

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMIA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DOS CONTRATOS E
RESPONSABILIDADE CIVIL

JOSIANE CASTRO DE OLIVEIRA RAMPON

O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EMPRESARIAIS E AS
SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO DO TRABALHO

PORTO ALEGRE

2010

Josiane Castro de Oliveira Rampon

O Contrato de Prestação de Serviços Empresariais e as suas Repercussões no
Direito do Trabalho

Trabalho de Conclusão de Curso de
Especialização apresentado como requisito
parcial para a obtenção de título de Especialista
em Direito dos Contratos e Responsabilidade
Civil, pelo Curso de Especialização em Direito dos
Contratos e Responsabilidade Civil da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Orientador: Prof. MS. Alexandre Correa da Cruz

PORTO ALEGRE

2010

*Dedico este trabalho à minha família sempre;
pelo apoio incondicional.
Em especial aos meus pais Joelci e Marion
pelo carinho, paciência e compreensão;
À minha filha Isadora, pelo amor incondicional
e pelo sacrifício do nosso tempo de convívio;
E ao meu marido Adair pela resignação,
até mesmo nos dias de stress elevado e pressão total!*

*“Quando o direito ignora a realidade,
a realidade se vingará, ignorando o direito”.*

George Ripert

RESUMO

O presente trabalho tem por desígnio o enfrentamento da temática dos contratos de prestação de serviços empresariais, e a conseqüente repercussão no Direito do Trabalho. Em decorrência da modernização das relações de trabalho, houve um considerável aumento das terceirizações, assim, faz-se imprescindível a apreciação de algumas questões relevantes que atingem especificamente a contratação das empresas prestadoras de serviços. Em face da omissão legal, a definição sobre terceirização existe apenas no campo doutrinário e jurisprudencial. Assim, considera-se terceirização a prática adotada por algumas empresas denominadas contratantes ou tomadoras, onde as atividades não essenciais ao seu objetivo precípua, são repassadas, mediante um contrato, a empresas prestadoras de serviços, chamadas contratadas ou prestadoras. Como conseqüência da terceirização dos serviços há que se pensar sobre a possibilidade da constituição do vínculo empregatício, devido ao preenchimento de alguns requisitos que evidenciam a relação de emprego, entre a empresa tomadora dos serviços e o pessoal empregado pela prestadora, como habitualidade, horário, pessoalidade, subordinação e remuneração salarial, bem como a responsabilidade subsidiária, ou em determinadas situações até mesmo solidária. O contrato de prestação de serviços não possui caráter trabalhista, e está regulado pelo Código Civil brasileiro, diferentemente da relação de emprego que está regulada pela CLT. Em decorrência deste contrato, há a transferência para a empresa prestadora, das atividades que antes eram executadas pela tomadora de serviços. Passa a ser daquela toda a responsabilidade sobre o serviço. Como contraprestação, há o pagamento, pela empresa tomadora, dos valores destinados a cobrir as despesas e o lucro da empresa prestadora. Em alguns casos as contratações de terceiros para a realização de serviços para as empresas tomadoras geram polêmica e discussão, sobretudo quando ocorre a contratação para a realização de determinadas atividades ligadas à atividade-fim da empresa contratante, que conforme aplicação do disposto no inciso III da Súmula 331 do TST forma vínculo de emprego. Daí a necessidade da máxima cautela em relação às obrigações e riscos jurídicos, decorrentes deste contrato, a que se sujeitam. Evidenciou-se a urgente necessidade de revisão ou até mesmo da criação de uma regulamentação mais específica, que estabeleça condições para a concepção e o funcionamento de empresas de prestação de serviços a terceiros. Relevante também a elaboração de um contrato com delimitação do objeto e a forma apropriada de verificar o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte das prestadoras. Esta análise conduzirá a uma interessante abordagem e facilitará o entendimento deste tema tão presente na vida social contemporânea das empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato. Prestação de serviços. Terceirização. Atividade-meio. Atividade-fim. Vínculo empregatício. Responsabilidade subsidiária e solidária.

LISTA DE ABREVIATURAS

ampl. - ampliado, -a

art. - artigo

atual. - atualizado, -a

coord. - coordenado, -a

des. - desembargador

ed. - edição

op. cit. - obra citada

p. - página

reimpr. - reimpressão

rel. - relator

rev. - revisado, -a

t. - tomo

LISTA DE SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

COFINS – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social.

DOE – Diário Oficial do Estado

FGTS – Fundo de Garantia de Tempo de Serviço

IN – Instrução Normativa

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

MG – Minas Gerais

PIS – Programa de Integração Social

RFB – Receita Federal do Brasil

RS – Rio Grande do Sul

SP - São Paulo

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST - Tribunal Superior do Trabalho

UFMS – Universidade Federal de Santa Maria

UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	11
2.1 CONCEITO	11
2.2 CARACTERÍSTICAS	16
2.3 REGRAS PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	18
2.3.1 Quanto à forma	19
2.3.2 Quanto ao objeto	20
2.3.3 Quanto à remuneração	23
2.3.4 Quanto ao prazo	25
2.3.5 Da extinção e da cessação do contrato	29
2.4 EFEITOS	33
2.5 CUIDADOS NA CONTRATAÇÃO	34
3 POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS	37
3.1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO	37
3.1.1 Terceirização Legal e Illegal	44
3.1.2 Terceirização Lícita e Ilícita	44
3.1.2.1 Hipóteses Lícitas de terceirização	46
3.1.2.2 Terceirização Ilícita	48
3.2 CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO	49
3.2.1 Definição de Vínculo Empregatício	49
3.2.2 Definição de Atividade-meio e atividade-fim	53
3.2.2.1 Atividade-meio	54
3.2.2.2 Atividade-fim	58
3.2.3 Da Responsabilidade Subsidiária e Solidária	68
3.3 NÃO CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO	78
3.3.1 Ausência da Pessoalidade	80
3.3.2 Ausência da Subordinação Direta	82
3.3.3 Da Eventualidade	86
3.3.4 Normatividade Jurídica Sobre Terceirização	89

3.3.4.1 Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho	90
3.3.4.2 Aplicação da Instrução Normativa nº 03/97	98
3.3.4.3 Efeitos do código de defesa do consumidor nas cláusulas contratuais	99
4 CONCLUSÃO	103
5 REFERÊNCIAS.....	107

1 INTRODUÇÃO

A globalização da economia mundial aliada à competitividade entre as empresas e às novas tecnologias, desencadeou uma série de alterações no âmbito das relações contratuais. Mudanças estas visando maior competitividade no mercado, redução nos custos, na remuneração vinculada à produtividade, na alteração da jornada de trabalho, e na prestação de serviços por terceiros.

Com o objetivo de se concentrar na sua atividade principal, para desta forma incrementar a qualidade e a produtividade, as empresas passaram a contratar empresas especializadas para a realização de determinados serviços. Neste contexto surge o contrato de prestação de serviços.

A existência das empresas prestadoras de serviço decorre da modernização das relações civis e trabalhistas, e a evolução dessas relações deve ser atentamente analisada, sob o risco de se causar danos às partes envolvidas.

A figura da terceirização, que é a contratação de outra empresa para realizar atividade não essencial, que não represente o objetivo principal, ou atividade-fim da empresa contratante, alude na formação de uma relação jurídica triangular, onde o vínculo empregatício se forma diretamente com a empresa interposta e não com a tomadora do serviço. Constitui desta forma, uma exceção à regra geral que vincula o empregado diretamente àquele que se beneficia do serviço e que exerce o poder de comando.

Mesmo que claramente identificados os pólos do contrato de prestação de serviços, surgem muitas dúvidas quanto a esta relação jurídica.

É predominante o entendimento que os serviços que possuem caráter permanente, desde que não ligados à atividade-fim do estabelecimento, como os serviços de manutenção, limpeza e conservação podem ser objeto de contrato de prestação de serviços.

A legislação não contém norma específica que estabeleça preceitos disciplinadores deste fenômeno, e também não estabelece procedimentos a serem utilizados pelas empresas que se beneficiam da contratação de terceiros, exceto no que tange à fiscalização.

Pretende-se explicar conceitualmente o contrato de prestação de serviços, bem como as suas características, e apresentar as possibilidades de caracterização

de vínculo empregatício como conseqüência da terceirização irregular e da não caracterização de vínculo de emprego quando da contratação de terceiros de forma regular

Este trabalho objetiva expor alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais predominantes sobre o assunto. Destacam-se as análises feitas nas decisões jurisprudenciais com respeito à aplicação da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Afinal, embora sumulada, esta matéria ainda não está totalmente regulamentada em lei própria.

2 CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A noção de contrato surgiu a partir do momento em que o ser humano passou a se relacionar e a conviver em sociedade, ou seja, a figura do contrato é tão antiga quanto o próprio ser humano. Os contratos se destacam entre os negócios jurídicos, pois é por meio deles que os homens combinam os seus interesses, constituindo, alterando ou extinguindo algum vínculo jurídico.

O conceito deste instituto vem sendo construído desde a época romana, sempre embasado na realidade da sociedade. Com a evolução da sociedade e as inovações na legislação nacional, é impossível desatrelar o contrato da atual realidade brasileira. Desta forma, surge a necessidade de direcionar os acordos para a consecução de finalidades que atendam aos interesses coletivos.

2.1 CONCEITO

Os contratos são os negócios jurídicos por meio dos quais os homens combinam os seus interesses, adquirindo, alterando ou desfazendo um vínculo jurídico.

Em uma visão clássica ou moderna, Flávio Tartuce afirma ser o contrato: “[...] um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”.¹

Entre os autores contemporâneos, Maria Helena Diniz ensina que: “o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.²

Em decorrência das alterações que vem passando o instituto do contrato, alguns autores, como Paulo Nalin, propõem um conceito contemporâneo ou pós-moderno: “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional,

¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 32.

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1, p. 25.

destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.³

A contratação de terceiros para a prestação de determinados serviços, segundo Arnaldo Rizzardo, tem como origem o direito romano – *locatio conductio operatum* -, significando uma forma de locação, assim como a *locatio conductio rerum* e a *locatio conductio operis*, contudo por aludir a uma forma de uso da pessoa mediante pagamento foi muito hostilizada e, então, mais adequadamente começou a ser denominada prestação de serviços.⁴

A denominação usada pelo Código Civil vigente é **prestação de serviços**, enquanto no Código Civil de 1916 a designação utilizada era locação de serviços. Parece mais lógico o termo prestação, tendo em vista que locação remete à concessão da utilização de alguma coisa, e não a execução de algum serviço.

Neste sentido Orlando Gomes assim esclarece:

Para os modos de prestação de serviços que se não ajustam ao conceito legal do *contrato de trabalho*, seja pela inexistência de subordinação, pela falta de *continuidade*, ou pelo fim da atividade do trabalhador, aplicam-se as regras da *locação de serviços*. Como, porém, tal denominação é inconveniente e imprópria, todos os *contratos* não subordinados à legislação do trabalho podem ser enfeixados na rubrica comum de *contrato de prestação de serviços*.⁵

Arnaldo Rizzardo, da mesma forma, entende como mais adequada e atual a denominação prestação de serviços:

Concebe-se a prestação de serviços como o contrato sinalagmático através do qual uma das partes contratantes, designada prestadora (no Código de 1916 ‘locadora’), se compromete a prestar serviços ou mão-de-obra, que a outra, denominada beneficiária ou recebedora (no Código de 1916 ‘locatária’), se compromete a remunerar.⁶

³ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255.

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 611.

⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 351-352.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., p. 612.

Seguindo esta linha de entendimento Flávio Tartuce reforça que a prestação de serviço não é mais tratada no Código Civil atual como espécie de locação, visto que a moderna codificação distancia a prestação de serviços da locação de coisas. Essa mudança demonstra uma alteração de paradigma em relação ao anterior enquadramento da matéria, uma vez que a locação de serviços era apontada como espécie do gênero locatício.⁷

O contrato de prestação de serviços pode ser conceituado como um instrumento jurídico, que tem como propósito instituir condições essenciais do negócio a ser firmado entre um tomador dos serviços e um prestador, que é quem se compromete a prestar determinado serviço, com conteúdo lícito, no interesse do contratante, e mediante uma remuneração.

No dizer de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O contrato de prestação de serviços é o negócio jurídico por meio do qual uma das partes, chamada prestador, se obriga a realizar uma atividade em benefício de outra, denominada tomador, mediante remuneração. Trata-se de uma modalidade contratual aplicável a qualquer tipo de atividade lícita, seja manual, seja intelectual, conforme explicita o art. 594 do CC-02.⁸

O prestador de serviços pode ser pessoa física ou pessoa jurídica. Logo, o serviço pode ser prestado por um trabalhador autônomo, ou seja, um profissional liberal em geral, como por exemplo, advogado, contador, engenheiro, arquiteto, dentista, médico, dentre outras profissões. Como também por empresas, onde há a contratação de serviços especializados, como os serviços de vigilância, limpeza, conservação, segurança, transporte de valores, suporte técnico de informática, dentre outros.

Diferentemente das relações de trabalho, que estão reguladas por uma legislação própria, as atividades que exigem conhecimento técnico especializado,

⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 446.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Contratos - Contratos em espécie**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 2, p. 239-240.

em sua maioria têm regulamentação específica, até mesmo da prestação dos serviços.

Aplica-se o Código Civil àquelas atividades que não estão sujeitas à legislação trabalhista ou às leis específicas, como expressamente diz o artigo 593: “A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo”.⁹

Neste sentido, segundo Orlando Gomes, o contrato de prestação de serviços *stricto sensu*, que está regulado no Código Civil de 2002 é todo aquele que tem por objetivo a prestação de serviços (em sentido amplo), e que não está sujeito às leis trabalhistas ou à lei especial. Ocorre quando uma pessoa presta serviços à outra, de forma eventual, com independência técnica, sem subordinação hierárquica, e recebe em contrapartida determinada remuneração.¹⁰

Jorge Lages Salomo esclarece que

[...] a prestação de serviços no âmbito do direito civil deve refletir a realização de um serviço com liberdade técnica, sem subordinação hierárquica e de maneira eventual (evento no sentido de não constituir uma necessidade permanente da empresa e que não haja habitualidade na prestação do serviço para uma mesma empresa).¹¹

Este tipo de contrato não possui caráter trabalhista, e por isto diz-se que está regulado pelo Código Civil brasileiro, diferentemente da relação de emprego que está regulada por legislação específica do direito trabalhista, como pela CLT.

No entender de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a proximidade existente entre o contrato de prestação de serviços e o contrato de emprego é evidente, distinguindo-se os dois pelo elemento subordinação jurídica, ou hierarquização, que é ausente no contrato de prestação de serviço, porém indispensável no contrato de trabalho.¹²

⁹ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 354.

¹¹ SALOMO, Jorge Lages. **Contratos de prestação de serviços**: Manual teórico e prático. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 3.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Contratos: Contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 2, p. 240.

Em decorrência do contrato de prestação de serviços, há a transferência para a pessoa física ou jurídica prestadora, de atividades que antes eram executadas pela tomadora dos serviços. Passa a ser daquela toda a responsabilidade sobre o serviço. Como contraprestação pela atividade laboral realizada há o pagamento pela empresa tomadora dos valores destinados a cobrir as despesas e o lucro da empresa prestadora.

Observemos o que postula Maurício Sanchotene de Aguiar sobre a adequada aplicação das normas de Direito Civil e do Direito do Trabalho destas relações contratuais:

As relações jurídicas originadas da força de trabalho podem ser disciplinadas tanto pelo Direito Civil quanto pelo Direito do Trabalho, devendo-se analisar, para tanto, as características que apresentarem os vínculos jurídicos dali formados. Entretanto, como estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho no artigo 9º, o Direito do Trabalho sobrepõe-se ao Direito comum quando houver qualquer tipo de "ato que vise desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos" da lei trabalhista, incorporando, assim, ao sistema legal brasileiro, o princípio da primazia da realidade.¹³

O direito do trabalho absorveu a maioria dos contratos que visam o aproveitamento da atividade do homem. Contudo, restam inúmeras prestações reguladas pelo direito civil, relativas a advogados, economistas, contadores, médicos, dentistas, engenheiros, mecânicos, carpinteiros, etc., ou seja, serviços especializados. Para a resolução das lides correspondentes vigoram as normas do direito comum, ao invés daquelas que vigoram na Justiça do Trabalho, visto que não se desempenham as atividades com caráter de continuidade e dependência.

A regulamentação diferente do contrato de trabalho da de prestação de serviço evidencia a natureza de cada tipo. O contrato de trabalho é regido por normas quase que de ordem pública, que dão especial proteção ao trabalhador, o que acaba limitando a autonomia da vontade pela intervenção estatal na formação do contrato e no envolvimento de sua vida jurídica, na prestação de serviços essa intervenção é insignificante, limitando-se a certos princípios, sem a preocupação essencial de proteção ao trabalhador.

¹³ AGUIAR, Maurício Sanchotene de. **Terceirização**: alguns aspectos jurídicos. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/trabalho/terceirizacao.htm>>. Acesso em 13 mar. 2010.

No que se refere ao contrato de prestação de serviços, Orlando Gomes assim define:

Em suma, o contrato de prestação de serviço *strictu sensu* subordina-se ao direito comum no que diz respeito a seus pressupostos e requisitos, aplicando-se-lhe suas regras quanto à capacidade das partes, ao objeto, ao consentimento, à forma e à prova, ao conteúdo e à extinção.¹⁴

Segundo Fábio Podestá sobre as espécies que os serviços podem assumir compreendem-se eles envolvendo uma função pública como: educação, justiça, segurança, telefonia, eletricidade; os que envolvem infra-estrutura como: consultoria, assessoria, assistência, gestão financeira, transporte, informática, hotelaria; e os que envolvem serviços profissionais tais como: advogados, contadores, médicos, dentistas, arquitetos.¹⁵

2.2 CARACTERÍSTICAS

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o contrato de prestação de serviços, consiste em um contrato **típico e nominado**, largamente utilizado nas relações civis, comerciais, consumeristas e administrativas. Pode ser encarado como um contrato de trabalho *lato sensu*, do qual se desprende, desenvolvendo-se como modalidade própria [...].¹⁶

Trata-se de um contrato **consensual**, pois se aperfeiçoa com a manifestação da vontade das partes, ou pelo acordo de vontades.

Quanto à natureza jurídica da prestação de serviços, se trata de um contrato **informal**, podendo ser celebrado de forma verbal.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 355.

¹⁵ MORRIS, Amanda Zoe. BARROSO, Lucas Abreu. HIROKANA, Giselda M. F. Novaes. PODESTÁ, Fábio; e outros. **Direito dos contratos**. Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3. p. 306.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Contratos: Contratos em espécie**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 2, p. 241.

É um contrato **bilateral**, pois gera direitos e obrigações para ambas as partes. Ou seja, possui um forte traço de bilateralidade, onde o prestador se obriga a realizar o trabalho, em troca da retribuição, e o tomador do serviço se obriga a pagar o acordado, em resposta à conduta efetivada. Como consequência tem-se a onerosidade. Assim, o contrato de prestação de serviços é **oneroso**, pois envolve sacrifício patrimonial do tomador e do prestador, estando presente uma remuneração.

Nas palavras de Flávio Tartuce:

Trata-se de um contrato bilateral, pela presença do *sinagma* obrigacional, eis que as partes são credoras e devedoras entre si. O tomador é ao mesmo tempo credor do serviço e devedor da remuneração. O prestador é credor da remuneração e devedor do serviço.¹⁷

É **comutativo**, pois há equivalência, reciprocidade entre as prestações. Ensina Flávio Tartuce: “Constitui um contrato comutativo, pois o tomador e o prestador já sabem de antemão quais são as suas prestações, qual o objeto do negócio.”¹⁸

Sobre esta característica de comutatividade, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho esclarecem que:

“[...] sendo perfeitamente aplicável o conceito de contrato *evolutivo*, em que é estabelecida a equação financeira do contrato, impondo-se a compensação de eventuais alterações sofridas no curso do contrato”.¹⁹

Ainda com base no entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho o contrato de prestação de serviços é caracterizado como **causal**, pois seus motivos determinantes podem exigir o reconhecimento da sua invalidade, no caso de serem considerados inexistentes, ilícitos ou imorais.²⁰

¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 445.

¹⁸ Ibid., p. 446.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Contratos: Contratos em espécie**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 2, p. 241.

²⁰ Ibid., p. 244.

É considerado **principal e definitivo**, tendo em vista que não depende de qualquer outra avença, assim como não é preparatório de nenhum outro negócio jurídico.

Sobre a natureza jurídica do contrato de prestação de serviços, Jorge Lages Salomo assim destaca:

[...] é um contrato bilateral, oneroso, consensual, comutativo, não solene e geralmente personalíssimo. É bilateral porque gera prestações recíprocas para ambos os contratantes (para o contratado, de fazer o serviço ajustado, e para o contratante, de pagar a remuneração devida). Necessita ser oneroso (pois é da sua essência) e é consensual porquanto o seu aperfeiçoamento se dá pela simples vontade das partes (não depende da entrega de uma coisa para se concretizar). Também é comutativo, no sentido de que há equivalência de prestações. Caracteriza-se como contrato não solene porque a lei não impõe como substância para a sua celebração uma forma determinada. Finalmente, ele é geralmente personalíssimo, pois, na maioria das vezes, o serviço deve ser realizado pelo próprio contratado.²¹

2.3 REGRAS PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002,²² em seus artigos 593 a 609, constitui regras concernentes à forma, ao objeto, à remuneração, ao prazo, à possibilidade de renúncia de posição contratual ou subcontratação e à extinção do contrato de prestação de serviço.

O contrato de prestação de serviços possui regras específicas constantes do Código Civil de 2002, mais especificamente em seus artigos 593 a 609. Constitui regras concernentes à forma, ao objeto, à remuneração, ao prazo, à possibilidade de renúncia de posição contratual ou subcontratação e à extinção do contrato de prestação de serviço.

²¹ SALOMO, Jorge Lages. **Contratos de prestação de serviços: Manual teórico e prático**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 5

²² BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 02 set. 2010

2.3.1 Quanto à forma

A forma pela qual os contratos devem ser realizados, em geral é requisito essencial à validade dos negócios jurídicos. Para os contratos, conforme o artigo 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”²³, sendo assim vigora o princípio da forma livre.

Segundo o entendimento de Flávio Tartuce o contrato de prestação de serviço é informal ou não solene, não sendo exigida sequer a forma escrita para a sua formalização, tampouco escritura pública.²⁴ Assim, como para a maioria dos contratos, a forma escrita não é exigida nos contratos de prestação de serviço, contudo ela é preferida. Sua preferência sobre a forma verbal é manifesta, especialmente no que tange à prova do contrato.

Neste sentido Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “Quanto à forma, trata-se de um contrato “não solene”, com forma livre de pactuação (consensual), concretizando-se com a simples declaração de vontades”.²⁵

Expõe Arnaldo Rizzardo que: “O contrato de prestação de serviços é de forma livre, o que importa em afirmar a admissibilidade tanto pela celebração escrita, como pela verbal [...]”.²⁶

Comumente, os contratos de prestação de serviço celebram-se por instrumento particular. Para ter validade, é imprescindível que seja assinado por agente capaz, sendo necessária também a subscrição por duas testemunhas.

No contrato de prestação de serviço, conforme o artigo 595 do Código Civil, no que se refere à forma, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, ou seja, quando uma das partes não puder assinar o contrato por ser analfabeta, o instrumento poderá ser assinado por outra pessoa, por solicitação da impedida. Diz-se que a assinatura é halógrafa, ou a rogo. *In verbis*: “No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento

²³ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 02 jun. 2010.

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 446.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Contratos. Contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 2, p. 244.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 614.

poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas²⁷. A norma em questão tem o intento de dar uma maior segurança ao negócio jurídico celebrado na situação apresentada.

Neste sentido, Orlando Gomes diz que: “O dispositivo tem a finalidade de facilitar a prova dos contratos de prestação de serviço, prescrevendo modalidade excepcional de forma que as partes têm a faculdade de adotar”.²⁸

De acordo com L. R. Carvalho Santos e Carlos Alberto de Arruda Silveira, para que o contrato tenha eficácia plena, as partes devem firmá-lo preferencialmente em duas vias. E, para que tenha força de título executivo extrajudicial deve ser subscrito também por duas testemunhas. Para que o contrato surta seus efeitos perante terceiros, deve ser transito no registro público de títulos e documentos.²⁹

Assim, a forma escrita não é obrigatória quando o contrato for celebrado por parte analfabeta, bem como para todo e qualquer contrato de prestação de serviços. Contudo, a forma escrita é claramente superior à forma verbal, tendo em vista a capacidade probatória de um contrato escrito, e ainda a possibilidade da comprovação do cumprimento das obrigações contratuais assumidas entre as partes.

2.3.2 Quanto ao objeto

O objeto do contrato de prestação de serviços é uma obrigação de fazer, uma conduta, que pode ser material ou intelectual. Segundo Sílvio de Salvo Venosa a lei não faz distinção quanto à natureza do serviço. Assim esclarece:

Não pode o dono do serviço, exigir do prestador que faça o que seu físico ou intelecto não suporta. Por outro lado, não pode também o prestador de serviços recusar-se a desempenhar atividade para a qual foi contratado e que era de sua ciência. Importa que fiquem bem claros os serviços

²⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 02 jun. 2010.

²⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 356.

²⁹ SANTOS, L. R. Carvalho. SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos: Doutrina, Prática e Jurisprudência**, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Péritas, 1998. p. 23.

contratados. Contudo, há atividades que usualmente são conhecidas por sua própria natureza: assim, por exemplo, não pode alguém que tenha sido contratado como motorista recusar-se a dirigir veículo; não pode quem tenha se comprometido a fazer limpeza em determinado local recusar-se a executá-la.³⁰

O artigo 594 do Código Civil estabelece que, pode ser objeto da prestação de serviço toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, isto é, aquele não proibido por lei, material ou imaterial. No magistério de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o objeto principal do contrato de prestação de serviços é sempre uma atividade humana lícita, que pode ser tanto manual ou material quanto puramente intelectual ou imaterial³¹, conforme se extrai do já citado art. 594, que expressa: “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.”³²

No parecer de Flávio Tartuce³³, essa ilicitude deve ser analisada em sentido amplo, especificamente nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil³⁴, de forma que a prestação de serviços não pode trazer contrariedade à função social ou econômica de determinado instituto jurídico, assim como a boa-fé objetiva ou aos bons costumes, sob pena de nulidade absoluta da previsão, conforme previsto no art. 166, incisos II e VI do mesmo diploma legal.³⁵

Arnaldo Rizzardo observa que:

[...] todo tipo de serviço, não importando a sua natureza, pode ser objeto de prestação de serviço, seja de ordem material ou imaterial, braçal ou

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em espécie**. 7. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3, p. 199.

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Contratos**. Contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 2, p. 244.

³² BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 02 jun. 2010.

³³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 447.

³⁴ Art. 186: “Aquele que, por ação, ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 02 jun. 2010.

³⁵ Art. 166. “É nulo o negócio jurídico quando: [...] I - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; [...] VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 02 jun. 2010.

intelectual, doméstico ou profissional. Não se fala mais, já a algum tempo, de serviços nobres, como os das profissões liberais, e de serviços braçais e pesados, no sentido de distinção de direitos e deveres, o que não equivale a negar a diferença de remuneração.³⁶

De acordo com Mirabelli:

O objeto do contrato não é a prestação nem o objeto desta. A prestação é objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito. Objeto do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes, não o intercâmbio entre elas, pois este é a causa.³⁷

Segundo o art. 601 do Código Civil: “Não sendo o prestador de serviço contratado para certo e determinado trabalho, entender-se-á que se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com as suas forças e condições.”³⁸

A lógica é que a prestação de fazer seja certa e determinada, entretanto, excepcionalmente, é possível que se estabeleça um contrato de prestação de serviço sem uma determinação específica. Contudo, isto não significa que a contratação é genérica e ilimitada, e sim, mesmo ampla, delimitada pelas características inerentes à sua condição.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim exemplificam: “[...] se um escritório de advocacia é contratado para cuidar do setor jurídico de uma empresa, todas as tarefas inerentes a esta atividade se encontram incluídas no “pacote”, seja a redação de peças, seja o comparecimento a audiências ou a redação de pareceres. Não se inclui, aí, aquilo que está fora do seu ramo de atividade, como contabilidades, investimentos em bolsa ou administração de recursos humanos.”³⁹

³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 612.

³⁷ MIRABELLI, 1962 apud GOMES, 2007, p. 65. GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 356.

³⁸ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 02 jun. 2010.

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Contratos**. Contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 2, p. 244.

2.3.3 Quanto à remuneração

O contrato de prestação de serviços é oneroso, sendo a retribuição uma consequência natural. Segundo o entendimento de Orlando Gomes, o contrato oneroso é aquele no qual uma das partes propende a obter uma vantagem. Geralmente, à vantagem obtida corresponde de sua parte um sacrifício patrimonial, ainda que compensado subjetivamente. A esse sacrifício corresponde o proveito da outra parte.⁴⁰

A remuneração é acordada entre as partes contratantes e, em regra deve ser estabelecida previa e expressamente entre elas. Não se presume a gratuidade deste contrato, contudo, quando ocorre a prestação de forma gratuita, tem-se uma doação ou um contrato atípico.

Conforme Arnaldo Rizzardo: “A remuneração, na prestação amparada no Código Civil, corresponde à contraprestação pecuniária pelo exercício ou pela execução da atividade prestada”.⁴¹

Quanto ao preço, o Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 596 que ele deve estar sempre presente, para a própria configuração do contrato. Se a retribuição não for estipulada e não houver acordo entre as partes, será fixada por arbitramento, considerando-se os usos do lugar, o tempo de serviço e a qualidade da prestação.⁴²

Como é evidente, não se pode pensar em prestação de serviços se não houver remuneração, o que na opinião de Flávio Tartuce, é herança da antiga vedação do trabalho escravo⁴³.

A retribuição ao prestador de serviço poderá ser paga adiantada, em prestações, ou ainda após a prestação do serviço, conforme for estipulado no

⁴⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 87.

⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 613.

⁴² Art. 596. “Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

⁴³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 448.

contrato ou segundo os costumes.⁴⁴ Ressalta-se que o pagamento ao final da prestação é preceito de ordem privada, sendo possível o adiantamento da remuneração, pelo próprio permissivo legal. Em realidade, o que determinará o conteúdo negocial sobre a forma de pagamento é a confiança existente entre prestador e tomador, ou seja, a boa-fé.

Entretanto, se a forma de pagamento estipulada entre as partes produzir uma situação injusta, é cabível uma revisão contratual. Assim como acontece com os demais contratos, a prestação de serviços não pode trazer situação de onerosidade excessiva. Neste sentido Flávio Tartuce diz que a relação com a função social pode ser percebida pela vedação do enriquecimento sem causa: "O contrato de prestação de serviços não pode gerar injustiça social ou onerosidade excessiva".⁴⁵

Cabe ressaltar que, se com o passar do tempo o prestador demonstrar-se inábil profissionalmente, ou desprovido de qualificações exigidas por lei, não lhe caberá remuneração. Como exposto por Orlando Gomes "se o prestador vier a revelar-se desprovido de título de habilitação profissional ou das qualificações exigidas por lei, não poderá exigir remuneração".⁴⁶ Entretanto, caberá ao juiz atribuir uma compensação razoável para o prestador, devendo o contratante ter auferido benefícios decorrentes da prestação de serviço realizada e o prestador ter agido de boa-fé.

Assinala o artigo 606 do Código Civil:

Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, quem os prestou não poderá cobrar a retribuição, normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.⁴⁷

⁴⁴ Art. 597. "A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações". BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 448.

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 357.

⁴⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

2.3.4 Quanto ao prazo

O prazo contratual pode ser expressamente fixado pelas partes, ou emanar da natureza do contrato ou dos usos e costumes do local onde está sendo celebrado.

Na opinião dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, quanto ao tempo, o contrato de prestação de serviços pode ser instantâneo, quando a sua execução ocorre de forma imediata ou diferida, assim como pode ser também de duração, que pode ser determinada ou indeterminada.⁴⁸

Em outras palavras, os contratos podem ser convencionados por tempo indeterminado ou determinado. Por prazo indeterminado, entende-se aquele contrato em que as partes não estipulam uma duração exata, seja pelas peculiaridades do negócio, seja pelo interesse de ambas ou por imposição legal. Este contrato pode ser extinto a qualquer momento, por iniciativa de qualquer uma das partes, tendo ou não aviso prévio, conforme o que for estipulado nas cláusulas contratuais.

Ressalta Orlando Gomes, que a indeterminação resulta da vontade dos contratantes, entretanto pode decorrer de disposição legal ou de usos.

A qualificação do contrato por tempo indeterminado torna-se difícil quando as partes não declaram inequivocamente a vontade de limitar sua duração. Resultará, nesse caso, de interpretação, por meio da qual se verifique se a intenção comum foi de não prefixar seu prazo por acontecimento futuro, certo ou incerto. Será contrato por tempo indeterminado se, para sua extinção, se tornar indispensável a declaração de vontade de qualquer das partes, ou das duas.⁴⁹

Segundo L. R. Carvalho Santos e Carlos Alberto de Arruda Silveira, o contrato realizado a prazo determinado, ocorre quando as partes delimitam a duração do negócio nas próprias cláusulas contratuais, presumindo uma condição ou termo

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Contratos.** Contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 2, p. 244.

⁴⁹ GOMES, Orlando. **Contratos.** Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.152.

final. Ocorrendo o termo ou condição o contrato termina, se houver interesse, as partes podem prorrogá-lo, entretanto não podem extingui-lo até a ocorrência do termo ou condição, exceto em situações excepcionais.⁵⁰

Dessa forma, no contrato por tempo determinado a duração depende de acontecimento futuro, certo ou incerto. A sua qualificação provém de circunstâncias, ou da vontade das partes.

Orlando Gomes classifica os contratos por tempo determinado como:

1º) aqueles com termo prefixado para data certa; 2º) aqueles cuja duração se estipula por unidade de tempo; 3º) aqueles com duração condicionada à realização de certo evento; 4º) aqueles cuja duração é um imperativo da própria qualidade das prestações; 5º) aqueles renovados expressamente, com estipulação do mesmo ou de outro prazo.⁵¹

Conforme ordena o artigo 599 do Código Civil: “Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato”.⁵²

Considera-se por prazo determinado o contrato que tenha por objeto uma atividade específica, passível de delimitação temporal, onde as partes estipulam a duração, prevendo um termo ou condição final. Conforme deliberado pelo artigo 602 do Código Civil: “O prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra”.⁵³

Comumente, o contrato estabelecido por prazo determinado tem a sua conclusão normal com o termo da data acordada pelas partes.

⁵⁰ SANTOS, L. R. Carvalho. SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos: Doutrina, Prática e Jurisprudência**, de acordo com o código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Péritas, 1998. p. 11.

⁵¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.153.

⁵² BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁵³ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

Assim, sendo realizado por tempo determinado, o contrato pode ter a data prefixada pelas partes no próprio instrumento, em cláusula contendo termo final. Bem como pode possuir cláusula que estipule dia e ano específicos ou defina, por exemplo, prazo de 3 (três) meses ou 2 (dois) anos para durar.

O contrato a prazo indeterminado pode ser resilido unilateralmente e imotivadamente, mediante aviso prévio de um, quatro ou oito dias, dependendo da periodicidade da remuneração, conforme previsto nos incisos I, II e III do art. 599 do Código Civil. Neste, a extinção pode ocorrer a qualquer tempo, e por iniciativa de qualquer uma das partes.

A distinção entre contrato por prazo determinado e indeterminado é necessária, sobretudo para definir a possibilidade e efeitos da rescisão unilateral.

Nas palavras de Orlando Gomes,

O prazo pode ser fixado expressamente ou decorrer da natureza do contrato ou dos usos do local de sua celebração. Em qualquer dos casos, a lei impõe um tempo máximo de vigência correspondente a quatro anos, findado os quais se dará por extinto o contrato. Não se conta no prazo contratual o período em que o serviço deixou de ser prestado, sem culpa do prestador.⁵⁴

Quando a contratação for por duração previamente determinada, há uma limitação temporal máxima de vigência para o contrato, qual seja, de 4 (quatro) anos, conforme determina o artigo 598 do Código Civil, o que, acredita-se, ser também legado da antiga vedação ao trabalho escravo.⁵⁵

Conforme Flávio Tartuce a limitação estipulada no artigo em questão é a consagração da antiga regra romana de que o contrato de prestação de serviços não pode ser perpétuo (*nemo potest locare opus in perpetuum*). Este autor ainda ilustra que:

⁵⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 357.

⁵⁵ Art. 598. “A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2010.

Doutrina e jurisprudência sempre se posicionaram no sentido de que, havendo fixação de prazo superior, o contrato deve ser reputado extinto em relação ao excesso, ocorrendo redução temporal (DINIZ, Maria Helena. Código..., 2004, p. 517; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil..., 2004, p. 365). Diante do princípio da conservação dos contratos, esse entendimento deve ainda ser aplicado, buscando a preservação da autonomia privada. A extinção negocial sempre deve se o último caminho a ser percorrido, a *ultima ratio*.⁵⁶

Deve-se atentar à ocorrência de situações em que a limitação de tempo do contrato de prestação de serviços pode ter a intenção de mascarar um efetivo contrato de trabalho com todos os elementos da relação de emprego, conforme previsão no artigo 167 do Código Civil: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for, na substância e na forma”.⁵⁷ Desta forma, quando simulada a prestação de serviço, considera-se este negócio nulo, entretanto será válido o contrato de emprego, gerando assim um vínculo empregatício.⁵⁸

Da previsão da interrupção do prazo contratual: Art. 600. “Não se conta no prazo do contrato o tempo em que o prestador de serviço, por culpa sua, deixou de servir”.⁵⁹

A renúncia de posição contratual, a subcontratação ou, de qualquer forma, a transmissão de direitos e obrigações derivados do contrato dependerá de autorização da outra parte, conforme prescreve o artigo 605 do Código Civil.⁶⁰

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 449.

⁵⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 449-450.

⁵⁹ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁶⁰ Art. 605. “Nem aquele a quem os serviços são prestados, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem apazimento da outra parte, dar substituto que os preste”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

2.3.5 Da extinção e da cessação do contrato

Estão regulamentadas no Código Civil como causas de extinção do contrato de prestação de serviços, o falecimento de qualquer uma das partes, o fim do prazo contratado, o término do serviço acordado, a rescisão unilateral mediante aviso prévio, a resolução por inadimplemento de qualquer uma das partes, e a resolução decorrente de impossibilidade superveniente devido à força maior.

O primeiro dispositivo legal que fala sobre a extinção do contrato de trabalho é o artigo 599⁶¹, tendo em vista que sendo o negócio celebrado sem prazo, não podendo o elemento temporal ser removido da sua natureza ou do costume do lugar, poderão as partes resolver o contrato, a seu arbítrio e mediante prévio aviso. Assim, não existindo prazo determinado, a prestação de serviço deve ser considerada como celebrada por prazo indeterminado.

Embora o artigo mencione resolução contratual, que é uma forma de extinção do contrato, por motivo posterior à celebração do mesmo e em virtude de descumprimento, em realidade se trata de rescisão unilateral (art. 473, *caput*)⁶², pois é um direito potestativo que a parte tem em relação à extinção.

Reconhecendo tratar-se de rescisão unilateral Flávio Tartuce transcreveu recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

TRANSPORTE POR AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. CONTRATO VERBAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RESILIÇÃO UNILATERAL. CABIMENTO. 1. Tendo o próprio autor informado, na petição inicial, que foi previamente comunicado pela parte-ré, mediante seus prepostos, da intenção de ser resilido o contrato verbal pactuado, restou atendido o disposto art. 599 do Código Civil, que não prevê forma especial para a sua realização. 2. Não há

⁶¹ Art. 599. “Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I - com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais; II - com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena; III - de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁶² Art. 473. “A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

falar em indenização a título de danos morais, materiais e lucros cessantes, levando em conta que o autor teve conhecimento, na forma da legislação aplicável ao caso *sub judice*, de que a contratação seria desfeita. Apelação desprovida.⁶³

Alguns efeitos são consequência do término ou resolução. O contrato por tempo certo ou por obra determinada, conforme o artigo 602 e seu parágrafo único⁶⁴, não permite que o prestador se ausente ou se despeça antes de preenchido o tempo ou da conclusão da obra. Às partes cabe cumprir as avenças, conforme aquilo que estipularam. Entretanto, se o prestador o fizer responderá por perdas e danos, o que também se expande para a despedida por justa causa.

Segundo o artigo 603 do Código Civil⁶⁵, sendo o prestador despedido sem justa causa, o contratante fica obrigado a pagar por inteiro a retribuição contratada e vencida, e mais a metade da que faltar. Ou seja, no que se refere à quantia pendente de pagamento deverá ser satisfeita a metade.

Os contratos podem se extinguir após a sua celebração através da rescisão, da resilição ou da resolução.

Segundo Orlando Gomes⁶⁶ rescisão é a “ruptura de contrato em que houve lesão”. Geralmente esta lesão ocorre quando existe evidente e injusta desproporção entre as prestações acordadas entre as partes, refletindo o intento de prejudicar a outra parte.

⁶³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Santa Cruz do Sul, (11. Câmara Cível). Apelação. Acórdão n. 70021841663, Apelante: Leomar Antonio Biguelini. Apelado: Souza Cruz S.A. Relator: Desembargador Voltaire Lima de Moraes, julgado em 25 jun. 2008, publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul em 08 jul. 2008, p. 39. TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 450.

⁶⁴ Art. 602. “O prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra. Parágrafo único. Se se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. “O mesmo dar-se-á, se despedido por justa causa”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁶⁵ Art. 603. “Se o prestador de serviço for despedido sem justa causa, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocaria de então ao termo legal do contrato”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁶⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 227.

A resilição é a dissolução do contrato por mútua declaração de vontade ou por apenas uma das partes, quando lhe cabe este direito. Como bem ensina Jorge Lages Salomo:

Nos contratos por prazo indeterminado, a resilição origina-se de declaração unilateral de vontade (denúncia do contrato). E, nos contratos em geral, quando a declaração é de ambas as partes, caracteriza-se através do instrumento denominado distrato.⁶⁷

A resolução é a extinção do contrato pela inexecução. Isto é, decorre do inadimplemento por uma das partes de suas obrigações. Segundo Orlando Gomes⁶⁸ ela classifica-se em “falta de cumprimento ou inadimplemento *stricto sensu*, mora, e cumprimento defeituoso”.

Trata o artigo 604 do Código de 2002, do término do contrato, eis os termos: “Findo o contrato, o prestador de serviço tem direito a exigir da outra parte a declaração de que o contrato está findo. Igual direito lhe cabe, se for despedido sem justa causa, ou se tiver havido motivo justo para deixar o serviço”.⁶⁹

Este artigo dá proteção ao prestador de serviço, dando-lhe o direito de exigir da contratante uma declaração de que o contrato findou quando a obra é terminada; ou de que foi despedido sem justa causa; ou de ter ocorrido motivo justo para deixar o serviço. Comenta Arnaldo Rizzardo: “Parece que dificilmente conseguirá a parte tal quitação ou declaração nas últimas hipóteses, pois representa a confissão da culpa de parte daquele que recebe os serviços”.⁷⁰

O artigo 605 do Código Civil ⁷¹determina que o tomador do serviço não poderá transferir a outrem o direito aos serviços acordados. De outro lado, o

⁶⁷ SALOMO, Jorge Lages. **Contratos de prestação de serviços**: Manual teórico e prático. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 34.

⁶⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 203.

⁶⁹ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 621.

⁷¹ Art. 605. “Nem aquele a quem os serviços são prestados, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem apazimento da outra parte, dar substituto que os preste”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o

prestador, sem que a outra parte concorde, não poderá ser substituído para a prestação do serviço contratado. No entender de Flávio Tartuce:

O dispositivo veda a cessão de contrato, sem que haja autorização para tanto, uma vez que a prestação de serviços é *intuitu personae*, ou seja, é um contrato personalíssimo em relação a ambas as partes. Em reforço, a cessão de contrato somente é possível havendo autorização para tanto. Além da invalidade ou ineficácia, a cessão sem autorização pode gerar a rescisão do contrato, com a imputação civil dos danos (art. 391 do CC).⁷²

O artigo 606 do Código Civil⁷³ em vigor prevê, como visto anteriormente, que quando o serviço é prestado por quem não tem título de habilitação, ou por quem não satisfaz outros requisitos exigidos em lei, não poderá ser cobrada a retribuição normal correspondente ao serviço executado. Contudo, se da prestação resultar benefícios ao contratante, o juiz atribuirá ao prestador, se este agiu de boa-fé, uma compensação razoável.

No dispositivo em comento fica explícita a vedação ao enriquecimento sem causa, pois se o prestador não possui a habilidade exigida não tem direito de perceber a remuneração a que um perito teria. No entanto se a pessoa que prestou o serviço, o fez de boa-fé e a contento, caberá ao juiz fixar uma remuneração razoável, ficando assim evidente a valorização da boa-fé objetiva.

Conforme preceitua o Código Civil em seu art. 607:

O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.⁷⁴

Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁷² TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 3, p. 454.

⁷³ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

O artigo 608 prevê: “Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.⁷⁵ Este artigo traz a prefixação da indenização pelos danos materiais, devido pelo terceiro ao contratante. E, ainda desrespeita o princípio da boa-fé objetiva, pois o aliciador o desrespeita ao intervir no contrato existente entre duas outras partes.

Contudo, as possibilidades de extinção não se exaurem aí, podem existir outras, sendo que estas acima descritas são apenas exemplificativas.

Na hipótese de morte, se o prestador vir a falecer, desde que a relação seja *intuitu personae*, ocorrerá a extinção do contrato, se for o contratante, o contrato é mantido, se os herdeiros assim o desejarem e assumirem os encargos.

Segundo Arnaldo Rizzardo surge somente uma justa causa para o rompimento da prestação, se não houver acordo das partes:

Não havendo essa concordância, o contrato termina de pleno direito. As obrigações do favorecido pelo serviço não se transmitem aos herdeiros, da mesma forma como o prestador não está coagido a aceitar a realização dos serviços a pedido destes. O contrato é personalíssimo, comumente inspirado nas aptidões ou qualidades pessoais do prestador, e na confiança, probidade, e capacidade econômica que a pessoa obrigada a pagar inspira.

⁷⁶

2.4 EFEITOS

O principal efeito do contrato de prestação de serviços é a criação de um vínculo jurídico entre as partes. Ele possui força de lei entre as partes.

Segundo Orlando Gomes:

⁷⁵ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 620.

Fonte de obrigações é tamanha a força vinculante do contrato que se traduz, enfaticamente, dizendo-se que tem força de lei entre as partes. O contrato deve ser executado tal como se suas cláusulas fossem disposições legais para os que o estipularam. Quem assume obrigação contratual tem de honrar a palavra empenhada e se conduzir pelo modo a que se comprometeu.⁷⁷

Os efeitos do contrato se estendem às suas conseqüências usuais e legais, não se limitando ao que nele está expresso. Em síntese, obriga a tudo o que é conseqüente e decorrente do que nele foi estipulado.

Orlando Gomes ensina sobre os efeitos do contrato que:

- a) são essenciais, quando não podem faltar;
- b) naturais, se forem estabelecidos em lei supletiva ou cláusula de estilo, e;
- c) irregulares, quando é modificada a qualidade da prestação⁷⁸.

2.5 CUIDADOS NA CONTRATAÇÃO

A elaboração de um adequado e lícito contrato de prestação de serviço terceirizado é indispensável para o bom entendimento das necessidades do tomador e as ações coesas e apropriadas do prestador de serviços. A contratação com empresas idôneas também é imprescindível.

Primeiramente os empregados da empresa prestadora de serviços ora contratada, que se obriga a prestar os serviços acordados em cláusulas contratuais já estabelecidas, não devem realizar as atividades sob o comando da empresa contratante dos serviços, e sim sob as ordens da empresa contratada, da qual são efetivamente empregados, e devem subordinação. Necessitam ser empregados métodos e processos próprios, com independência e especialidade técnica. Ou seja, não devem ficar subordinados a critérios estipulados pela contratante, em virtude da existência da possibilidade de constituição de vínculo empregatício entre a empresa contratante e os empregados da empresa prestadora de serviços.

⁷⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 191.

⁷⁸ Ibid., p. 192.

Segundo Wilson Alves Polônio, as pessoas que realizam as atividades contratadas não devem receber ordens ou instruções de qualquer pessoa (empregado ou administrador) relacionada com a empresa contratante. O objeto, a forma, o prazo em que os serviços deverão ser realizados deve ser estipulado em contrato, com o maior detalhamento possível. Havendo a necessidade de orientações durante a execução dos serviços, essas deverão ser dirigidas diretamente ao representante da empresa com que se contratou.

O tempo gasto para realização dos serviços, não obstante possa ser controlado pela empresa contratante, até porque serve de avaliação da eficiência da contratada, não pode servir para advertir ou pressionar os trabalhadores, e sim a contratada, através de seu representante legal, nos estritos termos do contrato, evitando, desta forma, toda e qualquer tipo de ingerência sobre aquela.⁷⁹

Destarte, cabe à empresa contratante a função de fiscalizar se todas as obrigações decorrentes do contrato estão sendo devidamente cumpridas. Entretanto, não é admissível a gestão do pessoal que trabalha na execução do contrato pela empresa contratante. Afinal, o empregado da empresa contratada é o executor dos serviços, e não deve trabalhar sob subordinação da empresa contratante.

E, à contratada compete a administração do pessoal que exercerá a atividade terceirizada na ou para a empresa contratante.

Levando em consideração que qualquer ilegalidade cometida pela empresa contratada pode comprometer a empresa contratante, especialmente no que se refere ao vínculo de emprego e responsabilização pelo recolhimento de tributos, que porventura a empresa contratada não tenha efetuado, a empresa contratante deve exercer uma rígida fiscalização das contratadas.

Objetivando prevenir-se de futuros e possíveis questionamentos fiscais e trabalhistas decorrentes da relação contratual estabelecida, segundo Wilson Alves Polonio, é conveniente que a empresa tomadora do serviço exija mensalmente, da empresa contratada, a apresentação de comprovantes de pagamento de das

⁷⁹ POLONIO, Wilson Alves. **Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**. São Paulo: Atlas. 2000. p. 110.

remunerações, bem como das guias de recolhimento das contribuições sociais, e demais encargos pertinentes aos empregados alocados ao serviço contratado.⁸⁰

A contratante pode e deve estabelecer no contrato de prestação de serviço, mediante inserção de cláusulas contratuais, vinculação dos pagamentos das retribuições mensais à empresa contratada, à comprovação dos recolhimentos devidos ao INSS, FGTS, COFINS, PIS, Imposto de Renda na Fonte, Recibo de pagamento aos empregados dentre outras verbas trabalhistas que achar conveniente, sob pena de não liberar o pagamento dos serviços prestados.

Destarte, devem ser adotadas medidas para evitar o risco de responsabilização trabalhista e previdenciária. Para tanto pode-se exigir e controlar, de forma mensal, o cumprimento das obrigações da empresa contratada para prestar serviços, mediante a apresentação de: folha de pagamento do pessoal utilizado na execução dos serviços, devidamente quitada; Guia de Recolhimento do FGTS e Informações da Previdência Social (GFIP); e Guia da Previdência Social (GPS).

Recomenda-se às empresas que utilizem o instituto da terceirização nas suas atividades-meio, e, sobretudo efetuar seus contratos apenas e tão somente com empresas idôneas.

⁸⁰ POLONIO, Wilson Alves. **Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**. São Paulo: Atlas. 2000. p. 113.

3 POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS

Compete agora uma abordagem sobre a temática que tem gerado diversas controvérsias no âmbito do Direito Civil e Trabalhista, a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício entre a empresa tomadora dos serviços e o empregado da empresa contratada para a realização do labor.

A empresa contratada para prestar serviços disponibiliza o seu trabalhador, e este passa a realizar as suas atividades intelectuais e materiais junto à empresa tomadora de serviços. A empresa que contrata este trabalhador (a prestadora), é que firma com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes. Neste contexto, a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de trabalho, não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador.

Não caracteriza o vínculo empregatício a terceirização regular, ou seja, aquela que segue os preceitos jurídicos e da legislação, e que respeita as normas regulamentares, tais como a Súmula 331 do TST.

3.1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

No Brasil, a noção de terceirização, foi introduzida em meados de 1960, pelas empresas multinacionais que trouxeram uma filosofia voltada à preocupação especificamente com a essência do negócio propriamente dito. Desta forma, as empresas passaram a contratar terceiras para a realização das atividades que não constituíam o seu objeto principal.

Na busca incessante de aprimorar a qualidade do produto ou serviço vendido, e também com o intuito de se tornarem mais competitivas, as empresas começaram a repassar à outras empresas a tarefa de realizar suas atividades de natureza não essencial. A terceirização como fenômeno jurídico se demonstra na modernização das atividades industriais e empresariais e também na evolução das relações trabalhistas.

Segundo Kátia de Macedo Pinto Cammilleri a palavra terceirização deriva do latim, *tertiarius*, originado de *tertius*, com a significação de terceiro, que seria o estranho a uma relação jurídica entre duas pessoas.⁸¹ Terceiro é apresentado como o intermediário, o interveniente.

Maurício Godinho Delgado demonstra a evolução histórica da terceirização no Brasil:

A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil.

A CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão-de-obra: a empreitada e a subempreitada (art. 455),⁸² englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III, CLT)⁸³. À época da elaboração da CLT, como se sabe (década de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial. [...] Em fins da década de 1960 e início dos anos 70 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização (ainda não designado por tal epíteto nessa época, esclareça-se). Mesmo assim tal referência dizia respeito apenas ao segmento público (melhor definindo: segmento estatal) do mercado de trabalho – administração direta e indireta da União, Estados e Municípios. É o que se passou com o Decreto-Lei nº 200/67 (art. 10) e Lei nº 5.645/70.

A partir da década de 1970 a legislação heterônoma incorporou um diploma normativo que tratava especificamente da terceirização, estendendo-a ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74). Tempos depois, pela Lei 7.102/83, autorizava-se também a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei 6.019/74, que era temporária)⁸⁴.

⁸¹ CAMMILLERI, Kátia de Macedo Pinto. **Terceirização: os diversos aspectos do mercado de trabalho brasileiro**. In Rüdiger, Dorothee Susanne (Coord). Tendências do direito do trabalho para o Século XXI. São Paulo: LTr, 1999, p. 174.

⁸² CLT, 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”. BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, DE 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del_5452.htm>. Acesso em: 05 ago. 2010.

⁸³ CLT, art. 652, a, III. “Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: a) conciliar e julgar; [...] III - os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice”. BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, DE 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr., 2010. p. 415 - 416.

Divergindo do acima referido, no tocante ao surgimento do instituto da terceirização, Nilton Oliveira Gonçalves afirma que embora alguns estudiosos defendam que a terceirização no Brasil surgiu com a edição da Lei nº 6.019/74, que institui o trabalho temporário, esta forma de contratação apenas teve seu nascimento com a edição da Lei nº 7.102/83, que regulamenta a profissão de vigilante e institui a verdadeira terceirização.⁸⁵

A terceirização, conjuntamente com a globalização, pode ser considerada um subproduto da revolução tecnológica nos campo organizacional e econômico das empresas - “vocábulo não dicionarizado, neologismo bem formado, portanto aceitável, construído a partir de terciário, forma erudita, equivalente à popular terceiro”⁸⁶.

Assim como o processo evolutivo na legislação é fundamental para o entendimento do fenômeno da terceirização da força de trabalho, outro fato extremamente importante é que o segmento privado da economia, no decorrer das últimas décadas, passou a adotar, de forma muito intensa, práticas de terceirização, independentemente da existência de texto legal que autorizasse a exceção ao modelo empregatício convencional.

Conceitualmente, terceirização é o ato de terceirizar alguma atividade da empresa, onde ocorre a contratação de serviços por meio de empresa intermediária. Ou seja, a contratante transfere a um terceiro a mão-de-obra de serviços, onde havia a possibilidade de serem realizados diretamente, e isto se dá mediante um contrato de prestação de serviços.

Diz-se então que ocorre o fenômeno da terceirização, quando uma empresa repassa a outra a função de realizar os seus serviços não essenciais, objetivando simplificar a sua estrutura e, em troca, paga determinada remuneração pelos serviços prestados. Ou seja, a terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividade que geralmente não constitui o objeto principal da empresa.

Isso implica numa relação jurídica triangular, onde a relação de emprego se dá entre o empregado e a empresa interposta - a contratada, e não com a empresa contratante, ou o tomador dos serviços. Desta forma estabelece-se uma exceção à regra geral, que vincula o empregado diretamente àquela pessoa que

⁸⁵ GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de mão-de-obra**. São Paulo: LTr., 2005. p. 13.

⁸⁶ ROMITA, Arion Sayão. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1992. p. 56.

se beneficia com a sua prestação de serviço e que desempenha o poder de comando.

Maurício Godinho Delgado define a terceirização da seguinte forma:

Entende-se a terceirização como a contratação de empresas especializadas para a realização de atividades complementares, que não fazem parte de sua área de atuação, através de um contrato de prestação de serviços firmado entre as partes.⁸⁷

Já Alice Monteiro de Barros conceitua a terceirização como:

Terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio.⁸⁸

Assim, sucintamente, a terceirização é o ato pelo qual uma empresa, mediante um instrumento contratual firmado entre as partes, passa a terceirizar a execução de certos serviços da atividade empresarial, não essenciais, sob responsabilidade de pessoas alheias ao quadro da empresa, geralmente de outras empresas que têm como atividade-fim a atividade-meio da empresa terceirizada.

No entender de Guilherme Guimarães Feliciano:

Terceirização, em senso lato, é descentralização das atividades empresariais. Admite, por conseguinte, diversas manifestações concretas, como o fornecimento de coisas ou bens, por uma parte (como, se dá, e.g., quando a empresa "A" fornece matéria-prima semimanufaturada para as linhas de montagem da empresa "B"), e fornecimento de serviços, por outra (como se dá, e.g., quando a empresa "A" fornece pessoal para se ativar em um segmento da linha de produção da empresa "B" — terceirização de atividade-fim — ou para a prestação de um serviço auxiliar, como limpeza, alimentação, transporte ou vigilância patrimonial — terceirização de atividade-meio). É essa última, em princípio, a terceirização disciplinada pela Súmula 331 do

⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr., 2010. p. 415

⁸⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2007. p. 121.

TST: fornecimento de serviços que, direta ou indiretamente, incluem-se no processo produtivo da empresa tomadora.⁸⁹

Segundo Rodolfo Pamplona Filho e José Augusto Rodrigues Pinto, a terceirização representa:

[...] a transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida. [...] Pinto esclarece ainda que o neologismo, embora tenha sido aceito com foros de irreversível, não expressa por via de nenhuma das derivações, a idéia do que pretende passar, ou porque a empresa prestadora não é terceiro e sim parceiro, no sentido de contratante direto com a tomadora, nem os empregados de cada uma são terceiros perante elas, ou porque a atividade de apoio não é obrigatoriamente terciária, podendo ser secundária ou até mesmo primária. O que se está tratando, sob essa nova denominação, é apenas de um contrato de prestação de serviço de apoio empresarial, que exprimirá, decerto, com mais eloquência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de contrato de apoio empresarial ou, igualmente, contrato de atividade de apoio.⁹⁰

Segundo Vera Helena Palma, a grande vantagem na terceirização é a possibilidade da redução de custos, ela enumera como formas de terceirização: A empreitada, prevista nos artigos 610 a 626 do Código Civil; a prestação de serviços, artigo 593 a 609 do Código Civil; a Representação Comercial autônoma (Lei 4.886/65, com alterações da Lei 8.420/92⁹¹); as Cooperativas de Trabalho

⁸⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do Trabalho, terceirização e contratos de fornecimento industrial. Notas sobre a responsabilidade jurídica de clientes e fornecedores. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1336. 27 fev. 2007. p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9538>>. Acesso em: 24 jul. 2010

⁹⁰ RODRIGUES PINTO, José Augusto. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de Conceitos Trabalhistas**: Direito Individual. São Paulo: LTr, 2000. v. 1, p. 500.

⁹¹ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.420**, de 8 de maio de 1992, introduz alterações na Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8420.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

(Lei 5.764/71⁹²); o Trabalho Temporário (Lei 6019/74⁹³); as Empresas de Vigilância (Lei 7.102/83 e Lei 8.863/94⁹⁴) e a Franquia (Lei 8.955/94⁹⁵).⁹⁶

Diversos verbetes jurisprudenciais foram editados pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre a terceirização, e denota-se que o enfoque dado a este tema evoluiu no campo da sua interpretação judicial.

O primeiro Enunciado⁹⁷ do TST a tratar sobre a terceirização da mão-de-obra e responsabilização pelos créditos do obreiro foi o de número 239.⁹⁸ Segundo Isabel Cristina Raposo e Silva, este enunciado tinha o objetivo de impedir que os trabalhadores de empresas de processamento de dados, que prestavam serviços aos bancos, fossem excluídos da gama direitos conquistados pela categoria dos bancários, em especial a jornada reduzida de trabalho, de 6 (seis) horas.⁹⁹ Contudo, este Enunciado referia-se a um caso específico, de um mesmo banco, não tratando de outras situações análogas, dificultando a sua aplicabilidade genérica. Desta forma, o verbete não refletia a jurisprudência dominante no Tribunal Superior do Trabalho, retratando só o seu posicionamento diante de um caso específico, ocorrido no âmbito de determinada empresa.

Em um segundo momento, visando a proteção do trabalhador, o Tribunal Superior do Trabalho com a criação do Enunciado nº 256 manifestou-se sobre o assunto:

⁹² BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.764**, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5764.htm>. Acesso em: 05 ago. 2010.

⁹³ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.019**, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e da outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm. Acesso em 05 ago. 2010.

⁹⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.102**, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L7102.htm>. Acesso em: 05 ago. 2010.

⁹⁵ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 8.955**, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8955.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

⁹⁶ PALMA, Vera Helena. **Aspectos Jurídicos da Terceirização**. 2004. Disponível em: <<http://www.fenacon.org.br/pressclipping/dezembro2004/gazeta/gazeta011204b.html>>. Acesso em: 29 maio 2010.

⁹⁷ A Resolução nº 129, de 5 de abril de 2005, do Tribunal Superior do Trabalho, alterou a denominação dos verbetes da jurisprudência predominante deste Tribunal de “Enunciado” para “Súmula”.

⁹⁸ Enunciado 239: “É bancário o empregado da empresa de processamento de dados que presta serviço à banco integrante do mesmo grupo econômico”.

⁹⁹ SILVA. Isabel Cristina Raposo e. Algumas relações triangulares de trabalho e delimitação de sua responsabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2223, p. 10, 02 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/dotrina/texto.asp?id=13264>>. Acesso em: 2 ago. 2009.

Salvos os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019 de 3 de janeiro de 1974 e 7.102 de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresas interpostas, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Embora visasse a proteção do trabalhador, segundo Nilton Oliveira Gonçalves, o Enunciado 256 era extremamente rígido, não consentindo nenhuma flexibilização. Esta rigidez contrariava a modernização e decretava ilegal toda e qualquer contratação feita por empresa interposta, exceto os trabalhadores temporários e os vigilantes que já tinham legislação específica.¹⁰⁰

Atualmente, no Brasil, a terceirização não possui definição ou conceito em legislação específica. Ao realizar análise conceitual da terceirização, viu-se que, de maneira cientificamente errônea, a doutrina trabalhista passou a designar toda a contratação indireta de mão-de-obra como terceirização. No entanto, a terceirização tem finalidade mais delimitada, pois não tem como objetivo a contratação de toda e qualquer atividade da pessoa jurídica que terceiriza, mas tão somente aquelas que lhe são acessórias.

A terceirização tem características próprias que a individualiza, em especial, a de conferir a eficiente eficácia organizacional à pessoa jurídica que terceiriza. Assim a terceirização deve ser considerada uma espécie do gênero contrato.

A utilização do instituto da terceirização pode trazer problemas no âmbito jurídico para as empresas que a utilizam, em especial no trabalhista. A propósito, Ismael Marinho Falcão bem coloca em sua obra:

Resta evidente que o comprometimento com a ordem jurídico-trabalhista será da empresa empregadora da mão-de-obra, pela contratação direta, de seus empregados. A empresa tomadora do serviço, por seu turno, imune às obrigações trabalhistas, obriga-se a efetuar o pagamento contratado, sem exercer hierarquia ou subordinação sobre os empregados da contratada.¹⁰¹

¹⁰⁰ GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de mão-de-obra**. São Paulo: LTr., 2005. p. 14.

¹⁰¹ FALCÃO, Ismael Marinho. **A Terceirização no direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 1996. p. 29.

3.1.1 Terceirização Legal e Ilegal

Para que a terceirização seja desenvolvida adequadamente é imprescindível que haja uma conscientização da sua definição. Também é fundamental que haja um bom planejamento, onde sejam avaliados e quantificados todos os aspectos jurídicos e operacionais.

Para Orlando Gomes, contrato ilegal: “Reserva-se a expressão *contrato ilegal* para a modalidade de *contrato ilícito* que se caracteriza pela violação de *normas imperativas*”. Diz-se ilegal, aquele contrato que possui causa ilícita, isto é, o instrumento celebrado com a finalidade de conseguir algo inatingível e também o que objetiva compor interesses onde não cabe proteção legal.¹⁰²

A terceirização legal é aquela que obedece aos preceitos jurídicos e legais, respeitando as Leis e os princípios.

Já a terceirização ilegal se caracteriza por desobedecer as normas regulamentares, ou seja, quando o prestador de serviços não atua em consonância com as leis e princípios. Ou, quando há disposição contratual contrária ao que a lei estabelece, exemplo disto é a subordinação e controle de jornada de empregado terceirizado para com a empresa contratante.

3.1.2 Terceirização Lícita e Ilícita

A distinção entre a terceirização lícita e a ilícita é fundamental para o bom entendimento dessa técnica de gerenciamento empresarial.

Para que um contrato seja válido, seu objeto deve ser lícito, sendo que o conceito de lícito envolve a idéia do que é legalmente permitido, ou proibido, conforme os bons costumes, a ordem pública e as normas imperativas.

Para Orlando Gomes contratos ilícitos:

¹⁰² GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 183-184.

[...] os estipulados com violação das leis imperativas, ou atentatórias da ordem pública e dos bons costumes. Se um contrato se conclui a despeito de legalmente proibido, é evidente que não pode produzir efeitos. A ineficácia é igualmente declarada quando, embora permitido, os efeitos que produziria são contrários à lei. A nulidade não é, todavia, a sanção única nesses casos. Em certos contratos contrários aos bons costumes e normas imperativas, o legislador procede de modo diverso.¹⁰³

Sobre a ilicitude do objeto contratual, segundo Vólia Bonfim Cassar:

O objeto do contrato não pode ser contrário à lei, à moral, aos princípios de ordem pública e aos bons costumes. Se o objeto do contrato constituir atividade ilícita, criminosa ou contrária aos bons costumes, será nulo de pleno direito, por falta de um dos elementos essenciais para a validade do ato (art. 104 do Código Civil).¹⁰⁴

Orlando Gomes¹⁰⁵ ainda elucida que o contrato ilícito pode desdobrar-se em contrato ilegal, contrato imoral e contrato proibido. Sendo que o contrato ilegal é aquele que desobedece a norma proibitiva; o imoral, o que contraria os bons costumes, e o proibido, aquele que atenta contra a ordem pública.

Sucintamente, a terceirização é dita lícita quando:

- a) não comete fraude na relação com terceiro;
- b) não exerce a supervisão das atividades do seu contratado;
- c) contrata empresas especializadas;
- d) não contrata para a realização de atividades-fim da empresa contratante.

E, é ilícita quando:

- a) desrespeita a legislação;
- b) contrata com terceiros inidôneos;
- c) supervisiona e dá ordens aos empregados da sua contratada.

¹⁰³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 182.

¹⁰⁴ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 556.

¹⁰⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 183.

3.1.2.1 Hipóteses lícitas de terceirização

Sob a ótica de Maurício Godinho Delgado¹⁰⁶, as hipóteses de terceirização lícita são excetivas, ele divide em quatro grandes grupos de situações sóciojurídicas delimitadas que estão assentadas pelo texto da Súmula 331 do TST, vejamos:

- a) as situações empresariais que autorizem a contratação de trabalho temporário, conforme o inciso I da Súmula 331. Que são as especificadas na Lei nº 6.019/74;
- b) as atividades de vigilância, regidas pela Lei nº 7.102/83, segundo a interpretação ampliativa do inciso III da Súmula 331. Sendo que qualquer segmento do mercado de trabalho que contrate serviços de vigilância, mediante empresa especializada, poderá valer-se do instrumento jurídico da terceirização;
- c) de acordo com o inciso III da Súmula 331, as atividades de conservação e limpeza, sendo que este foi um dos primeiros serviços a ensejar efetivamente as práticas de terceirização no mercado de trabalho privado no Brasil;
- d) os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. São atividades que se caracterizam pela circunstância parecida de serem atividades que não se assentam às atividades-fim, ou ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços.

Assim, sucintamente, a terceirização possui amparo legal especificamente nas hipóteses previstas para o trabalho temporário - conforme a Lei 6.019/74, para os serviços de vigilância patrimonial – Lei 7.102/83, os serviços de conservação e limpeza passaram a ser admitidos nessa forma de contratação por meio da Súmula 331 do TST. Ainda com base na construção jurisprudencial do TST foi aberta a possibilidade de terceirização dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

¹⁰⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr., 2010. p. 423.

Ao enfrentar a problemática da terceirização, Sérgio Pinto Martins cita algumas regras que podem determinar a licitude da terceirização, quais sejam:

- a) idoneidade econômica da terceirizada;
- b) especialização nos serviços prestados;
- c) capacidade de assumir riscos pela terceirizada;
- d) direção dos serviços prestados realizada pela própria empresa terceirizada; utilização do serviço, em especial em relação à atividade-meio da empresa que terceiriza serviços, afim de evitar a terceirização da atividade-fim, e;
- e) a necessidade extraordinária e temporária da contratação de serviços da empresa terceirizada.¹⁰⁷

Segue ementa do Tribunal Regional de Minas Gerais, que explana o entendimento sobre a terceirização lícita:

TERCEIRIZAÇÃO. FRAUDES NÃO CARACTERIZADAS. O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade-fim, ou seja, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Segundo José Augusto Rodrigues Pinto, o que parece importante na terceirização, em crescente expansão, é saber contê-la dentro dos limites convenientes à índole e ao papel do Direito do Trabalho nas relações jurídicas que regula, de modo que a terceirização legítima estaria limitada, de um lado, pela flexibilização do Direito do Trabalho e, de outro, pela fraude à lei trabalhista (Curso de Direito Individual do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 142-5). Restando evidenciado nos autos que as funções exercidas pelo reclamante, como ajudante de pedreiro e porteiro, não se confundem com a atividade-fim da tomadora, que é uma empresa do ramo de telecomunicações, deve ser afastada a alegação de fraude. A licitude do processo de terceirização fica ainda mais evidente quando se constata que o próprio autor admite que, nos períodos em que foi contratado por empresas interpostas, era fiscalizado pelos encarregados destas e não pelo encarregado da tomadora dos serviços. E só fato de o empregado ter prestado serviços por todo o período nas dependências da tomadora não configura fraude, demonstrando, ao revés, que o seu ambiente de trabalho não sofreu degradação com o processo de terceirização.¹⁰⁸

¹⁰⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização lícita e ilícita. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 8-97, p. 158, abr. 1997.

¹⁰⁸ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. (3. Região. 2. Turma) Recurso Ordinário n. 00923-2002-077-03-00-0 Terceirização. Licitude. Recorrentes: Adservis Administração E Serviços Internos Ltda; Telemar Norte Leste S/A; Engenharia E Construções ADG Ltda. Recorridos: Os mesmos; Gilberto Gomes Pereira; Construtora Miglio Ltda. Relatora: Alice Monteiro de Barros Revisor. DJMG – p.15. Convocada Ana Maria Amorim Rebouças. Data de Publicação: 12 fev. 2003. Disponível em: <<http://gsa.trt3.jus.br/search?q=cache:as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordaoNumero.do%3Fevento%3DDetalhe%26idAcordao%3D318051%26codProcesso%3D313700%26datPublicacao%3D12/02/2003%26index%3D0+terceiriza%20%20C3%20%A7>>

3.1.2.2 Terceirização Ilícita

Sobre a terceirização ilícita, conforme esclarece Maurício Godinho Delgado, exceto as quatro situações-tipo expostas anteriormente, não existe no ordenamento jurídico brasileiro preceito legal que dê validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem, de forma que esse tomador não responda, juridicamente, pela relação trabalhista estabelecida ¹⁰⁹.

Diz-se ter uma contratação ilícita quando as cláusulas do contrato são abusivas e também quando ocorre o descumprimento do contrato por uma ou por ambas as partes. Exemplificativamente, ocorre uma terceirização ilícita, mas não ilegal, quando do não cumprimento do prazo para a entrega de mercadoria.

Segue ementa do Tribunal Superior do Trabalho que demonstra ocorrência de terceirização ilícita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇOS. EMPREGADOR ÚNICO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. EXCLUSIVIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. As instâncias ordinárias reconheceram, à luz da prova dos autos, que a hipótese é de terceirização ilícita, por se tratar de cadeia produtiva de empresas formadoras de grupo econômico. Ante a conclusão de empregador único dissimulado em terceirização, tem-se que os contratos entre prestador e tomador de serviços nada mais são que mera ficção jurídica, cujo propósito é frustrar direitos laborais, impondo-se a nulidade desses instrumentos para efeitos de responsabilidade pelas verbas trabalhistas. Incidem na hipótese os arts. 2º, § 2º, e 9º da CLT. Agravo de instrumento desprovido. ¹¹⁰

<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 9940-62.2006.5.04.0512>&access=p&output=xml_no_dtd&client=trt3Juris&proxystylesheet=trt3Juris&dtPub=12-02-2003&tema=TERCEIRIZA%C7%C3O%20-%20LICITUDE&oj=Segunda%20Turma&proc=00923-2002-077-03-00-0%20RO%20-%20RO&fonte=DJMG&pg=15&rel=Alice%20Monteiro%20de%20Barros&rev=Convocada%20Ana%20Maria%20Amorim%20Rebou%27as>. Acesso em: 23 set. 2010.

¹⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr., 2010. p. 426.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (1. Turma). Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 9940-62.2006.5.04.0512. Agravante HB Couros Ltda. Agravados: José Catani, Bertin S.A., Bones do Brasil Indústria e Comércio de Brinquedos LTDA. e Totó Indústria e Comércio de Brinquedos Ltda. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Publicação: 06 ago. 2010. Disponível em: <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 9940-62.2006.5.04.0512>

3.2 CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO

Originário do latim *vinculum*, (liame, laço), tanto no conceito gramatical, como no conceito jurídico, exprime a relação, a ligação, o elo, a dependência, a subordinação existente entre duas ou mais coisas, ou entre duas ou mais pessoas, em virtude do que se mostram ligadas, relacionadas, conexas, acerca de determinado direito, ou de determinada obrigação.

É sabido que como consequência de uma terceirização irregular, existe a possibilidade da constituição de vínculo de emprego, entre o tomador do serviço, ou seja, a empresa contratante, e os empregados da empresa prestadora dos serviços, a contratada.

3.2.1 Definição de Vínculo Empregatício

Em decorrência do fenômeno da terceirização, há uma crescente utilização de serviços especializados com o intuito de apoiar determinadas atividades que não são essenciais, ou seja, não se inserem na atividade principal da empresa.

O vínculo empregatício decorre de uma relação jurídica que se constitui entre o empregador e o empregado, e os requisitos que o caracterizam estão previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

Com base na definição de empregador dada pelo art. 2º da CLT¹¹¹, consegue-se notar algumas características delineadoras do vínculo empregatício.

O art. 2º, *in verbis* assim dispõe: “Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.” Embora este artigo adote o

5.04.0512&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAG61AAE&dataPublicacao=06/08/2010&que ry=responsabilidade solidária da tomadora. Acesso em: 22 ago. 2010.

¹¹¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 ago. 2010.

termo “empresa”, já é entendimento dominante que qualquer pessoa, seja jurídica ou física, pode ser considerada empregadora.

Wilson Alves Polonio cita três requisitos, já estudados pela doutrina, que identificam o vínculo trabalhista. O primeiro requisito é identificado pela palavra “assalariado”, o segundo é demonstrado através do vocábulo “dirige” e, o terceiro pelo termo “pessoal”. Assim, depreende-se que o pagamento que se dá mediante salário; a subordinação hierárquica, que emana do verbo dirigir e; a pessoalidade, poderão identificar o vínculo de emprego entre empregador e empregado¹¹².

Na forma em que está referido na CLT, no artigo 2º, salário representa a remuneração a cada empregado, de forma isolada, em retribuição aos serviços prestados conforme o contrato de trabalho. Assim, isoladamente, o pagamento realizado diretamente à empresa prestadora, em virtude dos serviços prestados não pode ser considerado salário, uma vez que os trabalhadores que realizaram as tarefas não são os beneficiários diretos.

Ainda sob a ótica de Wilson Alves Polonio, a subordinação hierárquica significa a ligação do poder disciplinador do empregador com o empregado, demonstrada quando o empregador determina o tipo de serviço a ser realizado, as formas de trabalhar, as regras a serem respeitadas, a metodologia a ser utilizada, transfere o prestador de um local para outro, e até demite-o. Este poder disciplinador faz com que o empregador, possa acompanhar e fiscalizar o trabalho desenvolvido por seu empregado, contribuindo para alcançar a qualidade dos produtos, seja bens ou serviços. Assim como o salário, a presença da subordinação de forma isolada não enseja o vínculo empregatício.¹¹³

A pessoalidade, proveniente da expressão “prestação pessoal”, significa dizer que o serviço deverá ser prestado sempre pela pessoa da relação contratual, não podendo ser substituída, havendo a troca, mesmo que temporária, surge uma nova relação contratual. Contudo, isto não ocorre na relação contratual com a prestação de serviço de natureza não trabalhista, pois os prestadores podem ser substituídos, e isto não origina uma nova relação contratual. Assim como os dois primeiros, o requisito da pessoalidade, isoladamente, também não configura o vínculo de emprego.

¹¹² POLONIO, Wilson Alves. **Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**. São Paulo: Atlas. 2000. p. 22.

¹¹³ Ibid. p. 23.

Há um quarto requisito, que está presente no artigo 4º da CLT, que é a não eventualidade na prestação de serviços que descaracteriza a relação empregatícia, *in verbis*: “Considera-se empregado, toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.¹¹⁴

Segundo Wilson Alves Polonio, a eventualidade aqui significa que, vez ou outra alguém presta determinados serviços para a empresa contratante, não implicando em periodicidade definida. De regra, são serviços que não se relacionam com o objeto social da empresa tomadora. Assim, a mera repetição periódica de serviços, sem subordinação hierárquica, pagamento de salário, e pessoalidade, não reveste a relação com a natureza trabalhista.¹¹⁵

Neste sentido, traz-se à colação trecho de um julgado do Tribunal Regional de Minas Gerais, que bem realça a questão:

VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. A relação empregatícia forma-se quando presentes os elementos fático-jurídicos especificados pelo *caput* dos artigos 2º e 3º da CLT: trabalho prestado por pessoa física a um tomador, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação. A subordinação, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer destas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista (art. 3º *caput*, CLT).¹¹⁶

¹¹⁴ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 05 ago. 2010.

¹¹⁵ POLONIO, Wilson Alves. **Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**. São Paulo: Atlas. 2000. p. 24

¹¹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. (3. Região. 1. Turma). Ação Trabalhista. Recurso Ordinário n. 00326-2007-076-03-00-4. Reclamante: Luciano Maurílio da Silva. Reclamado: Tix Maxitel, Aroeira Telecomunicações e outros. Relator: Des. Maurício Godinho Delgado. Publicado no DJMG, 31 ago 2007, p. 05. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/consulta/Processual.do?jsessionid=ba60102060b25858acd5d22f9d1ea66cc603f0f910c8bdad536ea2609b07373f>. Acesso em: 23 ago. 2010.

Inicialmente a identificação do vínculo empregatício se dava a partir da simples integração do labor humano na atividade da empresa. Mas, a determinação da ocorrência ou não do vínculo empregatício é responsabilidade da Justiça do Trabalho.

Ocorrendo a determinação pelo juiz de existência do vínculo trabalhista, a tomadora é responsável pelo pagamento de todas as verbas trabalhistas a que o empregado tem direito. Conforme decisões prolatadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, havendo a terceirização ilícita ou ilegal configura-se o vínculo trabalhista, sendo a contratante responsável solidária.

A justiça do trabalho também vem decidindo que, se a empresa terceirizada não tiver recursos suficientes para os pagamentos das verbas relativas a reclamações trabalhistas, compete à tomadora o pagamento das verbas trabalhistas reclamadas. Assim, mesmo que não se configure o vínculo trabalhista, a contratante deverá pagar os direitos trabalhistas, nas situações em que a empresa terceirizada não honrar seus compromissos com os empregados.

Da jurisprudência paulista, pode ser extraída interessante ementa:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. CABIMENTO. CULPA IN VIGILANDO E IN ELIGENDO. Compete àquele que opta pela terceirização de serviços diligenciar permanentemente sobre a empresa contratada, fiscalizando o real cumprimento das obrigações trabalhistas, examinando os documentos comprobatórios da regularidade dos respectivos encargos, os quais deve exigir a tempo e modo. Assim não procedendo, resta configurada a culpa *in vigilando* e *in eligendo* do tomador de serviços, pelo que deve o mesmo responder subsidiariamente pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela contratada. Recurso Ordinário patronal não provido. ACORDAM os Magistrados da 12ª TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de ilegitimidade passiva; no mérito, por igual votação, NEGAR PROVIMENTO ao recurso ordinário da terceira reclamada, mantendo incólume a r. decisão atacada, inclusive quanto ao valor arbitrado à condenação.¹¹⁷

¹¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. (2. Região). Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo n. 00412200806602006. Acórdão n. 20090423946. Recorrente: Telecomunicações de São Paulo SA – Teles. Recorrido: Sidney Felício Pereira, Infratec Segurança e Vigilância Ltda e Kaer Serviços Terceirizados. Relator: Davi Furtado Meirelles. São Paulo, 28 de Maio de 2009. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, afinal, deriva do seu dever de vigiar o bom e fiel cumprimento do ajuste firmado com a empresa prestadora, precavendo-se de eventos que lhe acarretem responsabilização, em especial da de natureza trabalhista. O contrato civil para a prestação de serviço deve atender aos aspectos legais, levando em consideração que o contratante tem o dever de fazer a melhor escolha e acompanhar a execução do objeto contratado. A violação a direito de terceiro afronta também o princípio da função social do contrato, insculpido no art. 421 do Código Civil.

3.2.2 Definição de Atividade-meio e atividade-fim

A doutrina majoritária estabelece que as empresas contratantes não devem terceirizar as atividades que estão ligadas diretamente à realização de seu objetivo principal, pois se assim o fizerem, poderão infringir a legislação trabalhista, onde por meio de suas normas, seriam enquadradas no artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) - “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”¹¹⁸, e consideradas ilegais quando de uma reclamação trabalhista ou mesmo perante uma fiscalização. E, desta forma ocasionando a nulidade da parceria alegada, por entender-se que existe vínculo de emprego, já que, conforme profere o artigo 10 da CLT¹¹⁹, qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afeta os direitos adquiridos pelos empregados.

¹¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 ago. 2010.

¹¹⁹ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 05 ago. 2010.

3.2.2.1 Atividade-meio

Atividade-meio é aquela compreendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com a sua finalidade principal. Ou seja, é a atividade considerada não essencial da empresa, sendo acessória, complementar ou de apoio. Pode-se dizer que é aquela que não coincide com os fins da empresa. É também chamada de atividade periférica, conexa ou acessória.

Newton Saratt et al., faz ainda uma divisão das atividades empresarias. Ele divide a atividade-meio em: atividade-meio de apoio e atividade-meio essencial. Considera a primeira como aquela que não agrega valor à produção ou ao negócio do tomador dos serviços de forma direta. Tratando-se de um serviço necessário, porém facultativo, não de algo essencial. Já, a atividade-meio essencial, aquela que trata do serviço ligado operacionalmente ao empreendimento, vinculado amplamente, ao fornecimento da matéria-prima, ou seja, atividades sem as quais não tem como existir o produto final, como insumos, componentes, ou até mesmo partes do processo produtivo. A empresa pode optar entre produzir esses itens diretamente e contratar serviços de terceiros, fornecendo a matéria-prima para produzi-los ou adquiri-los prontos.¹²⁰

Exemplificativamente, partindo-se de uma montadora de automóveis, os serviços de conservação e manutenção predial, vigilância, limpeza, refeitório, transporte dos empregados, serviços de contabilidade, etc., são considerados atividade-meio. Já as atividades relacionadas ao fornecimento de componentes necessários à montagem dos automóveis, como motor, pneus, volante, são considerados atividade meio-essencial.

Sob a ótica de Carmem Camino, quanto à terceirização da atividade-meio:

Numa leitura flexível do art. 3º da CLT, os serviços especializados, de natureza não-eventual, quando forem meramente de apoio da atividade principal da empresa (atividade-meio), poderão ser delegados a terceiro (terceirizados), que os assume, dirige e comanda a prestação pessoal de trabalho dos empregados por ele admitidos e assalariados.¹²¹

¹²⁰ SARATT, Newton; SILVEIRA, Adriano Dutra da; DAIBERT, Arlindo; MORAES, Rogério Pires. **Quarteirização: Redefinindo a terceirização** Porto Alegre: Badejo. 2000. p. 45.

¹²¹ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 119.

Conforme o ensinamento de Carmem Camino, a expressão “atividade-meio” refere-se aos serviços acessórios, de apoio, embora eles sejam permanentes e indispensáveis à atividade da empresa. Esses serviços não-eventuais de uma empresa, ou seja, permanentes e necessários, podem ser sistematizados como um gênero que compreende como espécie os serviços essenciais ligados à atividade-fim da empresa e os serviços de apoio ligados à atividade-meio. Contrariamente a esse gênero encontra-se outro, o dos serviços eventuais, prestados de forma pontual, ligados a necessidades emergenciais, circunstanciais. Carmem Camino sustenta que, “Em síntese, a essencialidade não é sinônimo de não-eventualidade, mas uma espécie de não-eventualidade.”¹²²

A atividade-meio é composta por todas aquelas atividades não essenciais da empresa, ou seja, as que têm a finalidade de dar suporte às atividades principais constantes nos objetivos sociais da empresa. E, sendo considerada acessória, poderia até mesmo ser dispensável em algumas situações específicas.

Através da terceirização a empresa efetua contratos com outras empresas unicamente para desempenharem atividades-meio, ou seja, atividades acessórias que não fazem parte do seu objetivo.

No que se refere a atividade-meio Maurício Godinho Delgado define:

[...] atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas na Lei 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).¹²³

Para Carmem Camino:

¹²² CAMINO. op. cit., p. 236.

¹²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr., 2010. p. 425.

Ao delegar as atividades-meio da sua empresa, o empresário delega também o poder de comando que lhe é inerente ao terceiro que contrata. Este é quem escolherá seus próprios empregados, dirigirá a força de trabalho por eles entregue, fiscalizará a sua execução e pagará os salários.¹²⁴

Se constatada a fraude na terceirização, a relação de emprego estabelece-se diretamente com o tomador do serviço, e desta forma será constituído o vínculo de emprego.

Conforme já registrado pelo Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região, atualmente auxiliar da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia, Marcel Lopes Machado,

[...] como forma de proteção dos trabalhadores e de seus créditos nas atividades terceirizadas, o TST editou a Súmula 331, que vedou a possibilidade de transferência produtiva da atividade principal/essencial das empresas para outras empresas, tidas como interpostas na contratação dos empregados, salvo aquelas atividades autorizadas pela Lei 6.019/74 e Lei 7.102/83, trabalho temporário e serviços especializados de vigilância, conservação e limpeza e outras atividades secundárias e periféricas da tomadora, bem como, institui a responsabilidade subsidiária desta última em caso de inadimplência contratual da prestadora de serviços terceirizada com seus funcionários.

¹²⁵

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena destaca que a classificação das atividades de uma empresa em atividade-fim e atividade-meio trata-se de questão de fato (*quaestio facti*). Desta forma a análise é casuística, de acordo com a estrutura operacional de cada empresa.

Ele entende que para ser caracterizada como atividade-meio, esta deve ser desenvolvida como uma atividade adicional, de apoio, que não interfira na autenticidade e qualidade do exercício da função da atividade-fim. A empresa prestadora de serviços deve realizar uma atividade especializada, com “mecanismos próprios de operacionalização que prestam um concurso adicional a

¹²⁴ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 119.

¹²⁵ MACHADO, Marcel Lopes. O moderno sistema capitalista de produção. As terceirizações dos serviços de *call center* das empresas de telecomunicações. A evolução do conceito de subordinação jurídica subjetiva para objetiva e estrutural. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2119, 20 abr. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12660>. Acesso em: 24 jul. 2010. p. 2.

qualquer outra atividade empresarial”. Ele conclui que “[...] a empresa prestadora de serviços deve estabelecer os modos de sua operação com total desvinculação da empresa por quem é contratada, destacando-se dela não apenas quanto ao aspecto instrumental, mas também quanto àquele ligado ao pessoal.”¹²⁶

Jurisprudência sobre a legalidade da terceirização na atividade-meio:

UNICIDADE CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-MEIO. LEGALIDADE. SÚMULA Nº 331 DO TST. É legal a terceirização de atividade-meio, sob a modalidade de locação permanente de mão-de-obra, inexistindo fraude na dispensa do empregado da tomadora dos serviços e contratação pela prestadora de serviços, ainda que com salário inferior ao que percebia na tomadora dos serviços, pois é lícito à empresa reduzir seus custos operacionais por meio da concentração de esforços em sua atividade-fim, terceirizando as demais. Inteligência da Súmula nº 331 do TST. Revista conhecida e desprovida.¹²⁷

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. VÍNCULO DE EMPREGO. SÚMULA Nº 331, ITEM III. NÃO PROVIMENTO.

1. A contratação, por meio de empresa interposta, de serviços que se inserem na atividade-meio do tomador, ausentes, ainda, a personalidade e a subordinação direta entre este e o trabalhador, não configura intermediação ilegal de mão-de-obra, tampouco terceirização ilícita.
2. Decisão regional em consonância com a Súmula nº 331, item III, o que atrai os óbices previstos na Súmula nº 333 e no artigo 896, § 4º, da CLT.
3. Agravo de instrumento a que se nega provimento.¹²⁸

Sucintamente, pode-se dizer que as funções que nada têm em comum com a atividade-fim são caracterizadas como atividades-meio. Elas são consideradas acessórias, ou de suporte à atividade principal, e podem ser entendidas como as atividades desempenhadas pela empresa que não coincidem com seus fins

¹²⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Recursos trabalhistas e outros estudos de direito e de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 200.

¹²⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (4. Turma). Acórdão unânime. Recurso de Revista 360011/1997 - Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho - DJU de 16 jun. 2000. p. 519. **IOB Online**: regulatório. empresa - procedimentos administrativos – terceirização. 2010. p. 4. Disponível em: <<http://www.iobonlineregulatorio.com.br/pages/core/coreDocuments.jsf?guid=I618AFA00A18A693CE040DE0A24AC2BF4¬a=1&tipodoc=3&esfera=FE&ls=2&index=2#highlight-2>>. Acesso em: 07 set. 2010.

¹²⁸ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho: (2. Turma) Agravo de Instrumento n. 60740-29. 2006. 5. 01.0011, Agravante: Márcio de Souza Tavares. Agravado: Itaú Unibanco S.A. Relator: Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Data de Julgamento: 30 jun. 2010, Data de Publicação DJET: 06 ago. 2010. Disponível em: <<http://ext02.tst.jus.br/>> pls/ ap01/ ap_red100. resumo? num_int=11984&ano_int=2010&qtd_acesso=1291221 Acesso em: 10 set. 2010.

principais, figurando como complementar ou de apoio, as quais podem ser terceirizadas.

3.2.2.2 Atividade-fim

Atividade-fim é aquela que coincide com o objeto basilar da empresa. É também conhecida como atividade principal, inerente, essencial para o empreendimento. Entende-se também a atividade-fim, como aquela constante no contrato social da empresa, pela qual foi organizada.

Maurício Godinho Delgado define atividade-fim da seguinte forma:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definidoras da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços ¹²⁹.

Parágrafo 2º, do art. 581 da CLT: “Entende-se por atividade preponderante aquela que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, em regime de conexão funcional”.¹³⁰

Newton Saratt et al., define a atividade-fim ou vocacional, como aquela relacionada diretamente com o negócio, que, embasado no entendimento jurisprudencial predominante, não pode ser terceirizada, devendo ser realizada

¹²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 425.

¹³⁰ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 05 ago. 2010.

pelos empregados da empresa contratante. É o know-how da empresa, no qual reside seu diferencial competitivo.¹³¹

No exemplo da montadora, antes citado, as atividades-fim representam aquelas ligadas à tecnologia, ao desenvolvimento da marca e à montagem.

Conforme já registrado pelo Juiz do Trabalho da 3ª Região, atualmente auxiliar da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia, Marcel Lopes Machado:

A Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.475/97, estabeleceu em seu art. 25 a permissão para as empresas concessionárias de telecomunicação contratar com terceiros, ou seja, outras empresas prestadoras de serviços, o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como, em seu art. 94, II, “a contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias, ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”, o que se inclui, a princípio, que mesmo as “atividades-fim, principais essenciais” podem ser objeto de contratação de prestação de serviços.

Neste sentido segue jurisprudência do TST:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO - ATIVIDADE-FIM - EMPRESA DE TELEFONIA - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA. A terceirização de atividade-fim ao contrato de concessão outorgado a empresa de telefonia é plenamente possível, desde que não reste caracterizada a subordinação jurídica do empregado com a tomadora dos serviços. Os contratos celebrados com terceiros, pois, não deverão ser conceituados como atividade-fim, mas, como atividade inerente ao contrato, novo conceito adotado pelo §1º, do artigo 25, da Lei nº 8.987/95 e pelo item II do artigo 94 da Lei nº 9.472/97. Assim sendo, é lícita a terceirização por empresa de telecomunicação de serviço inerente. Desse modo, não cabe a aplicação ao caso dos itens I a III da Súmula nº 331 desta Corte, na medida em que a terceirização de atividades inerentes aos serviços de telecomunicações é expressamente autorizada por lei. Ademais, in casu, não restou caracterizada a subordinação jurídica da reclamante com a tomadora dos serviços. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.¹³²

¹³¹ SARATT, Newton et al. **Quarteirização**: redefinindo a terceirização: Porto Alegre: Badejo. 2000. p. 46.

¹³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (2. Turma). Recurso de Revista n. 125600-38. 2008. 5. 03.0003. Recorrente: Tim Nordeste S.A. Recorrido(s): Elaine Cristina da Costa Carvalho e A & C Soluções Ltda. Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva. 06 ago. 2010. Disponível em:< http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/apred100.resumo?num_int=802829&ano_int=2009&qtd_acesso=15790011. Acesso em: 14 set. 2010.

Segue julgado da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que rejeitou recurso de revista da Telemar Norte Leste S.A., contra decisão que reconheceu vínculo de emprego entre trabalhador contratado por empresa prestadora de serviço e a operadora de telefonia:

[...] O relator, ministro Emmanoel Pereira, aplicou ao caso a Súmula nº 331, item I, do TST, que trata da ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando o vínculo diretamente com o tomador dos serviços.

Considerando ainda a existência de súmula no tribunal sobre a matéria, o ministro Emmanoel se amparou no artigo 896, parágrafo 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho para não conhecer o recurso da Telemar. O relator foi acompanhado pela ministra Kátia Arruda que destacara entendimento recente da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais no sentido de que não poderia haver terceirização em atividades-fim das empresas, e o Tribunal do Trabalho da 3ª Região (MG) expressamente disse que era essa a hipótese dos autos.

O TRT manteve a sentença que considerara nulo o contrato de trabalho do empregado com a prestadora de serviço (Engenharia e Construções ADG Ltda.) e reconheceu o vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora do serviço (Telemar), porque concluiu que as tarefas de implantação e manutenção de rede de acesso de telecomunicações desenvolvidas pelo profissional eram típicas de atividade-fim da empresa. Portanto, para o Regional teria ocorrido fraude na contratação do trabalhador.

Durante o julgamento, a defesa da Telemar argumentou que a Lei nº 9.472/97 admite a terceirização nas telecomunicações em atividades inerentes ao setor. O problema é que o TRT tinha entendido que os serviços desempenhados pelo empregado caracterizavam atividade finalística, e, segundo a advogada, na verdade eram próprias da atividade-meio da empresa – daí a legalidade da terceirização.

O presidente da Turma, ministro João Batista Brito Pereira, divergiu do relator e concordou com os argumentos da empresa quanto à licitude da contratação de mão de obra por meio de prestadora de serviço. Para o ministro, a Súmula nº 331/TST foi resultado da evolução da jurisprudência quando nem sequer havia norma tratando da terceirização, mas o mundo tinha mudado, e a legislação atual permitia a terceirização nas atividades inerentes. Logo, explicou o ministro, a súmula não poderia ser aplicada ao caso, e o recurso deveria ser admitido por violação da Lei nº 9.472/97 para afastar o reconhecimento do vínculo de emprego com a tomadora do serviço. Assim, por maioria de votos, vencido o ministro Brito Pereira, a Quinta Turma rejeitou a revista da empresa e, com isso, ficou mantida a decisão do Regional que reconheceu o vínculo de emprego com a Telemar. (RR – 1488/2007-105-03-00.0).¹³³

¹³³ FONSECA, Lilian. **Notícias do Tribunal Superior do Trabalho**: exercício de atividade-fim cria vínculo de emprego com tomador do serviço. 26/11/2009. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=10043&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=terceiriza%E7%E3o>. Acesso em: 10 set. 2010.

O conceito de terceirização atribuído por alguns juristas vem acolhendo o fato como mera contratação de terceiros, da prestação de serviços, ou da produção de bens, admitindo que esta contratação esteja ligada às atividades-meio ou fim da contratante. Verifica-se, sob a ótica do doutrinador Amauri Mascaro Nascimento:

As empresas têm terceirizado em hipóteses mais amplas e em alguns casos assumem riscos extrapolando a área em que é possível terceirizar, que é a da atividades-meio, o que é inevitável dada à suficiência do referido critério. É que há atividades coincidentes com os fins principais da empresa que são altamente especializadas e, como tal, justificar-se-ia plenamente, às mesmas também, a terceirização. O processo mundial de terceirização desenvolveu-se em função da necessidade de empresas maiores contarem com a parceria de empresas menores especializadas em determinado processo tecnológico.¹³⁴

Destarte, o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante admite que a empresa tomadora contrate empresas prestadoras de serviços para a realização de suas atividades-meio, ou seja, aquelas atividades que não são ligadas diretamente à atividade principal da empresa contratante [...] ¹³⁵

VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. Dada a ilicitude da terceirização levada a efeito entre as reclamadas, trabalhando o reclamante em atividade-fim da recorrente, o que se confirma pelo objeto de seu estatuto social e ainda pelas mesmas atividades desenvolvidas tanto no tocante a primeiro período quando contratado pela empresa interposta, quanto no segundo, com vínculo de emprego reconhecido diretamente com a tomadora, há que se acolher a existência de um único contrato com a tomadora e o vínculo de emprego decorrente.¹³⁶

¹³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Alcance da responsabilidade laboral nas diversas formas de prestação de serviços por terceiros**. Curitiba, v. 4. nº 31: Genesis, julho de 1995, p. 10.

¹³⁵ IOB Online Regulatório. Terceirização, 2010. Disponível em: <<http://www.iobonlineregulatório.com.br/print/module/print.html>>. Acesso em: 14 ago. 2010, p. 2.

¹³⁶ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. (3. Vara do Trabalho de Contagem). Ação trabalhista. Recurso Ordinário n. 01658-2007-031-03-00-5 RO. Reclamante: Alexandre Ferreira. Reclamado(s): Eximia Serviços Temporários Ltda e Souza Cruz S.A. Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno. Revisor: Alice Monteiro Barros. Publicado: 12 maio 2009. Disponível em:<

Desta forma, a despeito da dificuldade que se impõe à definição de atividade-meio e atividade-fim, e segundo a doutrina e jurisprudência, prevalece o entendimento que só pode ser terceirizada a atividade-meio, ou seja, a que não tem a ver com a atividade principal da empresa.

No dizer de Nilton Oliveira Gonçalves:

A utilização de terceirização nas atividades-fim gera vínculo empregatício. Muitas empresas incorrem neste erro ao “transformar” empregados em profissionais terceirizados. O comparecimento diário à empresa, o trabalho realizado sob subordinação, de forma contínua e assalariado (já que emite notas fiscais somente para um “cliente”) caracterizam o vínculo empregatício [...]¹³⁷

Segue jurisprudências que destacam este entendimento:

EMENTA: 1. TERCEIRIZAÇÃO. limites da livre iniciativa. É injustificável, sob o ponto de vista do Direito do Trabalho, a intermediação de mão-de-obra, se o trabalhador vai desenvolver atividade típica e permanente, relacionada ao objeto social da empresa. Na terceirização, o tomador de serviços deve ter em mente não apenas o lado econômico da contratação, mas também os aspectos sociais a ela relacionados, jamais podendo olvidar-se de que a liberdade de contratar deve sempre ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Embora a livre iniciativa empresarial constitua um valor social fundamental no nosso ordenamento jurídico, inexistindo lei que proíba a contratação de empresas prestadoras de serviços, essa intermediação não pode fazer-se com desconsideração dos direitos legalmente assegurados aos trabalhadores e tão só na intenção de reduzir custos e responsabilidades. 2. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM DE BANCO. IRREGULARIDADE. VÍNCULO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. É cabível o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o banco tomador dos serviços, quando os elementos dos autos indicam que as atividades exercidas pelo obreiro na empresa fornecedora de mão de obra são típicas dos empregados bancários, tratando-se de tarefas essenciais à execução das atividades-fim do banco (Súmula 331 do TST).¹³⁸.

01682007-031-03-00-5+RO&idReclamacao=3225318&chaveProcesso=RO++09+1423>.

Acesso em: 10 set. 2010.

¹³⁷ GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de Mão-de-obra**: modalidades, conceito, legislação, ênfase à terceirização na forma de cooperativas. São Paulo: LTr, 2005. p. 16

¹³⁸ MINAS GERAIS. Vara do Trabalho. (2. Turma). Recurso Ordinário n. 0134300-94.2008.5.03.0005. Recorrente: Prosegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança e Vany de Paula Recorrido: os mesmos. Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. Revisor: Luiz Ronan Neves Koury. Data da Publicação: 10 jun. 2009). Disponível em:

VÍNCULO DE EMPREGO. VENDEDOR DE PASSAGENS DE EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. ILEGALIDADE. Evidenciando a prova que a reclamada se utilizou de empresa interposta para venda de passagens, vendas que eram realizadas em seu 'box' situado no interior do terminal rodoviário, razoável a conclusão do Regional, porque caracterizada típica delegação de atividade-fim a terceiro, que responde como verdadeira empregadora. Inteligência do Enunciado nº 331, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (Acórdão unânime da 4ª Turma do TST - RR - 71605-2002-900-22-00- Rel. Min. Milton de Moura França - DJU de 30.01.2004).¹³⁹

Conforme destacado na jurisprudência abaixo, gera vínculo empregatício a prestação de serviços nos moldes do art. 3º da CLT:

A prestação de serviços nos moldes do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) impõe reconhecimento de vínculo empregatício. O artigo em questão prevê a consideração como empregado de “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência econômica deste e mediante salário”, sem distinções relativas à espécie de emprego. Com base neste entendimento, os Desembargadores da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul mantiveram o reconhecimento do vínculo empregatício de um trabalhador perfeitamente inserido na estrutura da empresa.

O reclamante prestava serviços de manutenção de central telefônica, alarmes e parabólicas, recebendo da reclamada – cuja atuação é justamente na área de venda e manutenção de equipamentos eletroeletrônicos - um percentual de 40% a 60% do serviço “contratado”.

Além da realização de serviços diretamente relacionados à atividade essencial da empresa, a relatora do processo, Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira, ressaltou a existência de subordinação do empregado – que inclusive utilizava instrumentos e ferramentas fornecidos pela contratante.

Tais circunstâncias configuram a nulidade do contrato de prestação de serviços originalmente celebrado entre as partes. A decisão do Tribunal representa a manutenção da sentença proferida pelo juízo da Vara do Trabalho de Santo Ângelo. (RO 00816-2006-741-04-00-8).¹⁴⁰

<<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/consultaProcessual.do?evento=Detalhar>>. Acesso em: 17 set. 2010.

¹³⁹ **IOB Online Regulatório**. Terceirização. 2010. Disponível em: <<http://www.iobonlineregulatorio.com.br/pages/core/coreDocuments.jsf?guid=I618AFA00A18A693CE040DE0A24AC2BF4¬a=1&tipodoc=3&esfera=FE&ls=2&secao=integra&index=1>>. Acesso em 07 set. 2010. p. 6.

¹⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 00816-2006-741-04-00-8. Reclamante: Cláudio Ari Perôneo – M.E. Reclamado: Aridelson Schuquel de Oliveira. Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira. Adaptado pelo Guia Trabalhista. 16 jul. 2008. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=00063000920075040741&operation=doProcessoReconsulta&processo=000015069.2010.5.04.0009&ordem=13&tipo=cabecalho&actio n=2&chave=1066439548K3138X&intervalo=90>. Acesso em: 01 ago. 2010.

Nem sempre a distinção entre atividade-meio e atividade-fim consegue determinar a legalidade ou ilegalidade de um contrato de prestação de serviços, às vezes se faz necessário também um exame individualizado a partir da atuação de cada trabalhador, vejamos ementa:

TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. A terceirização, por si só, não enseja nenhuma ilegalidade. Por outro lado, a distinção entre atividade-fim e atividade-meio nem sempre é clara a ponto de determinar a legalidade ou a ilegalidade do objeto contratual, tornando indispensável o exame de situações individuais a partir da atuação de cada empregado (se em cumprimento da terceirização e em que função) para se aferir a fraude. Ademais, a essencialidade da atividade-meio para a consecução da atividade-fim faz com que essa distinção perca relevância. A declaração do vínculo diretamente com a tomadora de serviços demanda detectar a fraude na contratação e a presença dos requisitos da relação de emprego (arts. 2º. e 3º da CLT), que no caso, não ficaram comprovados.¹⁴¹

O Tribunal Superior do Trabalho, em recurso de revista apreciado pela Quinta Turma, manteve, quanto ao vínculo de emprego, o mesmo entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região do Paranaguá:

[...] Ao confirmar o julgamento da Vara do Trabalho de Paranaguá, o TRT/PR considerou que as atividades de embalar e encaixotar margarinas inclui-se entre as atividades-fim da Sadia, pois são necessárias para a comercialização do produto e imprescindíveis ao processo de produção.

Para o Tribunal Regional, a Sadia foi a única beneficiária da mão-de-obra do trabalhador, e a empresa terceirizada serviu apenas como intermediadora. O TRT/PR julgou, assim, que a terceirização foi fraudulenta, e o vínculo de emprego era, na verdade, diretamente com a tomadora dos serviços.

[...] Na análise do recurso de revista no TST, o relator, ministro João

¹⁴¹ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. Vara do Trabalho de Pirapora. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 00642-2007-072-03-00-0. Agravante: Italmagnesio Nordeste S.A Agravado: Israel Pereira da Silva; Eli Rodrigues de Lima. Relator: Ricardo Antonio Mohallem. Revisor: Fernando Antonio Viegas Peixoto. Data da publicação: 19 jun. 2008. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/consultaProcessual.do?evento=Detalhar&numUnico=00642-2007-072-03-40-5+AIRR&chaveProcesso=AIRR0812069>>. Acesso em: 04 ago. 2010.

Batista Brito Pereira, verificou que o Tribunal Regional foi conclusivo no sentido de que o trabalhador preencheria os requisitos previstos no art. 3º da CLT, existindo todos os pressupostos da relação de emprego com a Sadia. (Recurso de Revista n.162/2001-022-09-00.5).¹⁴²

Sérgio Pinto Martins conceitua terceirização como: [...] “possibilidade de contratação de terceiros para realização de atividade-meio da empresa, isto é, aquelas atividades que não constituam seu objeto principal, sua atividade essencial.”¹⁴³

Contudo, ele reconhece a existência de terceirização na atividade-fim, como por exemplo, na indústria automobilística, que atua como montadora das peças que são fabricadas e fornecidas por diversos fornecedores.

Segundo o entendimento de Jefferson José da Conceição e Claudia Rejane de Lima a terceirização de serviços sofre restrições, sustentada na polarização atividade-fim versus atividade-meio, entretanto, com base nos princípios gerais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, não deveria, já que a Constituição Federal garante, em seu art. 170, o livre exercício da atividade econômica, além do Código Civil assegurar e disciplinar a liberdade de contratar “toda espécie de serviço ou trabalho lícito” (art. 421 e 593 e seguintes). Desta forma seriam consideradas ilegais, abusivas e inconstitucionais as ações trabalhistas que têm por base a definição de atividade-fim da empresa. Na medida em que a Súmula nº 331 do TST, que proíbe a terceirização na atividade-fim e estabelece a responsabilidade subsidiária, é hoje a principal orientação no âmbito do Direito do Trabalho. A maioria das decisões adotadas pelo Judiciário que se baseia na Súmula nº 331 causa insegurança jurídica no meio empresarial, decorrente de passivos trabalhistas, fiscalizações, que em determinados casos chegam a ser arbitrárias, e causam o engessamento do mercado de trabalho.¹⁴⁴

¹⁴² TAVARES, Lourdes. Industriário terceirizado obtém vínculo de emprego com a Sadia. **Notícias do Tribunal Superior do Trabalho**. 19 nov. 2007. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8147&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=terceiriza%25E7%25E3o>. Acesso em: 10 set. 2010.

¹⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 22-23.

¹⁴⁴ CONCEIÇÃO, Jefferson José da; LIMA, Claudia Rejane de. Empresários e trabalhadores diante da regulamentação da terceirização no Brasil. É possível um acordo mínimo?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2268, 16 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13517&p=2>>. Acesso em: 19 set. 2010.

A responsabilidade solidária é o resultado prático de algumas das decisões judiciais recentes. Ela liberta as empresas prestadoras da repartição de riscos, penalizando as tomadoras.

Maria da Consolação Vegi da Conceição exemplifica contratação de terceiros na atividade-fim muito utilizada na indústria automobilística:

Vale notar que a Volkswagen Caminhões-ônibus, em Resende, inaugurada em 1996, é um dos casos extremos e paradigmáticos da terceirização no Brasil. Nesta fábrica, denominada de "consórcio modular", a montagem do caminhão – que por suposto deveria ser uma das atividades-fim de uma "montadora" de veículos - é totalmente feita por empresas terceiras na própria linha de produção. As empresas terceiras fornecem e montam, no mesmo espaço físico da Volkswagen, os principais componentes do veículo: motores, chassis, eixos/suspensão, armação carrocerias, rodas, pintura e tapeçaria. A Volkswagen supervisiona o processo, garante qualidade e põe sua "marca" no Veículo. Em várias oportunidades, diretores da empresa alemã argumentaram inclusive que o "core business" da empresa não era mais propriamente produzir ou montar veículos, mas sim comercializá-los a partir da garantia de qualidade que sua marca proporcionava. Evidentemente este processo traz uma série de contradições e possibilidades de questionamentos jurídicos a luz da legislação brasileira atual. Basta notar que, embora todos os trabalhadores terceirizados sejam empregados de empresas diferentes, eles utilizam o mesmo uniforme (muda-se apenas o logotipo); pertencem à mesma categoria sindical; têm padrões médios de remuneração local e jornada comum; são representados pela mesma CIPA; há empréstimo de empregados entre as empresas. Diante deste conjunto de questões novas, o ex Ministro Presidente do TST, Francisco Fausto afirmou: "Essa [a terceirização no setor produtivo] parece ser uma tendência irreversível nas maiores montadoras do País (...) onde a fabricação de componentes de veículos é feita por várias empresas contratadas. Esse processo acelerado de terceirização, verificado nas indústrias, a ponto de dificultar a classificação de atividade-meio (serviço) e atividade-fim (produção), deve merecer reflexão por parte dos Ministros do TST". Para mais detalhes sobre as políticas desenvolvidas na fábrica da Volkswagen Caminhões e os seus diferentes impactos sobre o Direito do Trabalho, ver CONCEIÇÃO, M. C. V. (2002 e 2007).¹⁴⁵

Segue ementa sobre a terceirização não fraudulenta do TRT de Minas Gerais:

¹⁴⁵ CONCEIÇÃO, Jefferson José da; LIMA, Claudia Rejane de. Empresários e trabalhadores diante da regulamentação da terceirização no Brasil. É possível um acordo mínimo?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2268, 16 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13517>>. Acesso em: 19 set. 2010.

TERCEIRIZAÇÃO. FRAUDE NÃO CARACTERIZADA. O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade-fim, ou seja, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Segundo José Augusto Rodrigues Pinto, o que parece importante na terceirização, em crescente expansão, é saber contê-la dentro dos limites convenientes à índole e ao papel do Direito do Trabalho nas relações jurídicas que regula, de modo que a terceirização legítima estaria limitada, de um lado, pela flexibilização do Direito do Trabalho e, de outro, pela fraude à lei trabalhista (Curso de direito individual o trabalho. 3a. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 142-5). Restando evidenciado nos autos que a função exercida pelo reclamante, relacionada com a produção de peças, não se confunde com a atividade-fim da tomadora, que é uma empresa montadora de veículos, deve ser afastada a alegação de fraude. Nesse contexto, destaca-se a manifestação da doutrina no sentido de que "é verdade que não há parâmetros bem definidos do que sejam atividade-fim e atividade-meio e muitas vezes estar-se-ia diante de uma zona cinzenta em que muito se aproximam uma da outra. Quando tal ocorrer e a matéria for levada a juízo, ficará ao prudente arbítrio do juiz defini-la. E fá-lo-á, naturalmente, levando em conta as razões mais elevadas do instituto: a especialização; a concentração de esforços naquilo que é a vocação principal da empresa; a busca de maior eficiência na sua finalidade original; e não apenas a diminuição de custos" (Ministro Vantuil Abdala, in Terceirização: atividade-fim e atividade-meio responsabilidade subsidiária do tomador de serviço. Revista LTr 60-5/587-90). A licitude do processo de terceirização fica ainda mais evidente quando se constata que o salário do reclamante não sofreu qualquer alteração, quando da sua contratação pela empresa prestadora de serviços, o que revela a ausência de prejuízo. O só fato de o empregado ter continuado a prestar serviços nas dependências da antiga empregadora, mesmo depois de ter sido contratado pela empresa terceirizada, não configura fraude, demonstrando, ao revés, que o ambiente de trabalho do obreiro não sofreu degradação com o processo de terceirização. E mais, o autor, antes de ser contratado pela prestadora de serviços, recebeu, assistido pelo seu Sindicato de classe, o FGTS acrescido da multa de 40% e demais verbas rescisórias, não havendo como reconhecer a unicidade contratual, por força do artigo 453 da CLT, aplicado por analogia. Mesmo porque, se fraude existiu, o empregado compactuou com ela, pois o FGTS não poderia ter sido levantado. Dessa forma, lesou o Estado, já que o FGTS permaneceria no banco, sendo usado no plano habitacional e saneamento básico.¹⁴⁶

¹⁴⁶ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. (2. Turma). Recurso Ordinário n. 00519-2002-087-03-00-4 Terceirização – Licitude. Recorrentes: Antônio Ferreira das Dores, Fiat automóveis S/A e Comau do Brasil Indústria e Comércio Ltda. Recorridos: os mesmos. Relator: Alice Monteiro de Barros. Revisor: Convocada Nanci de Melo e Silva. Revisor: Convocada Nanci de Melo e Silva Data de Publicação: 25 set. 2002. Disponível em: http://gsa.trt3.jus.br/search?q=cache:as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acórdãoNumero.do%3Fevento%3D%26idAcordao%3D300591%26codProcesso%3D296268%26datPublicacao%3D%2025%2F09%2F2002%26index%3D0%26+terceiriza%C3%A7%C3%A3o&a%26access=p&output=xml_no_dtd&client=trt3Juris&proxy%26style%26sheet=trt3Juris&dtPub=25-09-2002%26&tema=TERCEIRIZA%C7%C3%O%20-%20LICITUDE%20&oj=Segunda%20Turma&proc=00519-2002-087-03-00-4%20RO%20%20RO&fonte=DJMG&rel=Alice%20Monteiro%20de%20Barros&rev=Convocada%20Nanci%20de%20Melo%20e%20Silva. Acesso em: 23 set. 2010.

Tomando como exemplo a contratação de empresas prestadoras de serviços na indústria automobilística, para executarem trabalhos que estão ligados diretamente à atividade-fim da empresa tomadora, surge o questionamento quanto a possibilidade da terceirização da atividade-fim em outros setores da indústria brasileira, sem que sejam prejudicadas quaisquer das partes envolvidas nesta relação contratual.

3.2.3 Da Responsabilidade Subsidiária e Solidária

Ao realizar uma contratação de serviços terceirizados, a empresa contratante deve avaliar criteriosamente a empresa prestadora de serviço, tendo em vista que na legislação trabalhista há dois princípios indiscutíveis: a subsidiariedade e a solidariedade.

A responsabilidade trabalhista subsidiária é aquela na qual se identifica um devedor principal, o qual deverá sofrer a cobrança em primeiro, apenas emergindo a responsabilidade de outrem pelo cumprimento das respectivas obrigações trabalhistas na hipótese de inadimplência do devedor principal.

Segundo Nilton de Oliveira Guimarães:

A subsidiariedade no contrato de terceirização ocorre quando a Empresa Prestadora de Serviços ou fornecedora de produtos não cumpre suas obrigações, ficando a Empresa Tomadora, ou seja, a Empresa Contratante, responsável pelos débitos não cumpridos pela prestadora. Neste caso, a Empresa Tomadora somente se responsabilizará pelas obrigações se estas não forem cumpridas pela Empresa Prestadora.¹⁴⁷

Ainda que regular a terceirização, com a manutenção do vínculo de emprego entre a empresa prestadora de serviços e o trabalhador terceirizado, o inciso IV, da Súmula 331 do TST – Súmula que fez uma revisão do Enunciado 256, que silenciava sobre a problemática da responsabilidade, prevê a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços diante do inadimplemento das

¹⁴⁷ GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de Mão-de-obra**: modalidades, conceito, legislação, ênfase à terceirização na forma de cooperativas. São Paulo: LTr, 2005. p. 26.

obrigações trabalhistas por parte do empregador. A condenação subsidiária origina-se da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*.¹⁴⁸

Desta forma, verifica-se a ampliação da possibilidade de incidência da responsabilidade trabalhista em situações de terceirização, no entender de Maurício Godinho Delgado:

O simples inadimplemento (e não mais a decretação de falência ou insolvência da empresa terceirizante) autoriza a incidência responsabilizatória sobre a entidade tomadora de serviços. Ampliou-se, também, a abrangência de verbas submetidas à responsabilidade: todas as parcelas contratuais devidas pela empresa terceirizante ao obreiro terceirizado submetem-se à responsabilidade trabalhista da empresa tomadora. Atenuou-se, em contrapartida, para subsidiária (e não solidária) a responsabilidade decorrente da terceirização.¹⁴⁹

Segundo o entendimento de Patrícia Oliveira Lima Pessanha razões não faltam para explicar o olhar crítico por parte do Judiciário e do Ministério Público do Trabalho quando se fala em terceirização de serviços, cabendo ainda ressaltar as diversas hipóteses em que — mesmo diante de uma terceirização regular — o inadimplemento das obrigações trabalhistas mediante, por exemplo, a falência ou o simples desaparecimento da empresa prestadora de serviço, fazem com que os respectivos trabalhadores se vejam obrigados a batalhar mediante a interposição de demandas junto à Justiça do Trabalho, na expectativa de que, ao menos, a empresa tomadora de serviços cumpra com seu dever, mediante a responsabilização subsidiária fixada pela Súmula 331, em seu inciso IV por tais encargos.¹⁵⁰

Mesmo que inexistente uma norma legal específica, que fixe a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, os contratos de natureza civil são regidos por princípios que poderiam justificar o alcance desta responsabilização, especialmente em relação à “função social do contrato”, nesta

¹⁴⁸ Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

¹⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 448.

¹⁵⁰ PESSANHA, Patrícia Oliveira Lima. **Terceirização deve ser regulamentada**. Revista Consultor Jurídico, 26 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-26/regulamentacao-terceirizacao-evitar-litigios-trabalhistas>>. p. 4>. Acesso em: 02 ago. 2010.

seara, também os artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como os artigos 186 e 927 do Código Civil podem ser invocados.

Neste sentido, segue trecho ementa que bem destaca a questão:

[...] RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA. TOMADORA. EMPRESA PARTICULAR. IMPOSIÇÃO CALCADA EM SÚMULA DO TST. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. Embora não haja, efetivamente, qualquer dispositivo legal que trate especificamente da condenação subsidiária da empresa tomadora de serviços, esta se escora na construção jurisprudencial representada pela Súmula nº 331, do C. TST. Esta, por sua vez, encontra suporte nos arts. 186 e 927 do CCB, no art. 8º, da CLT, no art. 4º da LICC e no art. 127 do CPC, eis que se trata "de princípio de responsabilidade trabalhista que todo aquele que se beneficia direta ou indiretamente do trabalho do empregado deve responder com seu patrimônio pelo adimplemento das obrigações correspondentes". A imposição condenatória segundo estes parâmetros, portanto, não implica em violação ao princípio da legalidade. [...]¹⁵¹

Para a condenação subsidiária do tomador de serviços, a Súmula 331 prevê especificamente o inadimplemento das obrigações trabalhistas. Desta forma, constatado o inadimplemento, o tomador é responsável subsidiariamente.

Uma corrente, ainda que minoritária, da doutrina e jurisprudência defende que não se faz necessária a prova efetiva da inidoneidade financeira da real empregadora, neste sentido, segundo Fernando Schnell:

As sentenças trabalhistas costumam demonstrar a inidoneidade das prestadoras de serviços pela revelia ou ausência a audiências de prosseguimento – o que é usual na prática forense – bem como pela ausência de documentação exigida por lei, quando tais fatos são meros reforços de argumentação diante do inadimplemento constatado nos autos do processo, que é suficiente para a condenação subsidiária do tomador.¹⁵²

¹⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. (15. Região) Vara do Trabalho de São João da Boa Vista. (12. Câmara. 6. Turma). Decisão 043301/2009-PATR do Processo 0160400-97.2007.5.15.0034. Recorrente: HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo. Recorrido: Emerson Padilha Amaro Recorrido: Estrela Azul - Serviços de Vigilância, Segurança e Transporte de Valores Ltda. (em Recuperação Judicial). Relatora: Olga Aida Joaquim Gomieri. Publicado em 17/07/2009. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/p Processo.wProcesso?pTipoConsulta= PROCESSO & pIdProc=1506445&pDbLink=>>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

¹⁵² SCHNELL, Fernando. A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador. A necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares. A responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviço. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 703, 8 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6855>>. Acesso em: 24 jul. 2010. p. 5-6.

No Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, da 2ª Região são encontrados julgados sobre a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços com aplicação da Súmula 331 do TST:

Terceirização. Responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. A responsabilização da empresa tomadora e beneficiária dos serviços é medida que se impõe, quando verificada a não satisfação dos direitos dos empregados envolvidos na intermediação de mão-de-obra em esquema de terceirização. Trata-se de construção jurisprudencial sedimentada na Súmula 331 do C. TST que visa garantir o recebimento das verbas inerentes ao liame laboral. Aspecto pertinente a ser considerado na apreciação do tema é a inadimplência da empresa contratada, omitindo-se quanto ao cumprimento das garantias mínimas e de cunho obrigacional. A empresa contratante, inserida neste contexto, assume os riscos da contratação sendo-lhe imputada culpa 'in eligendo e vigilando', de forma que deve responder subsidiariamente pelos créditos deferidos.¹⁵³

A inidoneidade econômica e financeira da empresa prestadora de serviços já é um forte indício de que a terceirização é fraudulenta, evidenciando a culpa "*in eligendo*" ou "*in vigilando*", podendo gerar a responsabilidade solidária do tomador de serviços.

A responsabilidade trabalhista solidária é aquela que obriga, de forma igualitária, duas ou mais empresas, individuais ou coletivas, ao cumprimento das obrigações trabalhistas patronais, de forma que o trabalhador pode cobrar a obrigação de forma alternativa, de qualquer uma das empresas, ou das duas, inexistindo, em relação a essas, a obrigação de se observar o benefício de outrem.

Nilton Oliveira Gonçalves assim elucida o conceito da solidariedade na terceirização:

¹⁵³ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. (2. Região. Acórdão unânime da 4. Turma). Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo n. 00321.2005.011.02.000. Acórdão n. 20050793750. Recorrente: Construções e Comércio Camargo Correa S.A. e Serviços Obras Ltda. Recorrido: Francisco das Chagas Mendes Lima. Relator Paulo Augusto Câmara. DOE SP 25 nov. 2005. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/>. Acesso em 25.08.2010.

A solidariedade no contrato de trabalho significa que, a Empresa Tomadora dos serviços ou produtos terceirizados, ou seja, a Empresa Cliente, e a Empresa Fornecedora, são igualmente responsáveis pelas obrigações resultantes da relação empregatícia. O vínculo jurídico existe entre ambas empresas, responsabilizando-as por qualquer pagamento não realizado, dentro da legislação trabalhista. Uma única condenação trabalhista atinge duas empresas. Também no caso de acidente de trabalho, com danos morais e materiais e mesmo as ações criminais, a justiça comum adota este conceito.¹⁵⁴

O argumento adotado por alguns tribunais para justificar a responsabilidade solidária está na assertiva de que a reclamada, além de fiscalizar o trabalho executado pelo reclamante, também não poderia terceirizar a sua atividade-fim. Abaixo, destacada ementa sobre a responsabilidade solidária da tomadora:

TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA. A terceirização é o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa não incluída nos seus fins sociais para que esta a realize habitualmente com empregados desta. Transporte, limpeza e restaurante são exemplos típicos. Quando não fraudulenta é manifestação de modernas técnicas competitivas. A terceirização não é uma prática ilegal por si só, é hoje uma necessidade de sobrevivência no mercado, com a qual a Justiça precisa estar atenta para conviver. Contudo, a sua utilização de forma a impedir a formação correta do vínculo empregatício não pode ser prestigiada. O reconhecimento da responsabilidade solidária e a correção da titularidade empresarial da relação empregatícia são as formas judiciais de sanar o defeito. Além disto, a responsabilidade do tomador dos serviços contemplada pela Súmula n. 331/TST não é excluída na hipótese de uma terceirização de serviços tolerada e encontra amparo na lei (art. 927 do Código Civil), contudo, para contemplar a hipótese de subsidiariedade, na qual se atribui ao tomador dos serviços a culpa "in eligendo" e a culpa "in vigilando".¹⁵⁵

¹⁵⁴ GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de Mão-de-obra: modalidades, conceito, legislação, ênfase à terceirização na forma de cooperativas.** São Paulo: LTr, 2005. p. 26.

¹⁵⁵ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. (3. Região. 2. Turma). Recurso Ordinário n. 00081-2008-142-03-00-7. Terceirização. Responsabilidade Subsidiária. Recorrente: Construtora Colares Linhares Ltda, e como Recorridos: Ozassife Pereira Bonfim, Irmãos Bispo Materiais de Construção e Transporte 5000 Ltda. Relator: Convocada Taísa Maria Macena de Lima. Revisor: Sebastião Geraldo de Oliveira Data de Publicação: 18 jun. 2008. DJMG. p. 13. Disponível em: <<http://gsa.trt3.jus.br/search?q=cache:as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordao/Numero.do%3Fevento%3DDetalhe%26idAcordao%3D627031%26codProcesso%3D622056%26datPublicacao%3D18/06/2008%26index%3D0+terceiriza%C3%A7%C3%A3o+responsabilidade+solid%C3%A1ria&access=p&output=xmlo&client=trt3Juris&proxystylesheet=trt3Juris&dtPub=18-06-2008&tema=TERCEIRIZA%C7%C3O%20-%20RESPONSABILIDADE%20SUBSIDI%C1RIA&oj=Segunda%20Turma&proc=00081-2008-142-03-00-7%20RO%20-%20RO>> fonte

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Decisão regional que, com base na prova dos autos, declara que todo o controle sobre os empregados da prestadora de serviços era feito pela tomadora, desde a seleção para admissão, acaba por confirmar a fraude da intermediação da mão de obra e declara a responsabilidade solidária da 2ª reclamada com a 1ª, pelos créditos do obreiro. Inexiste afronta de ordem direta e literal à regra dos arts. 2º e 3º da CLT, 39 da Lei 6.435/72 e 896 do CCB. Agravo não provido.¹⁵⁶

Na hipótese de fraude aos preceitos trabalhistas, através da prática de terceirização ilícita, incide o art. 9º da CLT¹⁵⁷, onde consideram-se nulos de pleno direito os atos relativos à terceirização, formando-se o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora. A empresa prestadora de serviços, que participou da fraude responderá solidariamente, com base no art. 942¹⁵⁸ do Código Civil.

Segundo Jorge Lages Salomo, a legislação da Seguridade Social (Lei n. 8.212/91), estabelecia no art. 31 a responsabilidade solidária do tomador dos serviços pelo recolhimento da contribuição devida à seguridade social pelo prestador de serviços, que incide sobre a remuneração da mão-de-obra utilizada nos respectivos serviços. Este artigo previa a retenção pelo contratante das importâncias que seriam devidas à contratada, até a garantia total do

=DJMG&pg=13&rel=Convocada%20Ta%EDsa%20Maria%2Macena%0de%20Limarev=Sebasti%E3o%20Geraldo%20de%20Oliveira. Acesso em: 23 ago. 2010.

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (3. Turma). Agravo de Instrumento de Recurso de Revista n. 7985000.53.2003.5.02.0900, Agravante: Metrus - Instituto de Seguridade Social. Agravado(s): Cláudio Roberto de Moraes e Emtel Recursos Humanos e Serviços Terceirizados Ltda. Relatora Juíza Convocada: Dora Maria da Costa, 18 fev. 2005. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=14360&ano_int=2003&qtd_acesso=1813905>. Acesso em: 13 ago. 2010.

¹⁵⁷ Art. 9º. “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Disponível em: BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 05 ago. 2010.

¹⁵⁸ Art. 942. “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.” BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

cumprimento das obrigações previdenciárias, e também estabelecia a forma de eliminar a responsabilidade solidária diante da comprovação de determinados documentos pela contratada.¹⁵⁹

Entretanto, a Lei nº 9.711/98 alterou a redação do art. 31 da Lei nº 8.212/91¹⁶⁰, eliminando a responsabilidade solidária antes prevista. Embasada na nova redação do art. 31, a empresa contratante deve reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal/fatura de serviços e recolher ao INSS a importância retida, em nome da contratada. Quando a empresa contratada emite a nota fiscal deve destacar o valor a ser retido, para fins dos parágrafos 1º e 2º, do art. 31¹⁶¹ citado acima.

O artigo 112, da Instrução Normativa Receita Federal do Brasil nº 971/2009 no mesmo sentido prevê:

A empresa contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário, a partir da competência fevereiro de 1999, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e recolher à Previdência Social a importância retida, em documento de arrecadação identificado com a denominação social e o CNPJ da empresa contratada, observado o disposto no art. 79 e no art. 145.

¹⁵⁹ SALOMO. Jorge Lages. **Contratos de Prestação de Serviços: Manual teórico e prático**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 46.

¹⁶⁰ Art. 31. “A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5o do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos)”. Lei nº 8.212, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 04 ago. 2010.

¹⁶¹ Art. 31 [...] § 1º. O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998). [...] § 1º. O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009). § 2º. Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 04 ago. 2010.

§ 1º Para fins do disposto no caput, a empresa contratada deverá emitir nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços específica para os serviços prestados em condições especiais pelos segurados ou discriminar o valor desses na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.¹⁶²

A diferença entre a subsidiariedade e a solidariedade é que na subsidiariedade, se a empresa prestadora de serviços não cumprir as suas obrigações, a empresa contratante será chamada a pagá-las. Já na solidariedade a responsabilidade entre as duas empresas é igual.

É imprescindível destacar que, ao terceirizar os serviços especializados de apoio, a empresa contratante não se exime inteiramente das obrigações trabalhistas.

É necessária uma atenção à contratação, pois se porventura vier a contratar uma empresa prestadora inidônea, incorrerá em culpa *in eligendo*. Deverá ter também o cuidado de fiscalizar quanto ao cumprimento dos encargos trabalhistas assumidos pela terceirizada, incidirá em culpa *in vigilando*. Sendo assim, ambas as espécies à tornarão responsável subsidiariamente. Nesse sentido a Súmula 331 do TST, inciso IV.

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

¹⁶² **Instrução Normativa RFB nº 971**, de 13 de novembro de 2009. DOU de 17.11.2009. Dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Alterada pela Instrução Normativa RFB nº 980, de 17 de dezembro de 2009. Alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1.027, de 22 de abril de 2010. Alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1.071, de 15 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2009/in9712009.htm>>. Acesso em 24 set. 2010.

Nesse aspecto Carmem Camino:

[...] adotada a terceirização como forma de fraudar a incidência das normas tutelares, quando utilizado o terceiro contratado como mero “empregador de fachada”, sem delegação do poder de comando pelo contratante dos serviços, incide com toda a sua força o preceito do art. 9º da CLT. É nulo de pleno direito o contrato de prestação de serviços mantido com o terceiro e a relação de emprego emerge, à luz do art. 3º da CLT, com o tomador dos serviços fraudulentamente contratados. O terceiro que se prestou à fraude não fica isento de responsabilidade. Será chamado a responder pelos encargos trabalhistas de forma solidária, na forma disciplinada no art. 1518 do Código Civil.¹⁶³

A responsabilidade subsidiária trabalhista não possui previsão legal escrita. Advertidas as situações de trabalho temporário e de contrato de empreitada, de acordo com Maurício Godinho Delgado:

Há situações, entretanto, em que lei estabelece tão somente responsabilidade (solidária ou subsidiária) pelas verbas trabalhistas derivadas de uma relação de emprego, sem conferir, contudo, ao responsabilizado a qualidade jurídica de empregador. Não se reconhece relação de emprego (essa verificou-se com outra pessoa física ou jurídica): reconhece-se apenas responsabilidade pelo pagamento das parcelas resultantes. Típicas e incontroversas são as situações incidentes sobre a empresa tomadora [...]

[...] há responsabilidade *subsidiária* da entidade tomadora de serviços em face de quaisquer verbas contratuais concernentes ao obreiro colocado à sua disposição, caso verificado *inadimplemento* das respectivas obrigações (Súmula 331, IV, TST). Como se percebe, a súmula em exame não exige falência (ou insolvência), mas simples *inadimplemento* por parte da empresa terceirizante. E não discrimina ou limita verbas, referindo-se ao gênero obrigações trabalhistas (na verdade, obrigações contratuais da terceirização). Em contrapartida a responsabilidade que vislumbra não é solidária, mas apenas *subsidiária*.¹⁶⁴

O TST é favorável à aplicação da responsabilidade subsidiária nas relações entre as empresas tomadora e prestadora de serviços. Desta forma, as obrigações trabalhistas são a princípio da empresa contratada, que admite seu

¹⁶³ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 118.

¹⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.p. 457.

empregado. Entretanto, se esta vier a não cumprir as suas obrigações, os trabalhadores poderão responsabilizar o devedor secundário, que é a empresa tomadora dos serviços, acionado-o judicialmente, o qual deverá responder pelos direitos correspondentes ao período em que os serviços lhe foram prestados.

As ementas merecem transcrição:

RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR. Não se conhece de recurso de revista quando a decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência sumulada desta Corte no sentido de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, até mesmo quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que tenham participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93). Recurso de Revista não conhecido. (Acórdão unânime da 2ª Turma do TST - RR 641982/2000 - Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira - DJU de 05.12.2003)¹⁶⁵

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR. O inadimplemento por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto às obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Inteligência do item IV da Súmula 331 do E. TST.¹⁶⁶

Consagrando a regra da sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 331), que além de outras questões, estabelece que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador do serviço quanto àquelas obrigações, conquanto que tenha participado da relação processual e conste também no título executivo judicial. Atualmente, há quem pretenda a responsabilidade subsidiária, e também que igualmente, em caso de acidente de trabalho a responsabilidade do tomador seja solidária. Nesse sentido:

¹⁶⁵ **IOB Online Regulatório**. Terceirização. 2010. Disponível em: <http://www.iobonlineregulatorio.com.br/pages/core/coreDocuments.jsf?guid=I618AFA_00A18A693CE040DE0A24AC2BF4¬a=1&tipodoc=3&esfera=FE&ls=2&index=2#highlight-2>. Acesso em: 07 set. 2010, p. 5.

¹⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região. 2ª Vara do Trabalho de Pelotas). Recurso Ordinário. Recorrente: Ângelo Gomes da Silva e União. Recorridos: os mesmos e Vigilância Pedrozo Ltda. Redator: Ricardo Tavares Gehling. Publicado em 22 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acesso em 11 jul. 2010.

ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA DIRETA DA EMPREITEIRA E DA SUBEMPREITEIRA-EMPREGADORA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Em tendo a empreiteira e a sub-empreiteira-empregadora do obreiro omitido-se cada uma por sua parte no cumprimento das normas imperativas de segurança e saúde no trabalho, incidiram em culpa direta. Cada uma cometeu ato ilícito previsto no ar. 186 do Código Civil, atraindo a responsabilidade solidária na forma prevista no art. 942 do CC.¹⁶⁷

Observa-se que mesmo na hipótese de terceirização do serviço, os ônus decorrentes dela não serão afastados do tomador dos serviços. Na presunção de insolvente ou economicamente incapaz de assumir os encargos, o tomador deverá assumir os prejuízos advindos aos trabalhadores contratados pelos seus prestadores.

3.3 NÃO CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO

Atualmente admite-se a interação do trabalho do homem à atividade produtiva da empresa, sem que isso aluda necessariamente o estabelecimento de vínculo empregatício entre eles.

A relação de emprego revela-se pela prestação de serviço infungível, não-eventual, ou seja, essencial para a empresa, sujeitando-se o empregado a prestar trabalho com pessoalidade, com subordinação correspondente ao poder de comando do empregador, tendo como origem o próprio contrato.

Carmem Camino define a relação de emprego como:

[...] a relação de trabalho de natureza contratual, em que o empregado se obriga a prestar trabalho pessoal, essencial à consecução dos fins da empresa e subordinado, cabendo ao empregador suportar os riscos do

¹⁶⁷ RONDÔNIA/ACRE. Tribunal Regional do Trabalho. (Vara do Trabalho de Vilhena.14. Região). Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário nº 00318. 2008. 141. 14. 00. Agravante: Ibex do Brasil Ltda. Agravado: Guilherme Luiz Cordeiro. Compaço Comércio Indústria de Aço Ltda. JBS S.A. Friboi. Relator: Juiz Federal do Trabalho Shikou Sadahiro. Disponível em: <http://www.trt14.gov.br/consultas/Partes.asp?Cd_Tipo_Processo=AIRO&Nu_Processo=0000060-09>. Acesso em: 15 set. 2010.

empreendimento econômico, comandar a prestação pessoal do trabalho e contraprestá-lo através do salário¹⁶⁸.

Inexistente é o vínculo empregatício entre a empresa tomadora e os empregados da prestadora do serviço, desde que, os empregados desta sejam contratados, administrados, orientados e remunerados pela empresa prestadora, sem qualquer vinculação com a tomadora dos serviços.

Neste sentido Sérgio Pinto Martins, sobre o vínculo de emprego:

Os conflitos trabalhistas que decorrem da terceirização são relacionados à existência ou não da relação de emprego, dando ensejo a uma definição de uma posição da jurisprudência do TST, consubstanciada inicialmente no Enunciado nº 256 daquela Corte e posteriormente na sua revisão pelo Enunciado nº 331.¹⁶⁹

Sobre a delegação de atividades da empresa para terceiros, Carmem Camino considera:

A chamada *terceirização* ou *terciarização* dos serviços na empresa deve ser examinada a luz desses traços típicos da relação de emprego – não-eventualidade dos serviços, subordinação hierárquica do empregado e pessoalidade da prestação da força de trabalho – sob ótica mais flexível, de sorte a permitir, em determinadas circunstâncias, a delegação de algumas atividades da empresa para terceiros.¹⁷⁰

Assim, segue o julgado do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais:

TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. A terceirização, por si só, não enseja nenhuma ilegalidade. Por outro lado, a distinção entre atividade-fim e atividade-meio nem sempre é clara a ponto de determinar a legalidade ou a ilegalidade do objeto contratual, tornando indispensável o exame de situações individuais a partir da atuação de cada empregado (se em cumprimento da terceirização e em que função) para se aferir a fraude. Ademais, a essencialidade da atividade-meio para a consecução da

¹⁶⁸ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 114.

¹⁶⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15.

¹⁷⁰ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 114.

atividade-fim faz com que essa distinção perca relevância. A declaração do vínculo diretamente com a tomadora de serviços demanda detectar a fraude na contratação e a presença dos requisitos da relação de emprego (arts. 2º e 3º da CLT), que no caso, não ficaram comprovados.¹⁷¹

Nos casos de terceirização regular, descritos nos incisos I e III da Súmula 331 do TST, mantém-se intocado o vínculo jurídico com a empresa terceirizante. Pois, segundo Orlando Gomes: “Sendo válida a relação jurídica terceirizante, não há que se falar em alteração dos laços jurídicos fixados originalmente entre as partes”.¹⁷²

3.3.1 Ausência da Pessoalidade

A pessoalidade é uma característica da relação de emprego, que é personalíssima, visto que o objeto do contrato de trabalho, diferentemente do contrato de prestação de serviço, não é especificamente o resultado do trabalho, e sim o ato de trabalhar em si.

Nesse sentido Vólia Bonfim Cassar conceitua:

Pessoalidade ou caráter *intuitu personae* significa que é aquela pessoa física escolhida quem deve executar o serviço contratado porque o contrato de trabalho é intransmissível. Assim, o empregado não pode, quando bem entender, mandar o amigo, o vizinho, o pai ou o irmão no seu lugar para trabalhar.¹⁷³

¹⁷¹ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. (6. Turma). Recurso Ordinário nº 00642-2007-072-03-00-0, Recorrente: Israel Pereira da Silva. Recorrido: Eli Rodrigues de Lima e Italmagnesio Nordeste S.A. Relator Ricardo Antônio Mohallem. Revisor: Fernando Antônio Viégas Peixoto. Publicada no DJ em 19 jun. 2008. Disponível em: <http://www.trt6.gov.br/index_sec.php?acao=consulta_processual>. Acesso em: 12 set. 2010.

¹⁷² GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 427.

¹⁷³ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2008. p. 261.

Assim, pessoalidade é uma característica da relação de emprego, e produz efeitos no instante da configuração do vínculo empregatício, e também no momento de sua extinção.

Uma das principais particularidades da terceirização é a descaracterização da pessoalidade na prestação dos serviços, sendo que o terceirizado não deve se inserir na estrutura funcional da empresa tomadora como permanente, deve ser um membro externo que ocasionalmente participa no ciclo produtivo da empresa tomadora, em atividades tidas como secundárias.

Sob o aspecto da pessoalidade da prestação de serviços, o vínculo pessoal do prestador do serviço com a empresa tomadora deve inexistir. Quem escolhe o trabalhador para realizar o serviço na empresa contratante é o terceiro contratado. O empregado da empresa contratada é que efetivamente prestará o trabalho, não existindo vínculo de emprego com a empresa contratante do serviço.

Seguindo o ensinamento de Carmem Camino, sendo delegadas as atividades-meio a terceiro, ele é que escolherá os seus próprios empregados e dirigirá a respectiva força de trabalho para atingir os objetivos de realização dos serviços acordados, que é o objeto do contrato firmado com o tomador do serviço. Não devendo existir interferência no poder delegado por quem o delegou. Se ocorrer a interferência, diz-se que não houve delegação, logo não há que se falar em terceirização, e sendo assim, fica caracterizada a relação de emprego entre o prestador e o tomador do trabalho.¹⁷⁴

Embora a manutenção de uma mesma pessoa (ou das mesmas pessoas) no decorrer do contrato de prestação de serviços seja almejada, tendo em vista que a substituição de pessoal com freqüência acarrete elevação nos custos, devido a morosidade com menor qualidade no início das atividades, treinamentos, adaptação, etc. Deve-se evitá-la, tendo em vista que, se isoladamente, não caracteriza o vínculo de emprego, sua ausência irá afastá-lo, de todo.

¹⁷⁴ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 117.

3.3.2 Ausência da Subordinação Direta

A subordinação direta representa o poder de mando do empregador sobre os trabalhadores. É possível identificá-la pela submissão dos empregados às ordens, orientações e regramentos impostos pelo empregador.

Sobre as características do contrato de prestação de serviços, Arnaldo Rizzardo entende que: “[...] consistem na ausência de subordinação e na falta de continuidade, o que é próprio no contrato regido pelo direito do trabalho”.¹⁷⁵

Assim, para uma apropriada utilização deste instrumento, deve-se primeiramente excluir as atividades realizadas com subordinação hierárquica e com continuidade, para que desta forma fique afastada a possibilidade de a pessoa que realiza o serviço, se for o caso, seja considerada empregado para os fins do art. 3º¹⁷⁶ da CLT, e logo amparada pela legislação trabalhista.

Sobre a subordinação como caracterizado do elemento previsto no art. 3º da CLT, já entendeu o TRT de Minas Gerais:

SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. SUBORDINAÇÃO ORDINÁRIA. O direito do trabalho contemporâneo evoluiu o conceito da subordinação objetiva para o conceito da subordinação estrutural como caracterizador do elemento previsto no art. 3º da CLT. A subordinação estrutural é aquela que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, pouco importando se receba ou não suas ordens diretas, mas se a empresa o acolhe, estruturalmente, em sua dinâmica de organização e funcionamento. Vínculo que se reconhece.¹⁷⁷

¹⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 617.

¹⁷⁶ Art. 3º. “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Disponível em: BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 05 ago. 2010.

¹⁷⁷ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. (3. Região. 3. Turma) – Ação trabalhista – Recurso Ordinário n. 01352-2006-060-03-00-3. Recorrente: Francislei Teixeira Barbosa, Recorrida: Construtora Barbosa Mello S/A. Redª. Juíza Conv. Adriana Goulart de Sena – DJMG. 25 ago. 2007, p. 11.

O legislador tipificou na CLT, em seus artigos 2º¹⁷⁸ e 3º, os elementos fáticos jurídicos que caracterizam a relação jurídica de emprego, como pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade na prestação de serviços de uma pessoa física, contudo não os conceituou. Já nos artigos 9º e 444, estabeleceu a nulidade de qualquer contrato que tencione fraudar, desvirtuar ou impedir, a aplicação de suas normas, assim como, a necessidade de se observar a função social dos preceitos de proteção ao trabalho como critério limitador da liberdade de estipular as condições contratuais de emprego.

A subordinação é um dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego que merece atenção especial, conforme Marcel Lopes Machado, a subordinação jurídica foi conceituada pela doutrina como “estado de dependência real criado por um direito”, ou seja, “a sujeição a diretivas constantes e analíticas sobre o modo e o tempo em que deverá ser executada a prestação de serviços” do empregado ao empregador, ou seja, direta, imediata e subjetiva.¹⁷⁹

A subordinação traduz a circunstância juridicamente determinada de que o trabalhador recebe a direção empresarial no que se refere ao modo de concretização cotidiana de seus serviços. Segundo o entendimento de Delgado:

A subordinação, como se sabe, é aferida a partir de um critério objetivo, avaliando-se sua presença na atividade exercida, no modo de concretização do trabalho pactuado. Ela ocorre quando o poder de direção empresarial exerce-se com respeito à atividade desempenhada pelo trabalhador, no *modus faciendi* da prestação de trabalho[...]¹⁸⁰

Conforme Rodrigo de Carelli: “Terceirização é a entrega à outra empresa de atividade na qual esta é especializada, realizando esta última inteiramente a

¹⁷⁸ Art. 2º. “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” Disponível em: BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 05 ago. 2010.

¹⁷⁹ MACHADO, Marcel Lopes. O moderno sistema capitalista de produção. As terceirizações dos serviços de *call center* das empresas de telecomunicações. A evolução do conceito de subordinação jurídica subjetiva para objetiva e estrutural. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2119, 20 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12660>>. Acesso em: 24 jul. 2010. p.2.

¹⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 322.

atividade de forma autônoma, com sua própria tecnologia e equipamentos”.¹⁸¹ Ao conceituar a terceirização ele evidencia a necessidade da inexistência da subordinação.

No mesmo sentido Carmem Camino diz que:

Se presente um mínimo traço de subordinação direta do prestador dos serviços ao seu tomador, desaparece a relação mediata tomador-terceiro-prestador e a relação de emprego, pelo princípio da primazia da realidade, estabelece-se imediatamente entre o tomador e o prestador.¹⁸²

Cristiano Amorim Tavares da Silva ressalta:

O enunciado 331 estabelece claramente que a terceirização não pode ser usada como forma de burlar o direito dos trabalhadores nem as disposições de ordem pública do Direito do Trabalho, dispondo que a terceirização será lícita desde que inexistente a personalidade e subordinação direta entre trabalhador e tomador de serviços, exceto na modalidade de contratação para substituição de pessoal regular e para atender a acréscimo excepcional de serviços.¹⁸³

Na contratação de empresa de prestação de serviços exige-se que não haja a personalidade e a subordinação direta dos empregados da contratada à empresa contratante. Daí conclui-se que a empresa contratada deverá dirigir a prestação de serviços dos seus respectivos empregados na empresa contratante, e não haverá vinculação pessoal do empregado ao serviço a ser realizado, o que significa dizer que o trabalho pode ser realizado por diferentes trabalhadores.¹⁸⁴

¹⁸¹ CARELLI, Rodrigo de. **Formas Atípicas de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004. p. 44-45

¹⁸² CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 117

¹⁸³ SILVA, Cristiano Amorim Tavares da. A disciplina jurídica da terceirização trabalhista. Sua aplicação no setor público e a distinção entre terceirização lícita e ilícita. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1647, 4 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10821>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

¹⁸⁴ **IOB Online Regulatório**. Terceirização. 2010. Disponível em: <<http://www.iobonlineregulatorio.com.br/pages/core/coreDocuments.jsf?guid=I618AFA00A18A693CE040DE0A24AC2BF4¬a=1&tipodoc=3&esfera=FE&ls=2&index=2#highlight-2>>. Acesso em: 07 set. 2010. p. 2.

Na ocorrência de vinculação pessoal do empregado ao trabalho a ser realizado, ou seja, ocorrendo a pessoalidade e, ainda, se ele tiver subordinação direta, ficando sujeito às ordens da empresa tomadora dos serviços, será caracterizado o vínculo de emprego diretamente com a empresa contratante dos serviços.

Maurício Godinho Delgado, sobre a ausência de pessoalidade e subordinação diretas elucida que a jurisprudência admite:

[...] a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados ¹⁸⁵.

Ainda sobre a inexistência de pessoalidade e subordinação na prestação de serviços,

[...] exige que não haja na prestação dos serviços, a pessoalidade e a subordinação direta. Daí depreende-se que a empresa contratada dirigirá a prestação dos serviços dos seus respectivos empregados na empresa contratante, e não haverá vinculação pessoal do empregado ao serviço a ser realizado, o que significa que o trabalho pode ser realizado por diferentes trabalhadores. Caso contrário, ou seja, se houver vinculação pessoal do empregado ao trabalho a ser realizado (pessoalidade) e ficar este sujeito às ordens da empresa tomadora dos serviços (subordinação direta), será caracterizado o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora dos serviços ¹⁸⁶.

¹⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 425.

¹⁸⁶ **IOB Online Regulatório**. Terceirização. 2010. Disponível em: <<http://www.iobonlineregulatorio.com.br/pages/core/coreDocuments.jsf?guid=I618AFA00A18A693CE040DE0A24AC2BF4¬a=1&tipodoc=3&esfera=FE&ls=2&index=2#highlight-2>>. Acesso em: 07 set. 2010. p. 2.

3.3.3 Da Eventualidade

Diz-se eventual, tudo aquilo que é meramente ocasional, esporádico. A prestação de trabalho que corresponde à relação de emprego é aquela que ocorre com certa habitualidade. O contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, que não se esgota com uma única prestação.

Sobressai a prestação de natureza eventual, sendo afastada do domínio do direito trabalhista. Assim, segundo Arnaldo Rizzardo: “Considera-se trabalho eventual, aquele que não constitui necessidade permanente da empresa, sendo contratado para atender um reclamo esporádico do contratante, sem o caráter de necessidade e permanência”.¹⁸⁷

Para que não se caracterize esse elemento fático-jurídico que configura a relação de emprego, é fundamental que não haja o intuito de permanência na empresa dos trabalhadores oriundos da contratação de empresa de prestação de serviços.

A eventualidade, para o direito do trabalho, segundo Rodrigo Garcia Schwarz:

Parte da Doutrina tende a aferir a idéia de não eventualidade a partir da conexão da atividade do trabalhador, independentemente da continuidade da prestação, com os fins normais do empreendimento. Eventual seria, assim o trabalho realizado em tarefa não inserida nos fins normais da empresa. A idéia esbarra na dificuldade de distinção entre atividade-fim e atividade-meio na esfera empresarial e, além disso, na constatação de que toda atividade contratada pela empresa é finalística: se a empresa assume os riscos da atividade econômica, contratando, para tanto, certa prestação de serviços absolutamente desnecessários à consecução das atividades empresariais. A aferição da eventualidade, aqui depende da aferição do que seriam os fins normais da empresa, tarefa nem sempre fácil.¹⁸⁸

O conceito de não eventualidade é um dos mais controversos do direito trabalhista. Na CLT, em seu art. 3º, *caput* traz a expressão “serviços de natureza não eventual”.

¹⁸⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 616.

¹⁸⁸ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 27.

Com isso, a CLT afasta da sua esfera os contratos nos quais a obrigação de quem se compromete a prestar o serviço consiste num trabalho de natureza eventual, como conseqüência estes contratos permanecem no âmbito do Direito Civil.

Doutrinariamente há diversas teorizações com o intuito precípua de esclarecer o sentido do elemento fático-jurídico da não eventualidade. Sendo que cada uma dessas distintas teorias sobre a noção de eventualidade pode produzir resultados concretos diferentes em virtude de situações específicas examinadas.

Assim Carmem Camino conceitua:

A lei fala em “serviços de natureza não-eventual” (art. 3º da CLT), leia-se serviços vinculados ao objeto da atividade econômica, imprescindíveis à sua consecução. [...] Portanto, serviços essenciais são aqueles naturalmente vinculados à atividade econômica, independentemente do lapso de tempo em que prestados.¹⁸⁹

Maurício Godinho Delgado assim comenta:

As principais teorias informadas da noção de eventualidade (e conseqüentemente, da noção de não eventualidade) são: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica.¹⁹⁰

Sobre estas teorias, conforme a doutrina e a jurisprudência predominantes a teoria da descontinuidade diferencia-se das demais por conflitar com a CLT, e acompanhar à Lei do Trabalho Doméstico.

Ainda sob a ótica de Maurício Godinho Delgado¹⁹¹ a teoria da descontinuidade afirma que o trabalho eventual seria aquele que se fraciona no tempo. Sendo descontínuo e interrupto com relação ao contratante. Ele sugere

¹⁸⁹ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 82.

¹⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 274.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 291.

que os seguintes elementos, conjugados, permitem a identificação do trabalho eventual:

- a) a descontinuidade da prestação do serviço, percebida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo;
- b) não fixação jurídica a apenas uma fonte de trabalho, com multiplicidade variável de tomadores de serviços;
- c) curta duração do trabalho prestado;
- d) tendência à natureza do trabalho ser relativa a evento certo, determinado e específico à regular dinâmica do empreendimento tomador dos serviços;
- e) conseqüentemente, a natureza do trabalho prestado terá tendência a não corresponder, também, ao padrão das finalidades do empreendimento.

Para que haja relação empregatícia é fundamental que o serviço prestado tenha caráter de permanência, mesmo que seja por curto período, não se classificando como trabalho esporádico.

Para Carmem Camino os serviços não-eventuais são a antítese dos serviços eventuais, e assim exemplifica: o serviço de um instalador hidráulico, numa loja que comercializa roupas femininas, pode ser necessário na emergência de uma coluna d'água com vazamento. Após a realização do conserto, o profissional estará totalmente deslocado no contexto da atividade econômica da loja. Diferentemente da situação da vendedora da loja, que mesmo na ausência de clientes, deverá permanecer na loja, pois a empresa dispõe da sua força de trabalho, direcionada para a atividade econômica que constitui seu objeto.¹⁹²

Nesses dois exemplos fica evidente o equívoco, que ocorre muitas vezes, de se vincular a eventualidade com o curto prazo de duração da prestação do serviço. O determinante não é o lapso temporal, e sim a natureza do serviço. O instalador hidráulico, conforme a extensão ou a complexidade do conserto a ser realizado, pode permanecer na loja, realizando o serviço, durante um mês; já a vendedora da loja, apenas um dia. O instalador não será considerado empregado, pois, na loja a sua atividade é eventual; já a vendedora o será, afinal a sua atividade é essencial. Assim, uma pessoa pode ser empregado trabalhando

¹⁹² CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 82.

durante diminuto lapso temporal e outra, pode não sê-lo trabalhando durante longo espaço de tempo.¹⁹³

3.3.4 Normatividade Jurídica Sobre Terceirização

Como já citado anteriormente, no Brasil não uma legislação específica que regule, detalhadamente, os elementos que envolvem o ato da terceirização.

Segundo Fernando Schnell ¹⁹⁴ os primeiros diplomas legais referem-se à reforma da administração pública em 1967, tendente à descentralização. Destaca-se o caput e o parágrafo 7º do artigo 10 do Decreto-lei 200/67¹⁹⁵ e o parágrafo único do art. 3º da Lei 5.645/70¹⁹⁶. Na esfera privada, na Lei 6.019/74¹⁹⁷, foi tratado o trabalho temporário, e na Lei 7.102/83¹⁹⁸ o trabalho de vigilância bancária. A hipótese de vigilância foi ampliada para toda a área de vigilância

¹⁹³ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 83.

¹⁹⁴ SCHNELL, Fernando. A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador. A necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares. A responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviço. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 703, 8 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6855>. Acesso em: 24 jul. 2010, p. 10

¹⁹⁵ Art. 10. “A execução das atividades da Administração Federal deverá se amplamente descentralizada. [...] § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”. BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del0200.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

¹⁹⁶ Art. 3º. [...] “Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967”. BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.645**, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm>. Acesso em: 12 ago. 2010.

¹⁹⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.019**, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e da outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm. Acesso em 05 ago. 2010.

¹⁹⁸ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.102**, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para a constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7102.htm>. Acesso em: 05 ago. 2010.

patrimonial, pública ou privada, até mesmo para pessoa física com a Lei 8.863/94. Assim, trabalho temporário e vigilância patrimonial são as duas possibilidades previstas em lei para a terceirização.

Com a Lei 8.949 foi introduzido na CLT, em seu artigo 442, um parágrafo único, incitando as terceirizações por intermédio de cooperativas.

O Enunciado 256 do TST, de 1986, foi a primeira referência importante para a tutela das ações judiciais. Contudo, este Enunciado ainda era bastante restritivo, na medida em que vetava a contratação de terceiros por empresa interposta, com exceção do trabalho temporário e de serviço de vigilância. Ressalvados estes casos, haveria o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços.

3.3.4.1 Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Aprovada pela Resolução Administrativa nº 23/93, de 17 de dezembro de 1993, decorrente de orientação provinda do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho extrai do artigo 8º da CLT ¹⁹⁹, a sua legitimidade, enquanto fonte jurídica, que institui que, na ausência de norma específica, cabe às autoridades administrativas e judiciais utilizarem a estrutura de integração das normas, dentre os quais as jurisprudências.

A jurisprudência trabalhista consubstanciou o seu entendimento por meio da Súmula 331, tal orientação jurisprudencial é muito complexa, e deve ser interpretada seguindo uma seqüência lógica, para que aquilo que se deseja do texto legal seja alcançado.

Estruturalmente ela é composta por uma regra geral e por um correspondente efeito geral, que está presente no inciso I, *in verbis*:

¹⁹⁹ Art. 8º da CLT. “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente de direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 05 ago. 2010.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 03/01/1974).

O inciso I não trouxe qualquer novidade em relação ao agora então revogado Enunciado 256.

- Nos incisos II e III, vêm dispostas as exceções condicionais ou incondicionais, que se referem tanto à regra geral como ao efeito geral, isolada ou conjuntamente.

II – A contratação irregular de trabalho mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (artigo 37, inciso II, da CF 1988).

III – Não forma vínculo de emprego o tomador de serviços de vigilância (Lei 7.102 de 20/06/1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

O inciso II pode ser considerado mera aplicação do disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1998;

A jurisprudência dilatou o adstrito elenco legal de serviços passíveis de serem terceirizados, além dos serviços de vigilância, conservação e limpeza, outros serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, nos termos da Súmula 331, III. Desta forma muitos cogitaram na referida Súmula, mais especificamente em seu inciso III, a possibilidade para a terceirização. Contudo, cabe ressaltar que de certa forma, a referência a serviços especializados reduz significativamente essa aplicabilidade para a terceirização. Considera-se que quando necessários e permanentes, os serviços de apoio que necessitam de especialização na sua consecução podem ser prestados por terceiros.

Alice Monteiro Barros defende que a Súmula 331 do TST:

[...] limita-se a permitir que o usuário recorra ao contrato de natureza civil apenas quando se tratar de serviços de vigilância, conservação e

limpeza, ou de serviços especializados, ligados a atividade-meio do tomador e, ainda assim, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta, pois, presentes esses dois pressupostos, a relação jurídica se estabelecerá com o tomador dos serviços.²⁰⁰

Dentre as inovações trazidas por esta Súmula, uma das mais significativas foi a definição de atividade-meio e, por conseqüência a necessidade de se identificar a atividade-fim do tomador de serviços. De certa forma esta distinção marcou um dos critérios de verificação da licitude da terceirização.

Ao admitir a terceirização em atividade-meio, o inciso III acabou sucumbindo à ampla utilização de fato do instituto, passando a usar como parâmetro de legalidade um conceito que não é jurídico, e sim da Administração e da Economia, que consiste no exercício de atividade que não coincida com a finalidade social da empresa.

Destaca-se que há uma forte corrente doutrinária que não é partidária desta limitação. Neste sentido observa Sérgio Pinto Martins sobre a possibilidade de terceirização da atividade fim:

Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva se restringir à atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no artigo 170 da Constituição Federal. A indústria automobilística é exemplo típico da delegação de serviços da atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode ser acessória. Contudo ninguém a acoimou de ilegal. As costureiras que prestam serviço em sua própria residência para as empresas de confecção, de maneira autônoma, não são consideradas empregadas, a menos que exista o requisito de subordinação, podendo aí ser consideradas empregadas em domicílio (art. 6º da CLT), o que também mostra a possibilidade de terceirização da atividade-fim.²⁰¹

Esta Súmula, expressamente em seu inciso III, determina que a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio, não gera vínculo trabalhista com a empresa tomadora. Ainda ressalta que, para a terceirização ser

²⁰⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007. p. 429.

²⁰¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 99 – 100.

plenamente válida, não pode existir elementos que são pertinentes à relação de emprego no trabalho do terceirizado, em especial o elemento subordinação e a personalidade.

A Súmula 331 do TST tem se revelado como a mais respeitável referência jurídica sobre a terceirização, pois ainda que trate da contratação indireta de serviços, também positiva alguns limites intrínsecos à terceirização.

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. Conforme entendimento consolidado na Súmula 331, item III, do TST, o vínculo de emprego é formado diretamente com o tomador de serviços quando for comprovado que o trabalhador foi contratado por empresa intermediária para exercer função relacionada à atividade-fim da tomadora, caracterizando hipótese de terceirização ilícita. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ATOS DISCRIMINATÓRIOS. Defluindo dos autos o erro de conduta do empregador consubstanciado em atos pejorativos e humilhantes dirigidos ao empregado em razão de sua orientação sexual, fica em evidência o prejuízo suportado, com ofensa à honra e dignidade da vítima, bem como o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o dano, o que torna devida a reparação deste último.²⁰²

Com efeito, Jorge Lages Salomo enfatiza que pelo crescente avanço da forma pela qual o serviço é realizado, é necessário haver uma diretriz moderna para regulamentar melhor a questão relativa à terceirização. Nesse sentido, a Súmula supracitada nº 331, do TST, deveria passar por uma reformulação, onde fosse possível a realização de qualquer serviço especializado, mesmo que na atividade-fim, desde que não fique configurada fraude à legislação trabalhista²⁰³.

Assim, conforme conclui Jorge Lages Salomo, nota-se que a jurisprudência dominante continua coibindo a terceirização ligada à atividade-fim, contudo a

²⁰² MINAS GERAIS. 6ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. (6. Turma). Ação trabalhista. Recurso Ordinário n. 00965-2007-006-03-00-9. Recorrente (s): William Lira Barboza Moura e Tim Nordeste S.A Recorrido: A & C Soluções Ltda. Relator: Fernando Antônio Viégas Peixoto. Revisor: Anemar Pereira Amaral. Publicado em 20 jul. 2009. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?Evento=Detalhar&idProcesso=RO++0913004&idAndamento=RO++0913004PACO20090716++++17214100>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

²⁰³ SALOMO. Jorge Lages. **Contratos de Prestação de Serviços: Manual teórico e prático**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 33

doutrina não é pacífica e há uma tendência em reconhecer e admitir esse tipo de contratação.²⁰⁴

Neste sentido, José Janguê Bezerra Diniz entende que se respeitadas às características básicas da terceirização não há impedimento para terceirização da atividade-fim da tomadora do serviço. Ele menciona que:

Admitir-se a terceirização apenas da atividade-meio seria o mesmo que inadmiti-la, porquanto, na maioria das vezes, torna-se impossível fazer essa distinção. É o que ocorre na construção civil e nas editoras e na indústria automobilística. E, no caso, o vínculo empregatício forma-se com a empresa fornecedora de mão-de-obra, jamais com a tomadora, em face da inexistência de fraude, já que só ia configurar um contrato de direito civil entre as duas empresas, plenamente admissível no ordenamento jurídico positivo.²⁰⁵

Em verdade, o que se deve evitar ao efetuar uma contratação de empresa prestadora de serviços é a fraude à legislação trabalhista, que se configura com a comprovação da existência da subordinação, da pessoalidade, e da não-eventualidade.

Note-se que a Súmula 331 aqui examinada, não vislumbra a necessidade de falência da empresa terceirizante para ensejar a responsabilização do respectivo tomador de serviços. O simples inadimplemento contratual trabalhista basta para que seja invocada a responsabilização. Observe-se ainda que o procedimento responsabilizatório depreendido da ordem jurídica não fica limitado a algumas e específicas verbas trabalhistas, e sim, todas as obrigações trabalhistas envolvidas na relação jurídica enfocada.

- O inciso IV trata da responsabilidade subsidiária:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das

²⁰⁴ SALOMO, Jorge Lages **Contratos de Prestação de Serviços**: Manual teórico e prático. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 7

²⁰⁵ DINIZ, 1997 apud SALOMO, 2001, p. 6. SALOMO, Jorge Lages. **Contratos de Prestação de Serviços**: Manual teórico e prático. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 6.

sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e contem também do título executivo (artigo 71 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993).

Este inciso trouxe uma importante e arrojada inovação: a responsabilização patrimonial do tomador dos serviços pelos débitos trabalhistas da empresa contratada. Neste sentido, Carmem Camino destaca que:

[...] ao delegar os serviços especializados de apoio em favor de terceiro contratado, o contratante não se exime totalmente das obrigações trabalhistas. Se o fizer a prestador inidôneo, sem o necessário cuidado na escolha, incorrerá em culpa *in eligendo*; se descuidar da fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas assumidos pelo terceiro contratado com seus empregados, incorrerá em culpa *in vigilando* [...] ²⁰⁶

Segue acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicação da Súmula 331, inciso IV:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Aplicação do item IV da S. 331 do TST. A segunda reclamada participou da relação processual e, assim, embora nem se cogite de vinculação empregatícia com o reclamante, deve ser reconhecida sua responsabilidade subsidiária em relação aos créditos trabalhistas a que o autor tem direito, de cuja força de trabalho foi a real beneficiária. Verificação da idoneidade da prestadora de serviços [...] ²⁰⁷

Transcritos abaixo Jurisprudência do TST, sobre a responsabilidade subsidiária da empresa contratante:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331, IV, TST. Em se tratando de típica terceirização, evidenciado o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do contratado, deve ser atribuída à contratante a responsabilidade subsidiária. Nessa hipótese, não se pode deixar de lhe atribuir, em decorrência de seu comportamento omissivo ou

²⁰⁶ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 118.

²⁰⁷ **IOB Online Regulatório**. Terceirização. 2010. Disponível em: <http://www.iobonlineregulatorio.com.br/pages/core/coreDocuments.jsf?guid=I618AFA00A18A693CE040DE0A24AC2BF4¬a=1 &tpodoc=3&esfera=FE&ls=2&index=2#highlight-2>. Acesso em: 07 set. 2010, p. 5.

irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, o dever de responder, supletivamente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar, quando causar danos a terceiro. Impossibilidade de processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento a que se nega provimento. ²⁰⁸

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331, IV, TST. Em se tratando de típica terceirização, evidenciado o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do contratado, deve ser atribuída à contratante a responsabilidade subsidiária. Nessa hipótese, em decorrência do comportamento omissivo ou irregular do contratante, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado, fica caracterizada a culpa in vigilando daquele e, conseqüentemente, o dever de responder, subsidiariamente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Agravo de Instrumento não provido. ²⁰⁹

RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Tendo em vista que o Reclamante desempenhava serviços incluídos entre as atividades-fins da instituição bancária, a decisão regional está em consonância com o entendimento da Súmula nº 331, item I e III, do TST. HORAS EXTRAS. O Egrégio Tribunal de origem concluiu que os horários marcados eram válidos, mas, considerando a jornada prevista no artigo 224, da CLT, entendeu haver diferenças a serem pagas. Incidência da Súmula nº 126. INTERVALO DE DIGITADOR. 1. O intervalo previsto pelo art. 72 da CLT, de 10 (dez) minutos a cada 90 (noventa) de trabalho consecutivo, é endereçado aos trabalhadores em serviços de mecanografia, (datilografia, escrituração e cálculo). Aos digitadores, que se ativam permanentemente em atividade de digitação, estendeu-se por analogia o direito ao intervalo previsto pelo art. 72 da CLT. Nesse sentido, o TST editou a Súmula nº 346.

2. No caso dos autos, o TRT consignou o exercício de atividade preponderante de digitação, intercalada com serviços de separação de cheques e envelopamento, o que elide o benefício legal do intervalo adicional. GRATIFICAÇÃO DE COMPENSADOR DE CHEQUES. Na hipótese, o acórdão regional consignou, ainda, que o Autor laborava em uma -espécie de câmara de compensação bancária montada na empresa prestadora dos serviços-, sendo devida a gratificação de

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento Recurso de Revista n. 5240-51.2006.5.10.0811, (6. Turma). Recorrente: Fundação Nacional de Saúde – Funasa. Recorrido (s): Raimundo Chiari Souza Teixeira e Saenge - Saneamento e Engenharia Ltda. – ME. Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 11 jun. 2008, Data de Publicação: 13 jun. 2008. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=64352&ano_int=2008&qtd_acesso=1551409>. Acesso em: 13 ago. 2010.

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 71840-45.2004.5.03.0059, (6. Turma). Agravante: Companhia Energética de Minas Gerais – Cemig. Agravado(s): Márcio de Souza Pinto, Eletrowatts GV Ltda e Outros. Relator: Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Publicação: 31 out. 2008. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=56664&ano_int=2005&qtd_acesso=1539129>. Acesso em: 29 jul. 2010.

compensador de cheques. Nesses termos, modificar o entendimento regional somente seria possível mediante o reexame de fatos e provas, procedimento vedado a esta Eg. Corte pela Súmula nº 126/TST. CORREÇÃO MONETÁRIA - CRITÉRIOS DE APURAÇÃO - SÚMULA Nº 422 DO TST Incidência da Súmula nº 422 do TST. Recurso de Revista conhecido parcialmente e provido.²¹⁰

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA Nº 331, IV, TST. Em se tratando de típica terceirização, evidenciado o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do contratado, deve ser atribuída à contratante a responsabilidade subsidiária. Nessa hipótese, não se pode deixar de lhe atribuir, em decorrência de seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado (culpa in vigilando), a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, o dever de responder, supletivamente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar, quando causar danos a terceiro. Inteligência da Súmula nº 331, IV, do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.²¹¹

As Súmulas de orientação jurisprudencial são eficazes para direcionar os operadores do Direito, afinal demonstram a eles a forma com que determinado Tribunal interpreta os dispositivos legais. Entretanto, deve-se ter cautela ao utilizá-las com a intenção de negar a aplicabilidade de dispositivo legal que se encontra vigorando plenamente. Agindo assim, o Poder Judiciário acaba por tirar a função do poder Legislativo, a quem cabe a função de editar normas gerais e abstratas de conduta, ou seja, as leis. ²¹²

²¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 6100-31.2002.5.04.0012, (8. Turma) Recorrente: Associação Brasileira de Bancos Comerciais e Múltiplos - ABBC. Recorrido(s): Valmor Machado da Silva e Fidelity National Participações Ltda. Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Publicação: 15 maio 2009. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=98521&ano_int=2005&qtd_acesso=2217141>. Acesso em: 03 ago. 2010.

²¹¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 134140-18.2000.5.02.0445, (6. Turma). Agravante(s): Município de Santos. Agravado(s): Terracom Construções Ltda e Reinaldo Pereira Nogueira. Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Publicação: 13 jun. 2008. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=65811&ano_int=2008&qtd_acesso=1824645>. Acesso em: 03 ago. 2010.

²¹² RODRIGUES. Fábio Luís de Araújo. O inciso IV do Enunciado 331 do TST como ato violador de preceito fundamental da Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n.65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4053>>. Acesso em: 24 jul. 2010. p. 2.

3.3.4.2 Aplicação da Instrução Normativa nº 03/97

Em que pese ainda não existir legislação específica em vigor, que estabeleça normas jurídicas disciplinadoras da terceirização, foi editada pelo Ministério do Trabalho a Instrução Normativa (IN) nº 03/97, publicada no DOU de 01.09.97, onde se objetivou disciplinar e uniformizar os procedimentos cabíveis à Fiscalização do Trabalho, quando da inspeção junto às empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário.

Dá análise da Instrução Normativa depreende-se que:

- a) as leis que regem a relação entre a empresa prestadora e a tomadora são as leis civis;
- b) as relações de trabalho que ocorrem entre a empresa contratada para prestar os serviços, e os seus empregados serão disciplinadas pela CLT;
- c) o trabalho terceirizado junto às dependências da empresa tomadora de serviços ou em local por esta designado, dependerá da natureza dos serviços prestados, que não pode coincidir com as atividades “fim e normais” da empresa tomadora dos serviços. Por meio desta Instrução ficou acrescido à Súmula 331 do TST, a expressão “atividades normais”, que por ser expressão vaga e imprecisa, pode vir a provocar interpretações equivocadas;
- d) as empresas, tanto a tomadora e quanto a prestadora deverão desenvolver atividades diferenciadas, bem como ter finalidades distintas. Sendo que são passíveis de fiscalização os contratos sociais de ambas. Desta forma, evita-se que empresas que exerçam uma atividade específica, preste serviços a outra que exerça igual atividade;
- e) a empresa tomadora dos serviços, não pode manter o trabalhador em atividade diferente daquela para qual o mesmo fora contratado pela empresa de prestação de serviços a terceiros;

- f) o registro do empregado deverá ser no lugar da prestação dos serviços. Podendo ser o uso de crachá de identificação contendo nome completo e cargo;
- g) o controle da jornada deve ser feito no local da prestação dos serviços, ou no caso de serviço externo, na sede da empresa prestadora;
- h) havendo fiscalização, e sendo constatado pelo agente os requisitos configuradores da relação de emprego entre a empresa contratante e os empregados da empresa de prestação de serviços, poderá ser lavrado auto de infração, pela caracterização do vínculo de emprego.

Constata-se aqui que em alguns aspectos esta norma mostra-se retrógrada frente aos acontecimentos atuais e ao direcionamento que tomam as relações de trabalho. Desconsiderando assim, a modernização das relações de produção e trabalho, e retrocedendo frente ao processo de globalização que exige cada vez mais que as empresas tenham flexibilidade junto ao processo produtivo.

3.3.4.3 Efeitos do código de defesa do consumidor nas cláusulas contratuais

Um dos princípios básicos do direito contratual é a autonomia da vontade, diante do qual o que é convencionado no contrato tem valor de lei entre as partes contratantes. Com base nisto as partes podem estabelecer como bem quiserem o teor das cláusulas contratuais. Entretanto essa liberdade contratual, devido ao interesse social e ao possível desequilíbrio existente na relação contratual, sofreu algumas restrições de ordem pública.

Os artigos 46 a 54 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelecem normas gerais de proteção contratual. Cláudia Lima Marques, já havia observado sobre o assunto que:

[...] a nova lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, vai impor normas imperativas, que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual. A proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual vem a

posteriori, quando o contrato já está perfeito formalmente, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequívoco. As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, normas imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da 'vontade', das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática".²¹³

Quando da elaboração de um contrato de prestação de serviços, a preocupação principal do advogado deve ser para que as cláusulas sejam redigidas de forma clara, objetiva e com equilíbrio das prestações acordadas, demonstrando, desta forma, a predisposição da boa-fé das partes contratantes.

Segundo Jorge Lages Salomo ²¹⁴, as cláusulas abusivas, em especial as que não são de adesão, necessitam ser evitadas no contrato de prestação de serviços, vejamos:

Na cláusula do objeto de um contrato de prestação de serviços, as partes devem demonstrar de forma clara e precisa qual a finalidade do contrato. Ou seja, qual a obrigação de fazer da empresa contratante, motivo pelo qual não se deve prever uma condição potestativa, que fica a exclusivo arbítrio de uma só das partes. Pela aplicação do inciso IV do art. 51 do CDC²¹⁵, combinado com seu parágrafo primeiro, qualquer cláusula que coloque uma das partes em desvantagem demasiada, ameaçando o seu objeto, ou o equilíbrio contratual, ou excessivamente onerosa, também será considerada nula.

Ainda sobre as obrigações do contratado, conforme dispõe o inciso XIII do art. 51, do CDC, não admite-se cláusula que conceda ao fornecedor o direito de alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, depois de celebrado. Jorge Lages Salomo exemplifica: [...] o fornecedor (empresa contratada) não poderá

²¹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 401.

²¹⁴ SALOMO, Jorge Lages. **Contratos de Prestação de Serviços**: Manual teórico e prático. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 10.

²¹⁵ Código de Defesa do Consumidor, art. 51. "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] Inciso IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: [...] III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso". BRASIL. Presidência da República. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

estipular cláusula que deixe ao seu livre arbítrio o prazo para a realização do serviço, ou ainda que fique a seu exclusivo critério a mudança do preço.²¹⁶

Também é considerada nula, a cláusula que permita a previsão de variação de preço e reajustes de forma unilateral (art. 51, X). Esta cláusula também é vedada pelo art. 122²¹⁷ do Código Civil.

O inciso XI do art. 51 veta à empresa contratada a possibilidade de cancelar o contrato unilateralmente, sem que seja concedido o mesmo direito à empresa contratante. No entanto pode ser prevista cláusula que permita a denúncia por qualquer uma das partes e, em determinados casos, pode-se admitir a cláusula de denúncia unilateral imotivada a favor da empresa contratante.

Como já foi visto anteriormente, na maior parte das vezes os contratos de prestação de serviços são pactuados por prazo indeterminado, permitindo, a qualquer tempo, por qualquer uma das partes, a denúncia imotivada. Ressalvados os casos em que o objeto do contrato seja a execução de um serviço específico que demande um tempo certo.

Nos contratos de prestação de serviços também é inserida a cláusula penal, em especial a estabelecida para garantir o cumprimento de uma cláusula específica ou para penalizar a mora de uma obrigação (art. 411 do CC²¹⁸). O art. 9º do Decreto 22.626/33 (Lei de Usura) prevê que esta multa não pode ultrapassar 10% (dez por cento) do valor da prestação. Embora o §1º do art. 52 do CDC limite esta multa a 2% (dois por cento) do valor da prestação, deve-se observar que esta limitação serve apenas para os contratos que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento. Assim, os demais contratos de prestação de serviços, sejam eles de vigilância, de limpeza, de manutenção, etc., devem observar a Lei de Usura supracitada.

²¹⁶ SALOMO. Jorge Lages. **Aspectos dos Contratos de Prestação de Serviços**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 11.

²¹⁷ Art. 122. “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

²¹⁸ Art. 411. “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

A cláusula penal compensatória (art. 410 do CC²¹⁹), quando ocorre total inadimplemento da obrigação e que representa a pré-fixação das perdas e danos, deve ser usada com cautela, pois os prejuízos decorrentes podem ultrapassar o valor da obrigação principal. A tendência da jurisprudencial é reduzi-la a um nível justo.

Para a hipótese de inadimplemento das obrigações acordadas, há a cláusula resolutiva expressa, que prevê a resolução do contrato. Tem que ser exercida por qualquer das partes, o inciso XI do art. 51 proíbe o cancelamento unilateral do contrato.

A cláusula de eleição de foro é perfeitamente aceita nos contratos de prestação de serviço. Deve-se observar apenas, sob pena de ser interpretada como abusiva, para que não haja um sacrifício desproporcional, que gere dificuldade de acesso à Justiça. (inciso IV, do art. 51, do CDC, combinado com o inciso III, do § 1º). Entretanto, o tomador do serviço, com base no inciso I, do art. 101 do CDC²²⁰, pode propor a ação de responsabilidade no domicílio do autor.

²¹⁹ Art. 410. “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

²²⁰ Art. 101. “Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;” BRASIL. Presidência da República. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

4 CONCLUSÃO

O contrato de prestação de serviços é uma forma de modernização das relações empresariais, onde é possível dizer que ocorre uma parceria entre a empresa contratante de serviços especializados e a empresa contratada.

Contemporaneamente, diz-se que a prestação de serviços compreende toda a atividade lícita, de serviço especializado, realizada com liberdade técnica, sem subordinação e mediante determinada retribuição.

O objetivo da contratação de empresas para a prestação de serviços especializados é a liberação da empresa das atividades consideradas acessórias, também denominadas atividades-meio, permitindo que a administração concentre seus esforços nas atividades essenciais. Desta forma, alcançando maior eficiência com produtos e serviços de melhor qualidade. Alguns aspectos são freqüentemente observados quando da sua utilização como, redução de custos operacionais, das despesas administrativas, redução de encargos trabalhistas e previdenciários e melhor qualidade dos trabalhos.

As empresas que optam por contratar outras empresas para a realização de suas atividades não essenciais, devem primeiramente ter a cautela de contratar empresas idôneas. Já no que se refere à elaboração do contrato de prestação de serviço, deve-se atentar para uma redação clara, objetiva e para que haja equilíbrio entre as prestações pactuadas. Devem ser evitadas as cláusulas abusivas, devido às premissas contidas no Código de Defesa do Consumidor. E, sobretudo, praticar um rígido acompanhamento das contratadas no que se refere às obrigações trabalhistas e previdenciárias, sob pena de a empresa, ser responsabilizada pelos débitos não cumpridos pela contratada.

A contratação de empresas prestadoras de serviços requer também cuidados do ponto de vista econômico, afinal implica planejamento de produtividade, qualidade e custos. Sob o ponto de vista jurídico contratual, as cautelas devem ser redobradas, tendo em vista que este tipo de contratação pode aludir reconhecimento de vínculo empregatício entre os empregados da empresa prestadora e a empresa tomadora de serviços.

A seleção da empresa com que se vai contratar é de fundamental importância, para que a contratante não tenha imprevistos trabalhistas, os quais não

são totalmente inevitáveis, mas podem ser reduzidos ao contratar uma empresa idônea. Na eventualidade de o empregado não receber as verbas trabalhistas, a empresa tomadora é responsável, mesmo que não seja configurado o vínculo empregatício. Assim, é importantíssimo, ao escolher uma empresa prestadora de serviços especializados, investigar sua idoneidade, sua capacidade financeira e pedir garantias.

A previsão em cláusula contratual expressa, assegurando a inexistência de vínculo de emprego entre a empresa contratante e os empregados da empresa contratada que executam os serviços acordados, serve, na verdade, para configurar, caso ocorra, o inadimplemento contratual na esfera do direito civil. Em nada obsta que a Justiça do Trabalho determine a existência da relação de emprego.

Em verdade, para que não se caracterize o vínculo de emprego entre as partes contratantes, não pode haver fraude à legislação do Direito do Trabalho, o que se consegue evitando a ocorrência de subordinação direta, de pessoalidade, de continuidade, de dependência econômica dos trabalhadores empregados da empresa contratada.

Na perspectiva da subordinação, a terceirização de serviços vinculados a atividade-meio da empresa, implica necessariamente em passar o poder de comando direto. Sendo assim, os empregados da contratada deverão trabalhar sob as suas orientações e ordens, ficando evidente o que determina a Súmula nº 331 do TST.

Com referida Súmula nossos tribunais entendem que as empresas tomadoras dos serviços têm culpa *in eligendo* e *in vigilando* pela escolha inadequada da prestadora de serviços, pois respondem subsidiariamente em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial.

Inexiste previsão legal expressa sobre a terceirização, contudo, a possibilidade e a concretização da implantação da terceirização estão amparadas na Instrução Normativa do Ministério do Trabalho e Emprego nº 03/97, que estabelece normas para a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros. Instrui a verificação do cumprimento da CLT, no que diz respeito à contratação de terceiros. Ela prevê que a contratação de terceiros somente poderá ser efetuada em atividades não essenciais do tomador e que o fornecedor de serviços precisa ter sua atividade-fim diferente daquela que o contratou.

Da mesma forma a Súmula nº 331 do TST, no seu item III, define que poderá haver a contratação de prestadores de serviços exclusivamente na atividade-meio do contratante, com empregados especializados e ausentes as relações de subordinação e pessoalidade com o contratante.

Contudo, cumpre destacar, que ainda há divergências de entendimentos entre os magistrados à cerca da constituição de vínculo de emprego com o tomador de serviços, na contratação de empresa prestadora de serviços para execução de atividades ligadas a atividade-fim. Verifica-se que a doutrina ainda não é pacífica em aceitar a contratação para a execução de serviços ligados à atividade-fim da empresa tomadora, a jurisprudência dominante continua a coibir esse tipo de contratação. Destarte, cabe recordar que existe uma corrente doutrinária, mesmo que minoritária, que defende a contratação de qualquer tipo de serviço, desde que não infrinja a legislação trabalhista, exemplificativamente tem-se as indústrias do segmento automotivo.

Não se trata mais de ser contra ou a favor de contratar empresas prestadoras de serviços para realização atividades especializadas. Está-se diante de uma realidade inexorável: a terceirização é inevitável. É improvável se imaginar a economia no Brasil se a contratação de empresas especializadas na execução de determinados serviços fosse impossibilitada.

Conforme os nossos Tribunais vão compreendendo a evolução da terceirização, diferentemente do que acontecia em outros tempos quando pouco se conhecia deste instituto, passam a reconhecê-la e aceitá-la.

A jurisprudência não pode ser tomada como determinante dos caminhos a serem traçados pela sociedade, afinal as decisões dos tribunais são a maneira mais célere e eficaz de se respaldar juridicamente a dinâmica social. A sociedade não deve se moldar aos ditames dos Tribunais, a eles cabe analisar, compreender e, sobretudo acolher as alterações ocorridas na sociedade, enquanto benéficas, éticas, morais e justas.

Constata-se a precariedade da nossa legislação, sobretudo tendo em vista as modificações refletidas na prestação de serviços nos dias atuais. Determinar requisitos mínimos para as empresas terceirizadas: idoneidade, capital mínimo, especialização, etc.

Conclui-se pela necessidade de uma regulamentação mais específica para a terceirização da prestação de serviços, já que o avanço da terceirização está

demonstrando que o comportamento das empresas tomadoras e das prestadoras de serviços vem mudando conscientemente, onde a autonomia e a independência de ambas estão cada vez mais evidentes. A terceirização deve obrigatoriamente implicar em parceria entre as empresas, ocorrendo divisão de serviços e assunção de responsabilidades específicas de cada uma. A legislação brasileira precisa de um marco regulatório que possibilite uma terceirização protegida tanto ao trabalhador quanto às empresas envolvidas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Maurício Sanchotene de. **Terceirização: alguns aspectos jurídicos**. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria – RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/trabalho/terceirizacao.htm>>. Acesso em 13 mar. 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1948. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 05 ago. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Decreto-Lei n. 4.657, 04 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em 05 ago. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0200.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 05 ago. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.019**, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e da outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em 05 ago. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.102**, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para a constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7102.htm>. Acesso em: 05 ago. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 8.212**, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 04 ago. 2010

BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

BRASIL. Secretário da Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa RFB nº 971**, de 13 de novembro de 2009. DOU de 17.11.2009. Dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Alterada pela Instrução Normativa RFB nº 980, de 17 de dezembro de 2009. Alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1.027, de 22 de abril de 2010. Alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1.071, de 15 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2009/in9712009.htm>>. Acesso em 24 set. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Enunciado 256**, de 22 de setembro de 1986. Contrato de prestação de serviços. Legalidade – Revisto pelo **Enunciado nº 331**. Res. 4/1986. DJ 30 set. 1986. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**, de 21 de dezembro de 1993. Contrato de prestação de serviços. Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256. Res. 23/1993. DJ 21 dez. 1993. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2010.

CAMILLERI, Kátia de Macedo Pinto. **Terceirização: os diversos aspectos do mercado de trabalho brasileiro**. In Rüdiger, Dorothee Susanne (Coord). Tendências do direito do trabalho para o Século XXI. São Paulo: LTr, 1999.

CAMINO, Carmem. **Direito individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CARELLI, Rodrigo de. **Formas atípicas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 2 ed. ver.ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

CONCEIÇÃO, Jefferson José da; LIMA, Claudia Rejane de. Empresários e trabalhadores diante da regulamentação da terceirização no Brasil. É possível um acordo mínimo?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2268, 16 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13517&p=2>>. Acesso em: 19 set. 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Contrato de Trabalho: Caracterização, distinções, efeitos**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DINIZ, José Janguê Bezerra. **O fenômeno da terceirização**, In Repertório IOB de jurisprudência, n. 1/97, p.17.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol.1.

FALCÃO, Ismael Marinho. **A terceirização no direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 1996.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito do Trabalho, terceirização e contratos de fornecimento industrial: Notas sobre a responsabilidade jurídica de clientes e fornecedores**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9538>>. Acesso em 24 jul. 2010.

FONSECA, Lilian. **Notícias do Tribunal Superior do Trabalho. Exercício de atividade-fim cria vínculo de emprego com tomador do serviço**. 26/11/2009. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=10043&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=terceiriza%E7%E3o>. Acesso em: 10 set. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Contratos: Contratos em espécie**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v 4, t. 2.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25 ed. atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de mão-de-obra**: modalidades, conceito, legislação, ênfase à terceirização na forma de cooperativas. São Paulo: LTr, 2005.

IOB On line regulatório. Empresa: Procedimentos administrativos Terceirização, 2010. Disponível em: <<http://www.iobonlineregulatório.com.br/print/module/print.html>>. Acesso em: 14 ago. 2010.

IOB On line regulatório. Fiscalização: Empresas prestadoras de serviços a terceiros. Disponível em <<http://www.iobonlineregulatório.com.br/print/module/print.html>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002.

MACHADO, Marcel Lopes. O moderno sistema capitalista de produção. As terceirizações dos serviços de *call center* das empresas de telecomunicações. A evolução do conceito de subordinação jurídica subjetiva para objetiva e estrutural. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2119, 20 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12660>>. Acesso em: 24 jul. 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **A terceirização e o direito do trabalho**. 3. ed. ,São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **A terceirização lícita e ilícita**. In: Repertório IOB de Jurisprudência, n. 8, abr. 1997.

MORRIS, Amanda Zoe. BARROSO, Lucas Abreu. **Instituições de Direito Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. II.

MORRIS, Amanda Zoe. BARROSO, Lucas Abreu. HIROKANA, Giselda M. F. Novaes. PODESTÁ, Fábio; e outros. **Direito dos Contratos**. Direito Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v 3.

NALIN, Paulo. **Do contrato: Conceito pós-moderno**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 21. ed. Pará: Saraiva, 2004.

_____. **Alcance da responsabilidade laboral nas diversas formas de prestação de serviços por terceiros**. Curitiba, v. 6. nº 31: Genesis, julho de 1995.

PALMA, Vera Helena. **Aspectos jurídicos da terceirização**. 2004. Disponível em: <<http://www.fenacon.org.br/pressclipping/dezembro2004/gazeta/gazeta011204b.htm>>. Acesso em: 29 maio 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2036>>. Acesso em: 08 set. 2010.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo. WINDT, Cristina Vaz dos Santos Windt. CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização – Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Contratos Triangulares de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1993.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Fábio Luís de Araújo. O inciso IV do Enunciado 331 do TST como ato violador de preceito fundamental da Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n.65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4053>>. Acesso em: 24 jul. 2010.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de Conceitos Trabalhistas: Direito Individual**. Vol. 1 – São Paulo: LTr. 2000.

ROMITA, Arion Sayão, **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr. 1992.

SALOMO, Jorge Lages. **Aspectos dos Contratos de Prestação de Serviços**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. **Contratos de Prestação de Serviços: Manual teórico e prático**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SANTOS, L. R. Carvalho. SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos – Doutrina, Prática e Jurisprudência, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Péritas, 1998.

SARATT, Newton; SILVEIRA, Adriano Dutra da; DAIBERT, Arlindo; MORAES, Rogério Pires. **Quarteirização: Redefinindo a terceirização**. Porto Alegre: Badojo. 2000.

SCHNELL, Fernando. **A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador. A necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares. A responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviço**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 703, 8 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6855>>. Acesso em: 24 jul. 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, Cristiano Amorim Tavares da. A disciplina jurídica da terceirização trabalhista. Sua aplicação no setor público e a distinção entre terceirização lícita e ilícita. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1647, 4 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10821>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

SILVA. Isabel Cristina Raposo e. Algumas relações triangulares de trabalho e delimitação de sua responsabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2223, 02 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13264>>. Acesso em: 07 ago. 2010.

SOUTO, Paulo Roberto. SCHUELER, Helena. LEIRIA, Jerônimo Souto. **Os Tribunais do Trabalho são contra a terceirização?** 1. ed. Porto Alegre: CLT Editora Cultural, 1993.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e contratos em espécie**. 5 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2010. v. 3.

TAVARES, Lourdes. **Notícias do Tribunal Superior do Trabalho. Industriário terceirizado obtém vínculo de emprego com a Sadia.** 19/11/2007. Disponível em: http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8147&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=terceiriza%25E7%25E3o. Acesso em: 10 set. 2010.

TIMM, Luciano Benetti. **Da prestação de serviços.** 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

TOLEDO, Antonio Luiz de; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. **Vade Mecum.** 9. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010.
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2.

_____. **Direito Civil: Contratos em espécie.** 7. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Recursos trabalhistas e outros estudos de direito e de processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.