normativo.

Assim o diz Sérgio Pinto Martins:

“A Súmula 331 do TST não pode ser entendida como taxativa, mas podem existir outras atividades que podem ser terceirizadas ou pode existir fraude nas atividades nele indicadas”.

A Súmula também trouxe em seu corpo o reconhecimento da responsabilidade subsidiária ao tomador de serviço, se por acaso o empregado ingressar com reclamação trabalhista em face de seu empregador e este inadimplir com suas obrigações trabalhistas.

O princípio da legalidade visa combater o poder arbitrário do Estado, e porque não estender esta afirmativa aos Tribunais do país. As obrigações somente poderão ser impostas se advir de uma das espécies normativas previstas na Constituição Federal.

Neste sentido nos ensina Alexandre de Moraes:

“Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, podem se criar obrigações para o individuo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives

*Granda Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei”.*¹⁹

Sérgio Pinto Martins, tratando do princípio da legalidade, afirma que “...aquilo que não é proibido é permitido...”²⁰, assim não há como penalizar um indivíduo por prática não prevista em lei, pois em tese tal ato, por mais que pareça ilícito se não for previamente previsto em lei, é permitido.

Destarte, simples de ser entendido. O princípio da legalidade versa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude lei. Resta claro, deste modo, que é imperiosa a existência de uma norma para criação de uma obrigação ou restrição de alguma conduta, e diga-se válida somente aquela espécie normativa prevista na Lei Maior, ou seja, não há que se admitir que se criem obrigações, tais como, a responsabilidade subsidiária e proíba-se a contratação de serviços por empresa interposta quando da realização de atividade-fim através de uma Súmula, que adveio de uma Resolução Administrativa.

De acordo com o artigo 59 da Constituição Federal, são espécies normativas primárias, *verbis*:

“Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de”:

I – emendas à Constituição;

II – leis complementares;

III – leis ordinárias;

IV – leis delegadas;

V – medidas provisórias;

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional* p. 71.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*, p. 115.

VI – decretos legislativos;

VII – resoluções.”“.

As espécies normativas acima citadas são espécies primárias que retiram sua validade diretamente da Carta Constitucional, sendo certo que neste rol não estão inclusas as Súmulas que são criadas através de Resoluções Administrativas, não sendo, portanto, espécie normativa primária.

Por não estarem inclusas no rol de espécies normativas primárias, bem como, por não serem criadas na forma legislativa prevista na Carta Magna, as Resoluções Administrativas, as Súmulas e Portarias, não tem o condão de criar obrigações e nem tão pouco a de restringir qualquer atividade, se não houver Lei para tal fim.

Nesta linha, conclui-se que a Súmula 331 do TST, quando trata da responsabilidade subsidiária em seu inciso IV, e, especifica que só é lícita a contratação de serviço por empresa interposta se tratar de atividade-meio, excluindo, deste modo, a atividade-fim do tomador de serviço, é deveras inconstitucional, por afronta direta ao texto do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal.

VII – PRESSUPOSTOS PARA DECLARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A Súmula 331 do TST está sendo aplicada e utilizada diariamente nas decisões prolatadas pelos órgãos da justiça do trabalho, sendo os tomadores de serviços responsabilizados subsidiariamente.

Assim, o diz o inciso IV da Súmula 331 do TST:

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93)”.

Fato hoje, é que o tomador de serviço quando procede a locação de mão-de-obra, é responsabilizado subsidiariamente, caso o empregado cedido ingresse com uma ação na Justiça do Trabalho, estando vinculado à empresa prestadora de serviço até o momento da quitação total do valor envolvido no processo, conforme o item acima citado.

Em se constatando o inadimplemento das obrigações trabalhistas, o responsável subsidiário torna-se o devedor principal ficando obrigado a adimplir o valor não honrado pela empresa prestadora de serviço.

Todavia, alguns pontos devem ser observados antes que tal responsabilidade recaia sobre o tomador de serviço. Estes pontos não estão expostos no texto da Súmula, mas devem ser observados pelos juízes da Justiça do Trabalho, que muitas vezes condenam empresas que se quer se beneficiaram dos serviços do empregado.

Algumas decisões estão embasadas no simples fato de existência de contrato de prestação de serviços entre empresas, sendo certo que em alguns casos, como por exemplo, o autor da reclamação, mesmo sem nunca ter prestado serviço à determinada empresa, a incluí no pólo sabendo das condições da sua empregadora, indicando outras empresas que conhece e as insere no pólo passivo como tomador de serviços.

Por certo, que não se pode generalizar tal conduta, mas de fato ocorre em muitos processos, por isso os Magistrados devem ter o cuidado de apurar de forma extremamente minuciosa os pressupostos para a declaração da responsabilidade subsidiária, inclusive no que tange à limitação temporal.

Primeiramente, deve haver por parte do reclamante a prova inequívoca de prestação de serviços em regime de cessão de mão-de-obra, ou não sendo a atividade desenvolvida nas dependências do tomador de serviço, deve o reclamante provar a prestação de serviço com exclusividade para este.

Cumpra ao reclamante, ainda que haja apenas uma empresa como tomadora de serviço no pólo passivo da demanda, provar o período exato de prestação de serviço em favor desta, não podendo o magistrado presumir pelo simples fato de ter o reclamante indicado apenas um tomador que o mesmo tenha trabalhado durante todo o contrato de trabalho em favor do tomador constante no pólo passivo da demanda.

Em fase de execução, após declarada a responsabilidade subsidiária, há que se observar pontos importantes para executar o tomador de serviço, quais sejam: deve ser a execução de verbas delimitada ao período de prestação de serviço provado no processo; deve ficar constatado o inadimplemento das obrigações trabalhistas, podendo o responsável subsidiário ser executado somente após esgotadas todas as medidas possíveis; e, somente poderão fazer parte da execução do tomador de serviço as obrigações trabalhistas.

A responsabilidade subsidiária passou a ser admitida em nosso ordenamento jurídico, por tratar-se o Direito do Trabalho um instrumento protetivo do trabalhador não podendo o mesmo ficar desamparado.

Nesta linha, passaremos a tratar cada item de forma mais explicada, a fim de tornar mais claro nosso entendimento acerca da correta aplicação da responsabilidade subsidiária.

7.1 DO REGIME DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA COMO PRESSUPOSTO PARA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

Como sabemos, a construção do entendimento de responsabilização subsidiária é totalmente jurisprudencial, e o mesmo se apóia na existência de cessão de mão-de-obra.

Ocorre que não existe qualquer conceituação legal do que seria o trabalho em regime de cessão de mão-de-obra. Neste prisma, a lei 8.212/91 buscava conceituar este fenômeno, mas as disposições sobre o tema foram revogadas em 1997.

O único dispositivo sobre o tema cessão de mão-de-obra que se encontra em nosso arcabouço jurídico é a previsão constante no Decreto 3.048/99, que segue abaixo transcrito:

“Art. 219...

[...]

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, 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, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.”(grifamos)”.

Apesar do comando legal mencionar que a definição se faz exclusivamente para os fins do Decreto, ressalta-se que é a única referencia legal existente, e pelo conceito acima, verifica-se que somente existe a cessão de mão-de-obra na hipótese de uma empresa ceder um empregado seu para trabalho em outra empresa que a tenha contratado, nas suas dependências, e em trabalho contínuo.

O conceito acima menciona que cessão é a colocação de empregado a disposição de outra empresa, em serviços contínuos, ou seja, determina-se que um empregado irá trabalhar nas dependências de outra empresa, e o poder de comando e o local de trabalho serão transferidos para o contratante, no caso, tomador de serviço.

Desta forma, o empregado envolvido na referida cessão estaria a disposição de um único contratante/tomador de serviço, com o poder de comando do trabalho transferido para este.

Não se trata de qualquer prestação de serviços, mas somente da hipótese na qual cede-se um empregado a outra pessoa jurídica. Nesta hipótese, não é possível vislumbrar a existência de diversos tomadores simultâneos, pois neste caso, não se trataria de prestação de serviços com cessão de mão-de-obra, mas tão somente de prestação de serviços.

A construção jurisprudencial na qual se baseia a Sumula 331 do TST não pretendeu responsabilizar qualquer contratante de serviços, o que seria inclusive de juridicidade duvidosa, e poderia por desestabilizar as relações comerciais comuns, que sempre se basearão em prestação de serviços. Somente naquelas contratações nas quais o trabalhador é deslocado das dependências de seu empregador, para prestar serviços nas dependências de outrem, sob comando do contratante, ou mesmo é contratado especificamente para esta finalidade, é que poderia se falar na responsabilização em apreço.

A intenção, portanto, é de coibir a fraude trabalhista, na hipótese de o beneficiário do serviço se furtar da contratação de um empregado seu, ou mesmo de explorar mão de obra via pessoa interposta. Ocorre que tal situação somente seria possível de ocorrer na hipótese de único tomador de serviços, perfeitamente identificável.

A cessão de mão-de-obra é fundamental para se identificar o tomador de serviço, sendo extremamente importante que o empregado tenha trabalhado nas dependências do tomador de serviço, do contrário não há que se falar em responsabilidade subsidiária do tomador, vez que o poder de comando a este não foi transferido, não sendo possível saber se as atividades daquele empregado são direcionadas com exclusividade a determinado tomador de serviço.

Neste sentido, afirma Sérgio Pinto Martins:

*“Se o trabalho era realizado pelo empregado nas dependências do próprio prestador de serviços, não se pode falar em responsabilidade subsidiária do tomador”.*²¹

É imprescindível a cessão de mão-de-obra como requisito para a aplicação da responsabilidade subsidiária, uma vez que na possibilidade de o empregado desenvolver suas atividades nas dependências do prestador de serviço, não há como delimitar a responsabilidade de cada tomador, nem verificar o tempo despedido para cada um.

Há, porém, a possibilidade de que as atividades sejam desenvolvidas nas dependências do prestador de serviços e haja o reconhecimento da responsabilidade subsidiária, isso decorre se ficar claramente demonstrado nos autos que o empregado desenvolvia suas atividades com exclusividade à determinado tomador de serviço.

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*, p. 141.

Assim, tem-se o primeiro pressuposto para a aplicação da responsabilidade subsidiária, qual seja a cessão de mão-de-obra.

7.2 DA PROVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

A regra é que o ônus da prova é de da parte que apresenta suas alegações, é a lição apresentada por Sérgio Pinto Martins:

*“O empregado deverá provar que prestou serviços para a empresa tomadora de serviços, por tratar-se de fato constitutivo do seu direito (art. 333, I do CPC), caso tal fato seja negado”.*²²

No mesmo sentido asseveram os artigos 333, inciso I do CPC e o artigo 818 da CLT, *verbis*:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;”

“Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

O ônus da prova cabe ao empregado, sempre que a empresa tomadora de serviço negar ter sido beneficiada pelas atividades do empregado.

Assim, cabe ao empregado provar de forma inequívoca a prestação de serviço em favor de determinado tomador de serviço, sendo imperiosa a demonstração de atividades em regime de cessão de mão-de-obra, ou caso suas atividades tenham sido desenvolvidas nas dependências da empresa prestadora de serviço, ainda assim, cabe a este provar que suas atividades foram desenvolvidas de forma contínua e com exclusividade a determinado tomador.

²² MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*, p. 141.

Não há que se falar em declaração de responsabilidade subsidiária se o empregado não provar a prestação de serviço para o tomador, não podendo ser esta atividade presumida pelo simples fato de existir contrato de prestação de serviços entre as empresas participantes do pólo passivo da demanda.

O ônus da prova deixa de ser do empregado se por acaso em defesa a empresa tomadora de serviço reconhecer a existência de prestação de serviço por parte daquele empregado, bem como passa o ônus a ser da empresa se esta trouxer fatos extintivos ou modificativos do direito do autor.

Imaginemos a hipótese de um empregado ingressar com ação trabalhista contra seu empregador e outra empresa, alegando que esta era sua tomadora de serviço. Em defesa a tomadora não nega a prestação de serviço, mas apresenta fato extintivo do direito do autor, afirmando que este ativa-se em suas dependências apenas duas vezes por semana para cobrir folgas de outros empregados. Nesta hipótese, deverá a empresa tomadora de serviço provar suas alegações, pois do contrário ficará reconhecida a responsabilidade subsidiária da tomadora, pois não se desvencilhou do ônus que lhe cabia.

Assim, apresentamos mais um pressuposto para a declaração da responsabilidade subsidiária, qual seja a prova da prestação de serviço por parte do empregado.

7.3 DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS.

O inciso IV da Súmula 331 do TST, assevera que o tomador de serviços ficará responsável subsidiário pelas obrigações trabalhistas, e tão somente estas, não apresentando em seu texto qualquer outro tipo de obrigação.

Após a E.C. nº 45, a justiça do trabalho passou a ser competente para conhecer e julgar ações onde haja o pleito de indenização por danos morais e materiais.

É comum também verificarmos as decisões onde constem as aplicações de multas, sejam aquelas previstas na CLT ou aquelas decorrentes de Convenção Coletiva da categoria.

Destaque-se também, as obrigações de fazer, como baixa e anotações da CTPS do empregado, ou entrega de guias para soerguimento de FGTS ou para habilitação no seguro desemprego.

Ante o caráter protetivo da justiça do trabalho, nos dias atuais está virando cada vez mais comum serem prolatadas decisões com esse tipo de condenação para o tomador de serviço como responsável subsidiário, o que via de regra ao nosso entender é uma verdadeira arbitrariedade.

Entenda-se como obrigação trabalhista às verbas de natureza pecuniária decorrente do contrato de trabalho, ou seja, são obrigações ou verbas trabalhistas os salários, o décimo terceiro, as férias acrescidas do terço constitucional, os fundo de garantia por tempo de serviço, a multa de 40% sobre os depósitos fundiários, as horas extras, os adicionais de periculosidade, de insalubridade, e, demais verbas que decorram das atividades desenvolvidas no transcorrer do contrato de trabalho.

Neste prisma, quando se fala em responsabilidade subsidiária das obrigações trabalhistas, está a Súmula tratando das verbas pecuniárias decorrentes do contrato de trabalho do empregado. Assim, não há que se falar em responsabilidade subsidiária por qualquer outra verba de condenação.

As multas possuem um caráter punitivo, por eventual ato ilícito praticado pelo empregador, estas também possuem uma natureza personalíssima, uma vez que visa coibir um ato ilícito praticado, não podendo em hipótese alguma ser transferida a outrem. Todavia, não tem sido este o entendimento predominante, para a maioria dos magistrados as multas integram o rol de obrigações trabalhistas, sendo conseqüentemente o tomador de serviço responsabilizado pelas mesmas.

No que se refere às obrigações de fazer, estas também não podem ser transferidas ao responsável subsidiário, pois a menos que haja o reconhecimento de vínculo com o tomador de serviço, este não poderá ser responsabilizado por tais obrigações, até porque muitas delas não surtiriam efeito jurídico, senão vejamos: como pode um tomador de serviço fornecer guias para soerguimento do FGTS depositado ou fornecer os formulários hábeis a efetuar a habilitação do seguro desemprego do empregado. Ainda que o devedor subsidiário forneça tais formulários e cumpra a determinação de obrigação de fazer, efeito algum terá tais documentos, vez que não houve reconhecimento de vínculo, e, não sendo o real empregador de nada adiantará o cumprimento das obrigações, haja vista não serem estas eficazes, não alcançando, deste modo, o objetivo almejado.

No mesmo sentido têm-se as condenações em pagamento de indenizações por danos morais ou materiais. O responsável subsidiário não pode ficar responsabilizado por tais verbas, vez que estas também possuem natureza personalíssima. Somente poderá ser o tomador de serviço responsabilizado por tal condenação se por acaso tenha sido este o causador do dano, o que neste caso, não haveria que se falar em responsabilidade subsidiária, mas em devedor principal.

Assim, outra questão que deve ser observada para a aplicação da responsabilidade subsidiária é a observância literal ao texto da Súmula, no que diz respeito à responsabilização somente às obrigações trabalhistas, sendo mister ressaltar somente àquelas decorrentes do contrato de trabalho com caráter pecuniário, não havendo que se falar em nosso entendimento, em responsabilidade subsidiária ao pagamento de multas, obrigações de fazer ou não fazer, ou pagamento de indenizações que não se relacionem ao contrato de trabalho.

7.4 DA EXECUÇÃO DO RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO.

Mencionamos anteriormente, quando tratamos da responsabilidade subsidiária, que esta tinha seu significado extraído do latim secundário. Falamos também que a responsabilidade subsidiária é um benefício de ordem.

Superadas estas questões chegamos a um ponto importantíssimo de nossa obra, a execução. É na execução que se saberá as conseqüências que recairá sobre o tomador de serviço, agora responsável subsidiário.

Salientamos também, que de acordo com o artigo 472 do CPC, o tomador de serviço somente poderá participar no pólo passivo do processo de execução se participou do processo de conhecimento.

Na execução, na qualidade de devedor subsidiário, de acordo com a Súmula 331 do TST, o tomador de serviço somente responde pelas obrigações trabalhistas nos casos de inadimplemento por parte do empregador, empresa prestadora de serviço.

Ainda que já seja do conhecimento de todos que a empregadora, empresa prestadora de serviços, esteja em estado de insolvência, não poderá ser o tomador de serviço executado na integralidade da dívida, ou na proporcionalidade que lhe cabe, sem antes exaurir todos os meios previstos em lei contra a devedora principal, afinal o tomador de serviço é o devedor secundário.

Assim, após a liquidação da sentença, deve a execução seguir em face do devedor principal, devendo este proceder ao depósito para garantia do juízo ou pagamento do processo, ou não fazendo nomear bens à penhora. Poderá ser realizado também um instrumento muito utilizado na justiça do trabalho, qual seja a penhora *on-line* do convenio *Bacen-Jud*.

Depois de exauridas estas fases, não se tendo achado valor algum ou bem para garantir a execução, deverá ser efetuada a despersonalização da pessoa jurídica e iniciar os mesmos trâmites contra os integrantes da sociedade, seja a penhora de bens ou a do convênio *Bacen-Jud*.

A possibilidade de execução dos bens dos sócios ou dos administradores da sociedade está amparado no artigo 50 do Código Civil, *verbis*:

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

Assim, por ser plenamente legal a execução dos bens dos sócios, deve também este instrumento ser utilizado na execução no processo trabalhista antes de se atingir os bens do responsável subsidiário.

Em sendo a devedora principal falida, após a liquidação da sentença, o crédito do autor deverá ser habilitado na massa falida, sendo, inclusive, executado pelo juízo universal da falência.

Neste prisma, o artigo 768 da CLT dispõe que *“terá preferência em todas as fases processuais o dissídio cuja decisão tiver de ser executada perante o juízo de falência”.*

Sérgio Pinto Martins, assevera que *“As ações de natureza trabalhista serão processadas perante a justiça do trabalho até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro geral de credores pelo valor determinado na sentença (§2º do art. 6º da Lei de Falências)”.*²³

Neste caso, o responsável subsidiário somente responderá caso o crédito não seja satisfeito pela massa falida, salientando que o mesmo somente será responsabilizado por sua cota de responsabilidade, a qual já tem que ser delimitada em fase de conhecimento.

²³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*, p. 686.

Então, somente depois de utilizada todas as medidas cabíveis para a satisfação do crédito pelo devedor principal em sua integralidade, e terem restado estas infrutíferas é falar-se-á em execução dos bens do devedor subsidiário.

Assim, neste último tópico há que se destacar a importância das medidas acima expostas, antes de se executar os bens do devedor subsidiário.

CONCLUSÃO

Esposadas as questões atinentes à responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, há a necessidade de se esclarecer que o tema não foi esgotado ante a sua complexidade, todavia, as questões ora tratadas nos apresentam fontes suficientes para melhor compreendê-lo.

A terceirização de serviços pode ser vista sim como uma das modernidades do Direito do Trabalho, porém deve ser controlada em respeito às conquistas adquiridas por categorias das mais diversas, e como forma de proteger o trabalhador que na maioria das vezes, ou porque não dizer sempre é a parte frágil da relação.

O Tribunal Superior do Trabalho, na qualidade de órgão máximo da Justiça do Trabalho, tentou de certa forma proteger o trabalhador das fraudes praticadas, tanto pelas empresas prestadoras de serviços, como pelas que contratam os serviços.

Considerando o caráter protetivo da Justiça do Trabalho, temos que Súmula 331 do TST encontra-se em pleno vigor sendo aplicada não como orientação, mas como se norma fosse.

É aceitável o posicionamento do TST em relação ao tema, vez que inexistindo norma específica para regulá-lo, as fraudes já existentes com a presença da Súmula seriam ainda maiores, o que de certa forma, não pode ser admitido.

A questão abordada no presente trabalho, apesar de discutirmos em muito o tema, não é propriamente acerca da legalidade ou não da Súmula 331, mas precisamente sobre a forma de aplicação da responsabilidade subsidiária prevista em seu inciso IV, que por vezes no intuito de não deixar o trabalhador desprovido de seu sustento acaba por banalizar as formas de sua aplicação.

Uma empresa não pode ser responsabilizada por obrigações trabalhistas de um empregado que nunca lhe prestou serviços. Afirma-se isto, porque é comum nos depararmos com sentenças que fundamenta a responsabilidade subsidiária no fato de existir o contrato de prestação de serviço. Por isso falamos da necessidade da prova da prestação de serviços pelo autor da reclamação trabalhista, devendo ficar claro que o empregado tenha desempenhado suas atividades em favor de determinada empresa, sendo certo também a necessidade de demonstração do período de prestação de serviços, do contrário não há que se falar em responsabilização da empresa tomadora de serviços, sob pena de se gerar insegurança jurídica o que é repudiado pela Lei Suprema.

A prova da prestação de serviços também se estende à questão do desenvolvimento das atividades nas dependências do tomador de serviço, ou seja, deve haver o trabalho com regime de cessão de mão-de-obra. O poder diretivo do empregado deve, em termos, ser transferido ao tomador de serviço, este deve estar no controle das atividades desenvolvidas pelo empregado.

Ademais, este é o significado de contratação por interposta empresa, trata-se da colocação de empregado por uma empresa nas dependências de outra para desenvolver atividades em favor desta última. Assim, inexistindo cessão de mão-de-obra, inexistente terceirização, e logo, não há que se falar em responsabilidade subsidiária.

Outro ponto que também foi abordado, é a questão do limite da responsabilidade subsidiária apenas para as obrigações trabalhistas de cunho pecuniário, e tão somente estas. A responsabilidade subsidiária está tão banalizada que os tomadores de serviços são responsabilizados, por multas, por indenizações que não decorrem do contrato de trabalho, mas da relação empregado-empregador, sem falar ainda nas obrigações de fazer, como anotações em CTPS, fornecimento de guias para soerguimento dos depósitos fundiários ou para habilitação no seguro desemprego etc.

A responsabilidade subsidiária de acordo com o próprio texto da Súmula deve ficar adstrita às obrigações trabalhistas, não pode ser interpretada de forma extensiva, com o fim único de penalizar determinada empresa pelo fato de apenas ter usufruído os serviços do empregado. A finalidade do verbete é o de proteger as verbas a que o empregado faz jus em razão de seu caráter alimentar e não de penalizar o tomador de serviço, de um ilícito praticado pelo prestador de serviço.

Explanou-se também acerca da execução do responsável subsidiário, este não é devedor principal, assim todas as formas de execução do real devedor principal deve ser adotada pelo juiz, inclusive a busca de bens dos sócios da empresa prestadora de serviços. No caso de massa falida, o crédito do reclamante deve ser habilitado na massa. Quando se fala em responsabilidade subsidiária em execução, não se pode admitir a execução do responsável subsidiário pelo simples inadimplemento do devedor principal.

Infere-se, deste modo, que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, apesar de não ser prevista em lei é uma forma de proteção do trabalhador, todavia deve ser aplicada de forma justa e imparcial, sendo considerados os pontos ora discutidos quais sejam a prova da prestação de serviços, o regime de contratação com cessão de mão-de-obra, a proporcionalidade da prestação de serviços, as formas de execução do responsável subsidiário e os limites da responsabilidade subsidiária.

De preferência, a terceirização deve ser realizada com empresas especializadas e idôneas financeiramente, a fim de se evitar uma futura responsabilização subsidiária pelos débitos trabalhistas do empregado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTINS, Sérgio Pinto - *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, 8ª edição, rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto – *Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentença e outros* – 24ª edição – São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto – *Comentários às Súmulas do TST* – 3ª edição – 2ª reimpressão – São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional* – 15ª edição – São Paulo: Atlas, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* – 6 ed. – São Paulo: Ltr, 2007.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho: prefácio Octavio Bueno Magano*. – São Paulo: Ltr, 1994.

FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho* – São Paulo: LTr, 2006.

MARCANTE, Carolina Pereira. *A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços terceirizados*. *Jus Navegandi*, Teresina ano 9, n. 566, 24 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6209> Acesso em: 05 de abril 2010.