

AIRON LUZ

**A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO:
UMA ANÁLISE DA TERCEIRIZAÇÃO E DA RELAÇÃO COMERCIAL DE COMPRA
E VENDA COM VISTAS À (IN)APLICABILIDADE DA SÚMULA 331, INCISO IV, DO
TST**

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

Orientadora: Prof^a Ms. Angela Kirschner

Bento Gonçalves

2010

Este trabalho é dedicado aos meus pais, Air e Ivone, pelo esforço depreendido com minha educação e caráter.

À minha namorada Michele, fonte

*inspiradora.
Aos meus demais familiares p
compreensão e apoio.*

AGRADECIMENTOS

*A Prof^ª. Ms. Angela Kirschner pelos ensinamentos, apoio e atenção.
Aos colegas de curso pelo tempo de convivência e amizade.
Ao escritório Tizatto, Wildner & Luz*

*Advogados Associados, pela oportunidade.
A todos meus familiares pela força
incentivo dados.*

*Há homens que lutam um dia, e são bons;
Há homens que lutam por um ano, e são
melhores; Há homens que lutam por vários
anos, e são muito bons; Há outros que lutam*

durante toda a vida, esses são imprescindíveis.

(Bertolt Brecht)

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar a terceirização, uma das formas de flexibilização dos direitos trabalhistas, e o contrato de compra e venda com vistas à (in)aplicabilidade do inciso IV, da Súmula 331 do TST. A terceirização consiste no repasse de determinadas atividades especializadas de cunho acessório ou secundário para a empresa que detém como atividade principal ou dita especializada que realizará serviço, de forma autônoma, concentrando-se a contratante em sua atividade principal. No entanto, a terceirização de serviços, seja lícita ou ilícita, impõe responsabilidades ao tomador de serviços, seja de forma direta no primeiro caso ou subsidiária no outro. Ressalta-se, neste particular, que a figura da responsabilização subsidiária não tem previsão legal, de modo que trata-se de uma criação jurisprudencial, que atualmente está consubstanciada na Súmula 331 do, inciso IV, do TST. Por seu turno, a venda de produtos de uma empresa para outra, configura típico contrato mercantil, não gerando, como regra, responsabilidade de qualquer nível, por parte desta última, pelo adimplemento das parcelas devidas, em relação aos contratos de trabalho celebrados pela primeira. Ocorre que, na prática, o tema é controvertido, sendo que há entendimento jurisprudencial no sentido de que se o objeto da relação havida entre as empresas está atrelado à atividade-fim de ambas, configura-se a hipótese de terceirização e a condição de tomadora de serviços por parte da empresa “compradora”, aplicando-se a responsabilização subsidiária estabelecida no item IV, da Súmula nº 331 do TST.

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização. Trabalho. Terceirização. Compra e Venda. Responsabilidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DA TERCEIRIZAÇÃO.....	9
2.1 Aspectos Históricos da Terceirização.....	9
2.2 Da Evolução da Normatividade Jurídica.....	11
2.3 Evolução da Jurisprudência Trabalhista.....	15
2.4 Das Atuais Pretensões Legislativas acerca da Terceirização.....	28
3. TERCEIRIZAÇÃO: CONCEITO, CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS JURÍDICOS.....	33
3.1 Conceito de Terceirização.....	33
3.2 A Terceirização Lícita e Ilícita.....	34
3.3 A Responsabilidade da Empresa Tomadora de Serviços.....	38
3.3.1 Pressupostos da Responsabilidade Subsidiária.....	41
3.3.2 Configuração Jurídica da Responsabilidade Subsidiária.....	43
3.3.3 Efeitos da Responsabilidade Subsidiária.....	50
4 DA TERCEIRIZAÇÃO E DA RELAÇÃO COMERCIAL DE COMPRA E VENDA COM VISTAS À (IN) APLICABILIDADE DA SÚMULA 331, INCISO IV, DO TST.....	53
4.1 Da Terceirização e da Relação Comercial de Compra e Venda.....	53
4.2 Da Análise de Casos Práticos Julgados nos Tribunais- Regionais e Superior do Trabalho.....	61
5 CONCLUSÃO.....	74

REFERÊNCIAS.....	77
-------------------------	-----------

ANEXOS.....	80
--------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, durante a Segunda Guerra Mundial, na Europa, a indústria armamentista exigiu um aumento substancial de produção, não suportada pelas fábricas existentes, o que, conseqüentemente, levou a terceirização, pela qual o fabricante distribuía a produção entre fabricantes menores e conseguia atender a demanda.

Já no Brasil, a terceirização surgiu por intermédio da indústria multinacional, especialmente no ramo automobilístico, no final de 1950, em que houve a contratação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel, deixando a empresa dita tomadora, somente com a parte de montagem. Objetivava-se a celeridade no desenvolvimento da produção e a redução de custos, de modo que a empresa tomadora voltava-se ao desenvolvimento do produto e na sua venda.

Em virtude do surgimento do fenômeno da terceirização, teve-se a necessidade de legalizar a situação. Por isso, editaram-se inúmeras leis e decretos-leis para tentar regular casos concretos, como nos casos de contratação de empresas especializadas em vigilância, de trabalho temporário, de serviços de vigilância e transporte de valores para o setor financeiro, entre outros. No entanto, inexistente uma legislação específica acerca da terceirização, o que se distancia da prática diária empresarial, restando a doutrina e a jurisprudência a solução dos conflitos envolvendo casos de terceirização.

Com efeito, o Tribunal Superior do Trabalho consubstanciou, ao longo do tempo, seu entendimento nas Súmulas números 239, 256, 257, e na atual Súmula número 331, com o escopo de se evitarem fraudes.

É notório que a terceirização está presente de forma acentuada no mundo do trabalho, representando uma das modernas formas de dinamização empresarial, vez que possibilita a otimização econômico-financeira de diversos empreendimentos. Ressalta-se que a compreensão deste instituto jurídico é de suma importância para

a prática diária empresarial, pois diante da ausência de uma previsão legal abrangente, a licitude de sua ocorrência fica atrelada ao entendimento consubstanciado na jurisprudência pátria, com o escopo de que um contrato civil não mascare uma autêntica relação de emprego.

Além disso, importante frisar que a terceirização constitui-se numa forma de flexibilização dos direitos trabalhistas caracterizando-se pela descentralização do processo produtivo, a partir do momento em que há repasse de serviços a terceiros, ou seja, o repasse das atividades secundárias ou também denominadas de atividades-meio, a empresas especializadas, de modo que a empresa tomadora concentre-se em sua atividade principal, dita atividade-fim.

No entanto, a terceirização de serviços, seja lícita ou ilícita, impõe responsabilidades ao tomador de serviços, seja de forma direta no primeiro caso ou subsidiária no outro. Ressalta-se, neste particular, que a figura da responsabilização subsidiária não tem previsão legal, de modo que se trata de uma criação jurisprudencial, que atualmente está consubstanciada na Súmula 331, inciso IV, do TST.

Por seu turno, há uma segunda forma de se descentralizar o processo produtivo de uma empresa concernente à delegação ou transferências a terceiros da responsabilidade pela produção de produtos.

Porém, o interesse do Direito Laboral diz respeito à primeira forma de descentralização, desde que na segunda não acabe por gerar qualquer vínculo com a empresa contratada, recebendo a contratante tão-somente o produto finalizado, caracterizando, pois, uma relação comercial de compra e venda.

Contudo, há divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de aplicação da responsabilização prevista no inciso IV, da Súmula 331 do TST, da empresa “compradora” que firma contrato de compra e venda com outra empresa dita “vendedora”.

Assim, a presente monografia tem por fito proporcionar subsídios para os operadores do direito que buscam a compreensão acerca dos aspectos referentes ao instituto jurídico da terceirização e a relação comercial de compra e venda, e como se dá a responsabilização empresarial nestes casos, mas que encontram posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais extremamente divergentes, aliado à ausência de norma específica que regulamente as relações terceirizadas de trabalho.

Para tanto, o primeiro capítulo aborda uma análise acerca das evoluções histórica, normativa e jurisprudencial acerca do instituto da terceirização, e, por derradeiro, um exame das atuais pretensões normativas envolvendo este tema.

Já o segundo capítulo trata sobre o conceito de terceirização, com um traçado comparativo entre a terceirização lícita e ilícita, passando a diferenciação entre os conceitos de atividade-fim e atividade-meio, bem como um exame da responsabilidade da empresa tomadora de serviços, preconizada no inciso IV, da Súmula 331 do TST.

E, finalmente, o terceiro capítulo traz uma análise entre a terceirização e a compra e venda, e, após, a análise de casos práticos julgados pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho.

2 DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DA TERCEIRIZAÇÃO

2.1 Aspectos Históricos da Terceirização

Em que pese o desenvolvimento da terceirização ter-se dado de forma mais acentuada nas últimas décadas do século passado, a sua origem deu-se em um contexto histórico anterior, mais precisamente durante a Segunda Guerra Mundial.

Neste período surgiu uma maior necessidade de obtenção de materiais bélicos, de modo que havia uma grande demanda de armamentos. No entanto, a oferta não estava apta a suprir toda esta demanda.

Nesta época, a principal fornecedora de material bélico era a indústria norte-americana, e a forma pela qual a mesma estava estruturada, não se mostrava capaz de suprir tamanha procura que se dava pelo continente europeu, especialmente por aqueles países que combatiam o nazismo. E, como forma de buscar um caminho para resolver tal situação, o que se daria pelo aumento da produção, e, para tanto, ter-se-ia que alterar o *modus operandi*, a indústria começou a delegar a terceiros atividades ditas não-essenciais a outras empresas, centrando-se em suas atividades essenciais.

Nessa senda, Sérgio Pinto Martins¹ destaca:

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

Em outras palavras, a indústria armamentista europeia exige incremento de produção, não suportada pelas fábricas existentes. Daí passou-se a terceirização, pela qual o fabricante distribuía a produção entre fabricantes menores e conseguia atender a demanda.

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p.2.

Em verdade, o que se buscava era a maior obtenção de recursos e de trabalho para determinada atividade, o que, conseqüentemente, resultaria no aumento da produção. Este entendimento acabou por originar a transição do modelo taylorista, que caracterizava-se para a verticalização empresarial, isto é, eram produzidos todos os elementos que compõem o produto final, para o modelo atualmente vigente.

A partir da Segunda Guerra Mundial, em que se visou um aumento de produção, e tendo em vista a necessidade que as empresas tinham de atender esta demanda, as mesmas foram se especializando de forma horizontal, ou seja, somente havia o desenvolvimento das atividades de cunho essencial daquela empresa, enquanto se delegava a outras empresas o desempenho de atividades de cunho acessório, que tinham por finalidade apenas dar suporte àquela atividade essencial.

Portanto, durante este período, a alternativa buscada pelas empresas para conseguirem se manter no mercado era justamente se voltar para o desenvolvimento de sua atividade-fim, justamente naquelas atividades que constituíam o núcleo da empresa.

Assim, a lógica que se utilizou foi a de que as empresas, para sobreviverem, deveriam estar voltadas para aquilo que elas sabiam fazer de melhor, ou seja, houve a sobreposição do mais rápido sobre o maior.

Por seu turno, a terceirização surgiu no Brasil na década de 50, do Século XX, quando ocorreu o ingresso das empresas multinacionais em seu território, o que originou a competição entre o mercado interno e o estrangeiro. E, a partir daí, muitas empresas que vieram do estrangeiro trouxeram consigo o fenômeno da terceirização, objetivando a maior produtividade.

Desse modo, a terceirização foi introduzida pela indústria multinacional, principalmente a automobilística, que contratou serviços de terceiros que produziam os componentes do automóvel, deixando para a indústria-mãe apenas a montagem. Assim, a produção se desenvolvia de forma mais rápida, os custos eram menores e a empresa poderia focar-se no desenvolvimento do produto e na sua venda.

Nesse norte, Sérgio Pinto Martins² menciona que:

No Brasil, a noção da terceirização foi trazida por multinacionais por volta de

² MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit.. p.2.

1950, pelo interesse que tinham em seu preocupar apenas com a essência de seu negócio. A indústria automobilística é o exemplo de terceirização, ao contratar a prestação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e procedendo à montagem final do veículo. As empresas que têm por atividade a limpeza e conservação também são consideradas pioneiras na terceirização no Brasil, pois existem desde aproximadamente 1967.

Assim sendo, a entrada das empresas oriundas do exterior, com um poder competitivo superior, forçaram com que as empresas brasileiras buscassem alternativas para aumentar a produtividade e reduzir custos, para competirem no mesmo nível com as empresas estrangeiras. E justamente a solução encontrada foi a terceirização de atividades acessórias.

Contudo, inobstante o ingresso das multinacionais em nosso país tenham influenciado no setor produtivo das empresas nacionais, somente nas três décadas do século passado a terceirização passou a ser uma realidade significativa na conjuntura econômico-produtiva brasileira.

2.2 Da Evolução da Normatividade Jurídica

Deve-se ter presente que o surgimento da terceirização, em nosso país, embora tenha início a partir de 1950, foi nas últimas décadas do século passado que as relações terceirizadas de trabalho ganharam força e passaram a receber atenção do legislador no Brasil.

No entanto, insta mencionar que a Consolidação das Leis do Trabalho já previa duas hipóteses de subcontratação de mão-de-obra, por intermédio dos artigos 455 (empreitada e subempreitada), bem como do artigo 652, “a”, III (pequena empreitada). Neste particular, deve-se ter presente que a CLT é de 1943, de modo que naquela época a terceirização não possuía tanta abrangência, e a ela não era dada uma maior atenção. Nessa senda, adverte Maurício Godinho Delgado³:

A CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão-de-obra: a empreitada e subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III, CLT). À época de elaboração da CLT, como se sabe (década de 40), a terceirização não constituía abrangência assumida nos últimos 30 anos do século XX, nem sequer merecia epíteto designativo especial.

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2009. p. 408.

Posteriormente, algumas legislações pátrias regularam as atividades terceirizadas. Primeiramente, tem-se a Lei nº 4.886/65 que trata da representação comercial autônoma, que é tida pela doutrina como a execução de atividades acessórias ou não essenciais atreladas à atividade-fim de empresa mercantil, em que o trabalho não é desempenhado com pessoalidade e subordinação.

Com efeito, a representação comercial autônoma envolve a execução de atividades acessórias ligadas à atividade-fim de empresa mercantil e o labor não é exercido com pessoalidade e subordinação direta. Com isso, tem-se a existência de um típico contrato civil que envolve as relações de trabalho, sem que se configure o contrato de trabalho. No entanto, serão as condições fáticas que dirão se se trata realmente de terceirização ou de relação de emprego.

O Decreto-Lei nº 200/67, e também a Lei nº 5.645/70, contemplam a terceirização no âmbito público, reconhecendo que a execução das atividades da Administração Pública Federal deverá ser amplamente descentralizada. E referem, ainda, de forma exemplificada, nos artigos 3º e 10, respectivamente, quais os serviços são passíveis de terceirização, como por exemplo, os de transporte, custódia conservação, operação de elevadores e limpeza, dentre outras assemelhadas.

Ainda, o artigo 10, §7º, do Decreto 200/67, contempla a explicação sobre a necessidade de descentralização dos serviços, nos seguintes termos:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle 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, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacidade a desempenhar os encargos de execução.

Note-se que referidas legislações somente faziam menção ao poder público, abrangendo a administração direta e indireta da União, Estados e Municípios.

Por conseguinte, os Decretos Leis números 1.212 e 1216, de 1966, regulavam as atividades de segurança prestadas por empresas particulares (interpostas) aos bancos.

Nesses casos, importante ressaltar que, em que pese não tivessem como tema principal a terceirização, permitiam a prestação de serviços de segurança bancária por empresas interpostas na relação trabalhista. Assim, a relação de trabalho vai deixando de ser unicamente polarizada para ganhar contorno triangular, o que, como visto, não é tão novo, tendo em vista que a própria CLT, já previa casos de relações compostas por três sujeitos, pelo menos em termos de responsabilidade, como por exemplo, empregado, empregador principal e subempregador.

Da mesma forma, o Decreto nº 62.756, de 22 de maio de 1968, regulamentou a licitude das agências de colocação ou também conhecidas como intermediadoras de mão-de-obra.

Por seu turno, o Decreto-lei nº 1.034, de 21 de outubro de 1969, abordava meios de segurança para os bancos, caixas econômicas e cooperativas de crédito, evidenciando a possibilidade de terceirização para atividades concernentes à vigilância ostensiva. O artigo 4º, deste Decreto, previa que “os estabelecimentos de crédito poderiam admitir diretamente ou contratar por intermédio de empresas especializadas os elementos necessários a sua vigilância”.

Outrossim, Sérgio Pinto Martins⁴ salienta que o surgimento das empresas de trabalho temporário deu-se nos Estados Unidos, quando um advogado precisava datilografar muitas páginas de um recurso e em um curto prazo, e sua secretária adoeceu, pelo que delegou a uma outra secretária, que não dedicava-se exclusivamente a esta atividade, mas que ganharia uma renda extra, e acabou aceitar o encargo, datilografando o recurso, que foi protocolado, pelo advogado, de forma tempestiva. Dessa forma, o advogado constatou que inúmeras outras pessoas também enfrentavam estes problemas, e resolveu constituir a empresa Man Power, que está espalhada por todo o mundo, fornecendo a mão-de-obra temporária.

Em nosso país, no ano de 1973, a locação de mão-de-obra tornou-se mais presente. Diante disso, teve-se o surgimento da Lei nº 6.019 de 1974, que regulamentou o trabalho temporário, que até então carecia de normatização, aquele prestado por uma pessoa física, empregado de empresa de trabalho temporário, a uma outra empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit. p.2.

A partir de 1980 fora criada a Lei 7.102/83, regulamentada pelo Decreto 89.056/83, permitindo a terceirização do trabalho de vigilância e transportes de valores no setor financeiro. Posteriormente, esta Lei teve alteração pelas Leis 8.863/94 e 9.017/95, que também autorizaram a terceirização para funcionamento e contratação de serviços de vigilância, incluindo a patrimonial, de pessoas físicas e transporte de qualquer outro tipo de carga, bem como da vigilância de valores.

Posteriormente, surgiu o Decreto Lei nº 78.841, de 13 de março de 1984, que almejou a regulação do trabalho temporário. As instituições bancárias passaram a terceirizar suas atividades, especialmente contratando terceiros que cumprissem o horário de oito horas, diferentemente dos bancários que cumprem seis horas diárias.

Também é relevante destacar que existem outras legislações que, embora não tratem diretamente sobre a terceirização, acabam por mencionar o tema. Desse modo, ressalta-se a Lei 7.290/84, que, em seu artigo 1º, autoriza a terceirização nos serviços de transporte rodoviário, em caráter eventual ou continuado, assim dispondo:

a pessoa física, proprietário ou co-proprietário de um só veículo, sem vínculo empregatício, devidamente cadastrado em órgão disciplinar competente, que, com seu veículo, contrate serviço de transporte a frete, de carga ou de passageiro, em caráter eventual ou continuado, com empresa de transporte rodoviário de bens, ou diretamente com os usuários desse serviço.

Por seu turno, a Lei nº 8.949/94, que inseriu o parágrafo único do artigo 442 da CLT, dispõe que não há vínculo de emprego entre a cooperativa e seus cooperados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. Note-se embora não haja menção expressa sobre a terceirização, comumente há uma utilização indevida da mesma para a prática da intermediação ilegal de mão-de-obra, também conhecida como *merchandage*, onde há fraude, mera locação de mão-de-obra, e portanto há a configuração de vínculo de emprego.

Por derradeiro, em 01.09.1997 foi editada a Instrução Normativa nº 3, do Ministério do Trabalho e Emprego. Esta dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário, considerando a necessidade de uniformizar o procedimento da Fiscalização do Trabalho, frente às inovações introduzidas pelo Enunciado nº 331, do Tribunal

Superior do Trabalho, que alterou o Enunciado nº 256.

Destarte, embora muitos diplomas legais tratem do tema da terceirização, direta ou indiretamente, o legislador ainda não se dignou a regular o tema de uma vez por todas, em uma normativa própria. Tendo em vista que inexiste uma regulamentação geral acerca da terceirização, a doutrina e a jurisprudência tentaram solucionar os casos jurídicos envolvendo a terceirização, como passa-se a expor.

2.3 Evolução da Jurisprudência Trabalhista

Diante da ausência de regulamentação específica sobre a terceirização, provocando um distanciamento cada vez maior entre a normatização e a prática diária empresarial, restou a doutrina e, especialmente a jurisprudência, a busca da solução aos conflitos que surgiram em decorrência do ato terceirizante. Registre-se que a jurisprudência trabalhista começou a dar maior relevo a terceirização especialmente a partir da década de 70, pois, como dito, diante da falta de regramento, o entendimento jurisprudencial teve um intenso e importante papel hermenêutico.

Para solucionar as pendências jurídicas, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou seu entendimento nos Enunciados nºs 239, 256, 257 e na atual Súmula nº 331, regulando a relação entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços e visando a obstaculizar a fraude, como passa-se a expor.

No ano de 1985, surgiu a primeira Súmula, naquela época denominada de Enunciado, a tratar sobre o tema, de número 239 que previa: “É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico”.

No tocante à Súmula nº 239 do TST, Alice Monteiro de Barros⁵ aduz:

teve origem no julgamento de repetidos processos ajuizados , contra a mesma empresa, nos quais se constatou, através de perícia, que naquele caso concreto, o grupo econômico criara uma empresa de processamento de dados com propósitos fraudulentos, para absorver os serviços que

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização e a jurisprudência. In: CARDONE, Marly A; SILVA, Floriano Corrêa da (coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho e na economia**. São Paulo: Ltr, 1993, cap. 4, p.57.

vinham sendo executados por um departamento do Banco que liderava o mesmo grupo.

Nesse sentido, este verbete sumulado tinha por escopo prevenir a ocorrência de atos fraudulentos contra empregados das empresas de processamento de dados que pertencessem ao mesmo grupo econômico das instituições bancárias. Isto porque, naquela época, era freqüente que tais instituições utilizavam-se supostamente da terceirização, constituindo empresas de processamento de dados para gerenciar os serviços de informática. Ocorre que os empregados, nestes casos, detinham remuneração de trabalhadores comuns, sem observância das vantagens particulares dos trabalhadores bancários, como por exemplo, no que diz respeito à jornada de trabalho reduzida. E, diante disso, surgiu a Súmula número 239 do TST, para combater tais discrepâncias, bem como para equiparar estes trabalhadores da área de informática aos trabalhadores bancários.

De outro lado, se houvesse a constituição de uma empresa ligada à área de processamento de dados, objetivando a prestação de serviços para empresas diversas, desvinculada do banco, não seria possível a ocorrência da equiparação antes referida.

Entretanto, Alessandra Metzger Felício⁶ sinala que:

Uma crítica que se faz a este Enunciado 239 diz respeito à sua generalidade, equiparando desde logo empregados de empresa de processamento de dados pelo simples fato de tais empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico do banco e prestarem a ele serviços. Há que se provar a fraude, já que não se trata de presunção absoluta. Tal fraude pode ser caracterizada, por exemplo, pela iniciativa da instituição financeira em criar outra empresa para realização exclusiva do serviço de informática que anteriormente eram feitos por seus próprio empregados.

Portanto, a crítica doutrinária a este Enunciado refere-se a esta equiparação imediata entre os processadores de dados e os bancários, porquanto não pode-se perder de vista que a fraude deve ser provada, eis que não diz respeito à presunção absoluta.

Aliás, o entendimento jurisprudencial dava conta de que a Súmula 239 do TST não poderia ser aplicada de forma genérica, pois se a empregadora dos

⁶ FELÍCIO, Alessandra Metzger. Terceirização: caracterização e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gábrilena Neves (coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, cap.4, p. 101.

processadores de dados não realizasse serviços exclusivos para as entidades bancárias, mas também para terceiros, seria inaplicável referida Súmula, ou seja, não era aplicável a orientação do citado Enunciado, quando a empresa de processamento de dados prestasse serviços a bancos e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros.

No mesmo norte é a Orientação Jurisprudencial nº 126 do TST, quando dispõe que é inaplicável o Enunciado 239 quando a empresa de processamento de dados presta serviços a bancos e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros.

Após, mais precisamente no ano de 1986, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 256, que dispunha: “Salvo nos casos previstos nas Leis nºs 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.03.1986, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

Denota-se que este entendimento sumulado, como regra geral, consubstanciava-se na relação empregatícia constante na Consolidação das Leis do Trabalho, a exceção das hipóteses previstas nas Leis nºs 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.03.1986, de modo que todos os casos tidos por ilícitos, resultavam no estabelecimento do vínculo empregatício de forma direta com o efetivo tomador dos serviços.

Na vigência da referida súmula, apenas o trabalho temporário e de vigilância em estabelecimentos financeiros podiam ser objeto de contratação através de interposta pessoa, ou seja, de forma terceirizada, sendo que toda e qualquer outra contratação sob tal modalidade era reputada ilícita e o vínculo trabalhista era fixado com o tomador de serviços, que era responsabilizado por toda e qualquer obrigação trabalhista dele decorrente.

Nesse diapasão, Sérgio Pinto Martins⁷ acrescenta:

No acórdão que deu origem à Súmula 256 (RR 3.442/84), no qual foi relator o MIn. Marco Aurélio, ficou evidenciado que a contratação de empresa interposta só poderia ser admitida em casos excepcionais, pois a locação da força de trabalho é ilícita, visto que os homens não podem ser objeto desse tipo de contrato, apenas as coisas. Verificava-se que o TST proibia a intermediação de mão-de-obra tanto na atividade-fim como na atividade-meio, salvo nas hipóteses de trabalho temporário e da Lei nº 7.102. A maioria dos precedentes entendeu que a atividade de asseio e conservação

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit. p.115.

é essencial a qualquer empresa. Se a atividade da empresa é permanente, não poderia haver a locação de mão-de-obra. Em outros casos, entendeu-se que, se o empregado trabalhava no mesmo local do tomador e em atividade de caráter permanente da empresa, não poderia ser o liame estabelecido como de trabalho temporário, sendo empregado da empresa tomadora dos serviços.

Na verdade o que se buscou foi inibir a prática generalizada da terceirização, sendo que a não observância do verbete antes referido implicava na caracterização da contratação por interposta pessoa, prática denominada pela doutrina de *merchandage*.

Complementando o exposto, Alice Monteiro de Barros⁸ leciona que:

(...).Esclarece, outrossim, que quaisquer atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou impedir a aplicação de preceitos consolidados são nulos. Com fundamento nos princípios peculiares do Direito do Trabalho, em encíclicas papais e normas internacionais, assevera que a possibilidade de o tomador dos serviços não assumir diretamente os ônus trabalhistas, valendo-se para tanto do contrato de natureza civil, só poderá ser permitida excepcionalmente, em caso de serviço transitório e não vinculado à atividade normal da tomadora. Do contrário, a relação jurídica mantida entre a locador dos serviços e o contratado com características do arrendamento, locação ou aluguel da força de trabalho reveste-se da ilicitude, pois os homens não podem ser objeto-ainda que velado- deste tipo de contrato, mas somente as coisas.

No entanto, a Súmula nº 256 do TST acabou por estabelecer uma relação exaustiva quanto às exceções de terceirização, o que acabou por colidir com o próprio sistema, vez que as situações de exceção contidas no Decreto-lei 200/67 e Lei nº 5.645/70, aplicáveis a administração pública direta e indireta estavam fora do rol previsto na vertente orientativa.

Demais disso, a Carta Magna de 1988, em seu artigo 37, inciso II e parágrafo 2º, vedou expressamente a contratação de trabalhadores por entes públicos sem a devida prestação de concurso público, situação que também não estava contida na referida Súmula.

Outro problema decorrente foi que a redação da Súmula nº 256 do TST acabou por considerar que a generalidade das empresas prestadoras de serviços eram ilegais, bem como acabou por apresentar um rol de exceções de forma muito

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Op.cit. p.57.

restrita, não levando em conta que em determinados casos a terceirização mostrava-se relevante e necessária, como por exemplo, nos casos das empresas prestadoras de serviços de limpeza.

Sobre esta questão, Irany Ferrari⁹ leciona que:

Considera ilegal ab initio, o que poderá ser legal, porque não revogadas as formas de prestação de trabalho sob o enfoque da locação de serviços ou empreitadas.(...) Contrário ao princípio da livre iniciativa e contra o código civil, no que respeita às prestações de serviços e também às empreitadas, se configuradas legalmente, este fim, podendo guardar seus aspectos de autonomia de autonomia ou de legítimos empregadores.

Assim, os doutrinadores entendiam que a Súmula nº 256 caracterizou como ilegal toda e qualquer contratação de empresas prestadoras de serviços, e que existiam várias atividades de prestação de serviços, e que existiam várias atividades de prestação de serviços a terceiros que não configuravam a locação de mão-de-obra.

De outro lado, alguns juristas defendiam que a Súmula nº 256 não proibiu uma empresa contratar prestadora de serviço ou empreiteira, para a execução de serviços ou obras, mas que a proibição estava restrita à contratação de trabalhadores por empresa interposta, não podendo supor “por ferir o sistema jurídico nacional, é que a súmula em foco tenha tido a intenção de proibir os legítimos contratos de prestação de serviços ou de empreitada de obras, previstos no Código Civil”, como aduz Arnaldo Sussekind¹⁰.

Aliás, importante registrar que a maioria das decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, que conduziram a edição da Súmula 256 do TST, diziam respeito ao reconhecimento de vínculo empregatício entre os empregados de empresas de limpeza (prestadoras de serviços) com a empresa tomadora de serviços. O entendimento majoritário preconizava que embora o empregado fosse da empresa prestadora dos serviços, laborava na tomadora dos serviços, carecendo, portanto, dos benefícios da empresa tomadora, o que acarretava fraude. Desse

⁹ FERRARI, Irany. Enunciado nº 256 do TST. **Suplemento trabalhista**. São Paulo, n. 7, 1987, p. 28.

¹⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. Enunciado nº 256: a mão-de-obra contratada e empresas de prestação de serviços. **Revista LTr**. São Paulo, v.51, 1987, p. 276.

modo, a validade da terceirização dava-se em relação ao trabalho temporário e aos serviços de vigilância, sendo que ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Os serviços de vigilância, por seu turno, estavam respaldados pela Lei 7.102/83, que permitia a contratação de terceiros para essa finalidade, eis que os bancos não dispunham de trabalhadores do nível de especialização exigido pela legislação.

No mesmo norte, o Tribunal Superior do Trabalho fundamentava seus julgamentos com o ex-precedente nº 35, da Seção de Dissídios Coletivos, que estava consubstanciado no entendimento da Súmula 256, que previa “Mão-de-obra (positivo). Fica proibida a contratação de mão-de-obra locada, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nºs 6.019/74 e 7.102/83”.

A maioria da doutrina trabalhista releva que a revisão da Súmula 256 do TST, originou-se a partir do momento em que o Banco do Brasil começou a contratar inúmeros prestadores de serviços sem a devida prestação de concurso público, especialmente nas atividades de limpeza, telefonista, digitação, ascensorista, copa, gráfica. Desse modo, houveram diversas insurgências e denúncias por parte do sindicato dos empregados bancários, no sentido de que havia a contratação direta de empregados para o exercício de atividades de cunho permanente.

Destarte, o Ministério Público do Trabalho propôs de sobremaneira inquéritos civis públicos em face da referida instituição bancária, bem como da própria Caixa Econômica Federal, que contratava estagiários sem que os mesmos prestassem concurso público. Referidas instituições alegavam que o próprio Tribunal Superior do Trabalho entendia que mitigava a Súmula nº 256, assim como era permitida a contratação de serviços de limpeza, dentre outros, em consonância com a Lei 5.645/70.

Disto resultou que o inquérito proposto em face da Caixa Econômica Federal originou à ação civil pública, que foi julgada procedente em parte no Juízo *a quo*, demonstrando as irregularidades que vinham sendo apontadas pelo MPT. Por sua vez, o Banco do Brasil firmou termo de compromisso com a Procuradoria Geral do Trabalho, ajustando que dentro de um lapso temporal (240 dias) iria regularizar todas as contratações das atividades antes referidas, mediante a realização de concurso público.

Nesse contexto, a própria Procuradoria do Trabalho requereu junto à Corte

Súpera, a revisão parcial da Súmula nº 256, no sentido de haver exclusão das empresas públicas, sociedades de economia mista, órgãos da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como os serviços de limpeza. Por seu turno, o TST optou por editar a Súmula 331, que tratou de revisar a Súmula nº 256.

Em suma, a orientação jurisprudencial contida na Súmula nº 256 do TST, contrariava a idéia de terceirização, impedindo a contratação das empresas prestadora de serviços, por isso à época se defendia a sua revisão, o que de fato veio a ocorrer com a edição da Súmula nº 331 do TST.

Contudo, antes de adentrar a análise da Súmula nº 331 do TST, também cabe mencionar que, em novembro de 1986, surgiu a Súmula nº 257 do TST dispondo que “O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário”.

Esta Súmula objetivou a não equiparação entres os trabalhadores vigilantes e bancários, porquanto as atividades desempenhadas pelos mesmos são complementemente diversas, pois enquanto o primeiro realiza uma atividade-meio, que exige uma profunda especialização, o segundo executa uma atividade-fim da instituição bancária, atividade esta extremamente repetitiva, motivo pelo qual há previsão de jornada de trabalho reduzida.

Aliás, como visto anteriormente, a própria Lei 7.102/83, com alteração da Lei nº 8.863/94, já autorizava a prestação de serviços de empresas de vigilância e segurança e outras entidades privadas e particulares, além de órgãos e empresas públicas. Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins¹¹ observa:

Verifica-se que a orientação da Súmula 257 do TST é coerente com a Lei nº 7.102, pois esta permite a terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores. Logo não se poderia falar que o vigilante que presta serviços em banco seria bancário, diante daquele comando legal, pois o trabalho do vigilante não seria mais extenuante que o do bancário de modo a ser contemplado com jornada de 6 horas. A Lei nº 7.102 não dispõe, inclusive, que o vigilante deveria ter jornada de trabalho de 6 horas, o que mostra que a sua jornada de trabalho seria a normal, de 8 horas. De outro lado, não há que se falar em tratamento isonômico, pois as situações são diversas e as categorias também são diversas, merecendo, portanto, tratamento distinto. O fato de o vigilante trabalhar no banco e não na empresa de vigilância não desnatura o contrato, pois o que importa é que a subordinação do vigilante seja com a empresa de vigilância e não com a instituição bancária.

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit.. p.100.

De outro lado, a crítica doutrinária acerca deste entendimento dá conta de que se o vigilante for contratado diretamente pelo banco, portanto, deixando de ser empregado da empresa interposta, não há lógica que não sejam aplicadas a este trabalhador as regras inerentes aos bancários, pois a partir do momento em que o vigilante está vinculado juridicamente através de contrato de emprego com o banco, estando subordinado ao mesmo, será empregado bancário, devendo submeter-se a este regramento específico.

Após, no final do ano de 1994, foi editada a Súmula nº 331 do TST, que assim preconiza:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

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

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

Verifica-se, pois, que a Súmula nº 331 do TST acabou por suprir as carências constantes na Súmula nº 256 do TST, pois abarcou as hipóteses de terceirização previstas no Decreto Lei nº 200/67 e na Lei nº 5.645/70, isto é, atividades de limpeza e conservação, bem como atividades-meio. Outrossim, contemplou a previsão constitucional do artigo 37, inciso II e parágrafo 2º, que vedou de forma expressa a contratação de trabalhadores por entes públicos sem a devida prestação de concurso público.

Complementando o exposto, José Ribeiro de Campos¹² explica:

¹² CAMPOS, José Ribeiro de. **Aspectos da Terceirização e o Direito do Trabalho**. Disponível em:

Diante da importância da questão, o Tribunal Superior do Trabalho reviu o Enunciado n. 256 e a matéria debatida está prevista no Enunciado nº 331, que no item II diz que, mesmo irregular, a contratação do trabalhador por empresa interposta não gera vínculo empregatício com a Administração Pública. Assim, o Tribunal Superior do Trabalho eliminou a utilização do expediente fraudulento do ingresso nos órgãos da Administração Pública através da utilização de empresa prestadora de serviços, pois a Justiça do Trabalho, fulcrada no Enunciado nº 256, reconhecia o vínculo de emprego. No entanto, como se denota o Tribunal Superior do Trabalho não se limitou a tratar da contratação de empresas de prestação de serviços pela Administração Pública, tratou de outros aspectos jurídicos pertinentes à terceirização, como as hipóteses em que ela é possível e ainda dos efeitos jurídicos para o tomador dos serviços.

Portanto, denota-se que o Tribunal Superior do Trabalho não se limitou a tratar da contratação de empresas de prestação de serviços pela Administração Pública, mas tratou de outros aspectos jurídicos pertinentes à terceirização, como as hipóteses em que ela é possível e ainda dos efeitos jurídicos para o tomador dos serviços.

O inciso I da Súmula nº 331 do TST aborda a contratação de trabalhadores por empresa interposta, sendo considerada ilegal, tendo por consequência a formação de vínculo de forma direta com a empresa tomadora, exceto nos casos de trabalho temporário, de acordo com a Lei 6.019/74. Na verdade, este item acaba por reprisar o que já estava consubstanciado na Súmula nº 256 do TST. Dessa forma, as mesmas críticas e ponderações doutrinárias, antes expostas, aplicáveis a súmula em comento, precipuamente no sentido de que a caracterização da ilicitude da terceirização está interligada a fraude.

Já o parâmetro para a caracterização da fraude está elencado no inciso III do verbete, preconizando que, diante da inexistência de pessoalidade e subordinação direta, a relação de emprego se forma com a empresa interposta (especializada em serviços de vigilância, conservação e limpeza e serviços ligados a atividade-meio do tomador), e não com o tomador.

Além disso, a partir da análise do inciso III da Súmula nº 331 do TST, pode-se dizer que os serviços ligados à atividade-meio da empresa poderão ser terceirizados.

Denota-se, assim, que o Tribunal Superior do Trabalho flexibilizou a

possibilidade de se contratar empresas prestadoras de serviços, prevendo a possibilidade de contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio das empresas, assim como menciona a possibilidade de ser reconhecido o vínculo de emprego no caso de existir subordinação e pessoalidade do trabalhador para com a empresa tomadora dos serviços.

Conseqüentemente, merece-se distinguir a atividade-fim e a atividade-meio. A primeira pode ser compreendida como aquela que se confunde com os fins da empresa contratante, ou seja, atividades que englobam o objeto societário de uma empresa (atividade principal). Já a atividade-meio é aquela que não se confunde com os fins da empresa ou, em outras palavras, não engloba o objeto social da empresa.

Ou nas palavras de Cláudio Dias de Castro¹³:

A doutrina formulada em compasso com a orientação consagrada no TST procura elucidar o assunto diferenciando atividades-fim a atividades meio segundo a essencialidade ou não dos serviços da empresa tomadora dos serviços especializados. Em simples palavras, as atividades que integram o objeto social de uma empresa indicam a sua atividade-fim, enquanto que as atividades que não integram o objeto social são consideradas atividades-meio.

A partir desta diferenciação, a jurisprudência e a doutrina classificam a terceirização como sendo lícita e ilícita. A primeira diz respeito à terceirização que se dá nas atividades-meio, o que acarreta a responsabilidade subsidiária do tomador pelos créditos eventualmente não adimplidos pelo fornecedor do serviços. A segunda está presente nas atividades-fim, o que gera a nulidade do vínculo jurídico que estabelecido entre o trabalhador e o fornecedor de seus serviços, consoante artigo 9º da CLT, tendo por conseqüência o surgimento do vínculo empregatício diretamente entre o trabalhador e o tomador de seus serviços, desde que haja na relação fática existente a existência dos requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

Diante disso, importante mencionar as ponderações formuladas por José Augusto Rodrigues Pinto¹⁴:

¹³ CASTRO, Cláudio Dias de. Terceirização- Atividade-Meio e Atividade-Fim. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, nº 225, setembro de 2002, p. 40.

¹⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007. p.155.

Uma terceirização legítima estaria limitada, de um lado, pela flexibilização do Direito material do Trabalho, outro tema atualmente em grande moda, e, de outro lado, pela fraude à lei trabalhista. A terceirização de identifica fortemente com um Direito Individual do Trabalho menos preso à rigidez da norma estatal e mais entregue à construção das fontes profissionais ou da fonte primária, que é a vontade individual dos atores da relação de emprego (...). De outro lado dessa área de plasticidade estará a fraude, relativamente presumível sempre que a terceirização objetivar a atividade-fim da empresa tomadora, que se descaracteriza como empresa mesma, por dissolução de seu elemento humano pela ausência de pessoal subordinado.

Por sua vez, depreende-se do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, que mesmo nos casos de terceirização lícita, o tomador de serviços não está isento de responsabilidade, pois o entendimento da Corte Súpera é de que, diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, há responsabilidade subsidiária entre a empresa tomadora de serviços no tocante as obrigações trabalhistas, inclusive sendo imputada tal responsabilidade aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista.

Na verdade, a alteração foi no sentido de constar, expressamente, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas não pagas pelo prestador de serviços.

Tanto as empresas privadas como a Administração Pública serão responsabilizadas pelo pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados das empresas de prestação de serviços, na hipótese dessas empresas não honrarem com tais direitos. Assim, o trabalhador lesado cobrará de seu empregador (empresa prestadora), caso esta não pague ou não tenha condições de pagar, quem pagará será a empresa tomadora dos serviços.

No entanto, a doutrina apresenta crítica a este entendimento a partir do momento em que a Constituição Federal proclama em seu artigo 5º, inciso II, que: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”, razão pela qual pode-se inquirir: qual o fundamento jurídico para a responsabilidade do tomador de serviços em face de eventuais créditos do empregado inadimplidos pelo fornecedor dos serviços?

E mais, a doutrina e a jurisprudência aduzem que tal responsabilidade está fundada na concepção civilista, contida no código civil de 1916, que preconizava a responsabilidade civil pela culpa na escolha ou na vigia, denominadas culpa *in*

eligendo e *in vigilando*, respectivamente, de modo que a responsabilidade da empresa contratante não dava-se de forma direta, mas somente na circunstância de haver uma decisão judicial, transitada em julgado, que declarasse o a ocorrência de culpa, isto é, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa empregadora.

Referentemente à culpa *in eligendo* e *in vigilando*, decidiu o TRT da 4ª Região:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Configurada a terceirização irregular de serviços, a empresa tomadora do trabalho prestado pelo reclamante é subsidiariamente responsável pelo pagamento do débito trabalhista, por sua culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Adoção do entendimento expresso na Súmula nº 331, item IV, do TST.¹⁵

Desse modo, tem-se a culpa *in eligendo* quando a situação fática induza o descuido com a boa escolha do prestador, e a culpa *in vigilando* com a fiscalização da execução do contrato em todos os seus aspectos.

Também não se deve desprezar a corrente doutrinária que entende pela responsabilidade em decorrência do risco (risco-proveito), ou seja, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, isto é, quem tem proveito deve correr o risco, bem como em virtude do risco-criado, ou seja, sempre que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para outro, deve responder por suas conseqüências danosas.

Quanto à responsabilidade objetiva, decidiu recentemente o Tribunal Regional Gaúcho:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Considerando que, independentemente da licitude, ou não, da relação, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços repousa no risco empresarial objetivo pela terceirização, não é possível afastar a observância do contido no inciso IV da Súmula nº 331 do Egrégio TST. Referida regra deve ser interpretada em consonância com os artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, assim como com o princípio da proteção do valor social do trabalho expresso no artigo 1º da Carta Magna. Negado provimento. (...)¹⁶

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 01255-2008-022-04-00-0. Recorrente: Marcelo Rosa de Souza e outros. Recorrido: Secure S/S Ltda.. Relator: João A.B Antunes de Miranda. Porto Alegre, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consultaProcessual>>. Acesso em 12 nov. 2009.

¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 01178-2006-026-04-00-2. Recorrente: Hospital Conceição S.A e outros. Recorrido: Multipla Terceirização Ltda. Relator :Rosane Serafini Casa Nova. Porto Alegre, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consultaProcessual>>. Acesso em 12 nov. 2009.

Como visto, não há previsão legal específica para a responsabilidade subsidiária. Tal previsão é visível na instituto civil da fiança, quando prevê a responsabilidade subsidiária do fiador, chamado de benefício de ordem. Do mesmo modo, artigo 596 do Código de Processo Civil preconiza a responsabilidade subsidiária do sócio em relação à sociedade. Ressalta-se, ainda, que a subsidiariedade se caracteriza por ser uma responsabilidade supletiva, de forma que é executada inicialmente a real empregadora.

Por conseguinte, cabe averiguar a terceirização no âmbito da Administração Pública. Note-se que o inciso II da Súmula nº 331 do TST preconiza que, tratando-se de Administração Pública (direta, indireta ou fundacional- artigo 37, II, CF/88), o vínculo de emprego não forma-se com a tomadora de serviços, ainda que haja a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta.

A *contrario sensu*, o entendimento predominante era oposto ao acima descrito, eis que havia a formação de vínculo com a Administração Pública nos casos de terceirização fraudulenta. Tal posicionamento estava previsto na Súmula nº 214 do TFR, que rezava: “A prestação de serviços em caráter continuado, em atividade de natureza permanente, com subordinação, observância de horário e normas de repartição, mesmo em grupo tarefa, configura relação empregatícia”.

A posição atual do TST está embasada no artigo 37, II, da CF/88, no sentido de que para se formar o vínculo de emprego com a Administração Pública seria imprescindível a aprovação em concurso público.

Destarte, Rodrigo Coimbra Santos¹⁷ salienta que:

Ocorre que a CF 1988 dispôs que a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Cabe lembrar que o requisito do concurso público é exigido não só para cargo, mas também para emprego público, ou seja, servidor público contratado pelo regime da CLT, tanto na administração pública direta, como indireta e fundacional, que inclui as fundações, as autarquias, as empresas públicas que explorem atividades econômicas e as sociedades de economia mista, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁷ SANTOS, Rodrigo Coimbra. Relações Terceirizadas de Trabalho, inclusive ente público em relação ao período anterior à vigência da CF/88. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, nº 274, outubro de 2006, p. 96.

A crítica doutrinária que se apresenta neste particular é de que é inadmissível que o erro de contratação por parte de Administração Pública, por ausência de concurso, venha a prejudicar o trabalhador, pois este já prestou os serviços e inexistente possibilidade de recuperar a sua força de trabalho.

Já nas hipóteses de terceirização lícita, como visto, o não adimplemento das obrigações trabalhistas enseja a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços no tocante 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. Esta previsão que acabou por incluir a responsabilidade da Administração Pública, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa interposta, foi trazida pela Resolução 96/2000, DJ 18.09.2000, do pleno do Tribunal Superior do Trabalho, que alterou o inciso IV da Súmula nº 331 do TST.

Por fim, além das Súmulas em comento, também é importante ressaltar o Enunciado nº 10 (Terceirização. Limites. Responsabilidade solidária) e Enunciado nº 11 (Terceirização. Serviços Públicos. Responsabilidade Solidária), da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, realizada em novembro de 2007, pela ANAMATRA, em Brasília-DF, dispondo: “A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas”, ou seja, se inclinam pela responsabilidade solidária entre a prestadora e o tomador dos serviços quanto às obrigações trabalhistas, ao contrário do entendimento cristalizado pelo TST, na Súmula nº 331, antes referida.

2.4 Das Atuais Pretensões Legislativas acerca da Terceirização

Hodiernamente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.621 de 2007, de autoria do Deputado Vicentinho (PT/SP), que dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor

privado e nas sociedades de economia mista (artigo 1º).

Destaca-se que o artigo 2º, incisos I, II e III, apresenta os conceitos de terceirização, tomadora e prestadora de serviços, nestes termos:

- I- terceirização é a transferência de execução de serviços de uma pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista para outra pessoa jurídica de direito privado;
- II- tomadora é a pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista que contrata serviços de outra pessoa jurídica prestadora;
- III- prestadora é a pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade especializada e que, assumindo o risco da atividade econômica, contrata, assalaria e comanda a prestação de serviços para uma tomadora.

Tal Projeto de Lei proíbe expressamente a terceirização da atividade-fim da empresa, e define atividade-fim como o conjunto de operações, diretas e indiretas que guardam estreita relação com a finalidade central em torno da qual a empresa foi constituída, está estruturada e se organiza em termos de processo de trabalho e núcleo de negócios (art. 3º).

Também dispõe que a empresa que deseja terceirizar deverá comunicar o sindicato da categoria profissional, com um prazo mínimo de 6 (seis) meses, sobre os projetos de terceirização, e, ainda, elenca um rol de informações que a empresa deverá disponibilizar ao sindicato, como os motivos da terceirização, os serviços que pretende terceirizar, etc. (art. 4º).

Nos artigos 5º e 6º, o Projeto especifica detalhes do contrato de prestação de serviços entre prestadora e tomadora, o qual deverá conter a especificação dos serviços e prazo de duração, bem como arrola uma gama de documentos que a tomadora deverá exigir da prestadora, como, por exemplo, registro da prestadora na Junta Comercial, inscrição da prestadora no CNPJ, comprovação pela prestadora de regularidade do FGTS, certidão negativa de infrações trabalhistas pela prestadora expedida pelos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego, entre outros.

Preconiza, ainda, em seus artigos 7º e 8º, que dependendo da natureza dos serviços contratados a sua prestação poderá se desenvolver nas instalações físicas da tomadora ou em outro local, desde que sejam respeitadas algumas hipóteses, dentre as quais, destaca-se a proibição de distinção do salário, jornadas, benefícios, condições de saúde e segurança entre empregados da tomadora e os empregados da prestadora, assim como veda a contratação de prestadoras constituídas com a finalidade de fornecer mão-de-obra, exceto os casos de trabalho temporário,

serviços de vigilância e asseio e conservação.

O Projeto também prevê a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços, independentemente de culpa, pelas obrigações trabalhistas, previdenciárias e quaisquer outras decorrentes do contrato de prestação de serviços, inclusive nos casos de falência da prestadora, sendo que a tomadora deverá assegurar de forma imediata o pagamento de salários, 13º salário, férias com 1/3 e recolhimento do FGTS, sempre que a prestadora deixar de cumprir referidas obrigações com seus trabalhadores (artigo 9º).

Está previsto, no artigo 10, o reconhecimento de vínculo empregatício entre a tomadora e os empregados da prestadora sempre que presentes os requisitos previstos no artigo 3º da CLT, exceto para os casos que exigem concurso público para a sua admissão.

Além disso, reza que será assegurado ao sindicato das categorias profissionais representarem os empregados administrativa e judicialmente (como substitutos processuais), objetivando o cumprimento das disposições da lei em comento, e, ainda, traz a previsão de se constituírem comissões formadas por representantes de empresas prestadoras contratadas e sindicatos de trabalhadores para acompanharem os contratos de prestação de serviços (artigos 11 e 12).

Por seu turno, o artigo 13 prevê, inclusive, a cominação de multas pelo descumprimento das disposições constantes no Projeto, para os tomadores e prestadores de serviços, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato de terceirização em favor do prejudicado, sendo que nos casos de reincidência o percentual é majorado para 15% (quinze por cento).

Por derradeiro, o artigo 14 aduz que os contratos de prestação de serviços em vigor na data da vigência da Lei, terão 90 (noventa) dias, a contar de sua publicação, para se adequar às exigências nela contidas, ressalvado o disposto no artigo 4º (prazo de 6 meses para comunicar o sindicato da categoria).

Outrossim, insta ressaltar o Projeto de Lei nº 4.302-C, de 1998- substitutivo aprovado pelo Senado Federal, ao Projeto de Lei nº 4.302-B/98. Referido projeto, altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, aprovado na Comissão de Trabalho de Administração e Serviço Público – CTASP, da Câmara dos Deputados em 15/10/2008, com modificações.

O propósito do Projeto em referência consiste em alterar dispositivos da Lei nº 6.019, de 1974, que trata da modalidade de trabalho temporário e incluir em seu bojo disposições acerca das relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Assim, passariam a ser regidos pela mesma Lei, as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante.

Por fim, cabe mencionar o Anteprojeto de Lei encaminhado pelo Ministério do Trabalho e Emprego à Advocacia Geral da União, no início de 2010, dispondo sobre os contratos de serviços terceirizados e as relações de trabalho deles decorrentes celebrados por pessoas de natureza jurídica de direito privado.

Dentre as propostas constantes no Anteprojeto, destacam-se: a vinculação da utilização da terceirização à prévia ciência e negociação com o sindicato dos trabalhadores; a previsão de responsabilidade solidária do contratante dos serviços especializados; e a aplicação de cláusulas coletivas da categoria do contratante e da contratada.

Com efeito, para contratar empresas especializadas ou terceirizar, a organização empresarial terá que, 120 dias antes, comunicar o sindicato que representa a categoria profissional preponderante o que vai terceirizar, os motivos, custos e locais dos serviços (artigo 3º).

Por sua vez, o artigo 5º elenca uma série de documentos comprobatórios da regularidade da empresa prestadora de serviços, dentre outros que poderão ser exigidos pela tomadora de serviços, tais como: registro como pessoa jurídica, na forma da lei; inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ do Ministério da Fazenda; alvará de localização e funcionamento; comprovante de entrega da última Relação Anual de Informações Sociais – RAIS devida.

O Anteprojeto também prevê responsabilidade solidária da empresa tomadora dos serviços, independentemente de culpa, pelas obrigações trabalhistas, previdenciárias e quaisquer outras decorrentes do contrato, inclusive no caso de falência da empresa prestadora de serviços, referente ao período do contrato, assim como a tomadora responderá também por danos causados aos terceirizados por acidente de trabalho, conforme preconizam os artigos 6º e 7º.

Outra regra proposta garante ao trabalhador terceirizado os mesmos direitos da convenção ou do acordo coletivo de trabalho da categoria predominante na empresa tomadora de serviço, se esse acordo ou convenção lhe for mais favorável

do que o conquistado por sua categoria. Outrossim, caso a convenção ou acordo coletivo preveja remuneração superior para os empregados diretos da empresa, esta deverá complementar com abono o salário do terceirizado, em consonância com o artigo 9º, caput, e parágrafo único.

Sobre o referido Anteprojeto, José Alberto Couto Maciel¹⁸ entende que:

Estabelece o Ministério a limitação dos serviços terceirizados somente para atividades-meio, devendo os trabalhadores terceirizados receber os mesmos direitos constantes das convenções coletivas das empresas tomadoras de serviços, sendo a solidariedade uma característica definitiva, afirmando ainda o citado Projeto que, quem trabalha no mesmo ambiente, não importa se definitivo ou temporário, terá de ter os mesmos direitos. Este Anteprojeto, que foi enviado à Advocacia Geral da União, ao meu ver, termina com a terceirização no país.

Assim sendo, se verifica que a terceirização está sendo objeto de produção legislativa, contudo, atualmente a jurisprudência tenta suprir uma lacuna importante da legislação que está atrasada ante os fatos sociais.

¹⁸ MACIEL, José Alberto Couto. Terceirização. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, nº 314, fevereiro de 2010, p. 12.

3 TERCEIRIZAÇÃO: CONCEITO, CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS JURÍDICOS.

3.1 Conceito de Terceirização

O conceito de terceirização é apresentado pela doutrina precipuamente sob as ópticas administrativa e jurídica. Para a administração de empresas, a terceirização pode ser definida, nas palavras de Rubens Ferreira de Castro¹⁹, como:

Moderna técnica de administração de empresas que visa o fenômeno da competitividade empresarial através de distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas nessa atividade, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal.

No tocante ao enfoque jurídico, Maurício Godinho Delgado²⁰ conceitua a terceirização como:

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

O conceito supra bem explica o fenômeno da terceirização, apresentando a relação triangular, diversa daquela que se apresenta entre empregado-empregador.

Nesse sentido, consiste a terceirização numa delegação de poder

¹⁹ CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 75.

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit. p. 405.

empregatício a um terceiro que, especializando-se na atividade que o tomador pretende não exercitar diretamente, presta-lhe o serviço mediante a contratação de mão-de-obra própria. Assim, por meio da terceirização obtém o tomador dos serviços a possibilidade de delegar a um terceiro a condição de empregador que normalmente deteria, já que pela regra geral em direito do trabalho (dualidade ou bilateralidade da relação de emprego), todo ente que pretender obter energia de trabalho deve efetuar um pacto laboral nos moldes dos artigos 2º e 3º da CLT, sendo qualquer outro tipo de vinculação considerada exceção à regra clássica consolidada.

Denota-se, pois, que a terceirização é processo pelo qual a empresa, objetivando maior produtividade, qualidade e redução de custos, contrata um terceiro para a realização de atividades desvinculadas de seu objeto social.

A terceirização se faz presente quando a empresa tomadora dos serviços deixa de executar determinadas atividades que não constituem o seu objeto principal, e contrata outra empresa (prestadora dos serviços) para a execução de tais atividades através de empregados desta última.

Portanto, verifica-se que a terceirização está intimamente atrelada à flexibilização do Direito do Trabalho, na medida em que rompe com a bilateralidade nas relações de trabalho (empresa e trabalhador), surgindo para participar desta relação um terceiro (empresa tomadora, empresa de prestação de serviços e trabalhador).

3.2 A Terceirização Lícita e Ilícita

Como visto, a Súmula nº 256 do TST reputava ilegal toda e qualquer forma de contratação de trabalhadores por empresa interposta, firmando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, ressalvando as hipóteses de trabalho temporário e de vigilância em estabelecimentos financeiros.

Com a revisão desta Súmula, por intermédio da atual Súmula nº 331 do TST, foram ampliadas as hipóteses de terceirização lícita, mantendo-se a do trabalho temporário, assim como dos serviços de vigilância, até então previstas na Súmula nº 256. Foram inseridas outras hipóteses de terceirização lícita, que consistem na conservação e limpeza e a de serviços especializados ligado a atividade-meio do

tomador.

O inciso III, da Súmula 331 do TST, condicionou a validade da fórmula terceirizante, nos casos da vigilância, conservação e limpeza e atividades-meio, à inexistência de personalidade e subordinação direta ao tomador de serviços.

Diante da enumeração das hipóteses em que é válida a terceirização de serviços, verifica-se ser ela ilícita quando envolve a atividade-fim da empresa, sendo que a consequência é o estabelecimento do vínculo diretamente com o tomador dos serviços (Súmula nº 331, inciso I, do TST).

Portanto, relevante destacar a classificação doutrinária acerca da terceirização, qual seja, a terceirização lícita e ilícita. A primeira diz respeito a terceirização que se dá nas atividades-meio, o que acarreta a responsabilidade subsidiária do tomador pelos créditos eventualmente não adimplidos pelo fornecedor dos serviços. A segunda está presente nas atividades-fim, o que gera a nulidade do vínculo jurídico estabelecido entre o trabalhador e o fornecedor de seus serviços, consoante artigo 9º da CLT²¹, tendo por consequência o surgimento do vínculo empregatício diretamente entre o trabalhador e o tomador de seus serviços, desde que haja na relação fática existente a existência dos requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT²².

Diante disso, importante mencionar as ponderações formuladas por José Augusto Rodrigues Pinto²³:

Uma terceirização legítima estaria limitada, de um lado, pela flexibilização do Direito material do Trabalho, outro tema atualmente em grande moda, e, de outro lado, pela fraude à lei trabalhista. A terceirização de identifica fortemente com um Direito Individual do Trabalho menos preso à rigidez da norma estatal e mais entregue à construção das fontes profissionais ou da fonte primária, que é a vontade individual dos atores da relação de emprego (...). De outro lado dessa área de plasticidade estará a fraude, presumível sempre que a terceirização objetivar a atividade-fim da empresa tomadora, que se descaracteriza como empresa mesma, por dissolução de seu elemento humano pela ausência de pessoal subordinado.

Consequentemente, outra distinção merece ser feita, entre o que é atividade-

²¹ 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.

²² Art 2º. Considera-se empregador a empresa, individual e coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (...).

Artº 3. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (...)

²³ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. cit. p.155.

fim e o que é a atividade-meio. A primeira pode ser compreendida como aquela que se confunde com os fins da empresa contratante, ou seja, atividades que englobam o objeto societário de uma empresa (atividade principal/central), incluindo a produção de bens ou serviços, a comercialização, entre outros.

Já a atividade-meio é aquela que não se confunde com os fins da empresa, isto é, não engloba o objeto social da empresa. Também é conhecida como atividade não-essencial da empresa, secundária, diversa de seu objeto social, atividade de apoio ou complementar. Exemplos clássicos da terceirização na atividade-meio são os serviços de limpeza, os de vigilância, de alimentação de funcionários, entre outros.

Outrossim, se depreende que se os serviços dizem respeito à atividade-fim da empresa, não haverá especialização, e sim delegação de prestação de serviços da própria atividade principal da empresa.

Nas palavras de Cláudio Dias de Castro²⁴:

A doutrina formulada em compasso com a orientação consagrada no TST procura elucidar o assunto diferenciando atividades-fim a atividades meio segundo a essencialidade ou não dos serviços da empresa tomadora dos serviços especializados. Em simples palavras, as atividades que integram o objeto social de uma empresa indicam a sua atividade-fim, enquanto que as atividades que não integram o objeto social são consideradas atividades-meio.

Alguns doutrinadores, inclusive, consideram que, para a compreensão desta diferença entre atividade-meio e atividade-fim, pode-se usar, analogicamente, a regra constante no parágrafo 2º, do artigo 581 da CLT, que reza: “entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional”.

O problema reside no fato de que na prática é difícil fazer a distinção entre atividade fim e atividade meio, até pela própria circunstância de que o exercício da atividade econômica abarca inúmeras atividades ditas acessórias, que podem se confundir com a atividade principal.

Por este norte, José Alberto Couto Maciel²⁵ explica que:

²⁴ CASTRO, Cláudio Dias de. Op. cit. p. 40.

²⁵ MACIEL, José Alberto Couto. Op. cit. p. 13.

Como visto, não há nenhuma lei no país que faça a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, ou que proíba a terceirização em determinada atividade. Ao contrário, os dispositivos contratuais, ordenados em nossa Constituição e no Código Civil, possibilitam que as empresas contratem de forma lícita para qualquer atividade lícita. Dessa forma, não há como se distinguir sobre a natureza da atividade a ser contratada por uma empresa, se atividade-meio ou atividade-fim, construção de uma Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, de 1993, já em muito ultrapassada, pois atualmente o que se deve apreciar é sobre a especialização da terceirizada e suas condições de idoneidade.

Nessa senda, dada a dificuldade de se limitar a terceirização de serviços no contexto de uma atividade econômica e, conseqüentemente, o enquadramento de uma atividade como sendo de meio ou fim, tem-se que o intérprete da norma terá um amplo poder para classificar uma atividade como sendo lícita ou ilícita, o que pode, aliás, acabar gerando injustiças, porquanto pode se ter uma terceirização de atividade meio como ilícita ou fraudulenta e vice-versa, ou seja, uma terceirização de atividade-fim como lícita.

Como bem adverte Vantuil Abdala²⁶:

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 de aproximam uma de outra. Quando tal ocorrer e a matéria for levada a juízo ficará ao prudente arbítrio do juiz defini-la. E fa-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.

Considerando os aspectos acima, deve-se ponderar que a terceirização trata-se de negócio jurídico e conquanto sejam atendidos os requisitos de validade do contrato celebrado, será válida, o que pode ser feito através de uma interpretação sistemática dos artigos 5º, XXXVI²⁷, da Constituição Federal, que preconiza a garantia do ato jurídico perfeito, artigo 170, parágrafo único da Carta Magna²⁸ e artigo 594 do Código Civil²⁹.

Analisando acerca da legitimidade da terceirização, Vantuil Abdala³⁰ entende

²⁶ ABDALA, Vantuil. Terceirização: atividade-fim e atividade meio-responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. **Revista Ltr.**. São Paulo, nº 5, maio de 1996. p. 588.

²⁷ 5º, XXXVI, CF/88. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

²⁸ Art. 170, § único, CF/88. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁹ Art. 594, CC. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

³⁰ ABDALA, Vantuil. Op. cit. p. 589.

que:

Não é sempre e em qualquer circunstância que se tem como legítimo o contrato de prestação de serviços para serem desenvolvidos no âmbito da tomadora e sob as vistas dessa. Foi para coibir a terceirização generalizada e fraudulenta é que em primeiro lugar se referiu a produtos especializados (...). Não é uma empresa simplesmente de locação de mão-de-obra, mas sim efetivamente uma empresa especializada na execução de determinado serviço.

Ressalta-se, por oportuno, que a terceirização é vista como uma espécie de ato jurídico, pelo que gera direitos e obrigações entre os contratantes e, especialmente, responsabilidade aos tomadores de serviço, conforme se verá adiante.

Na terceirização lícita ter-se-á uma relação jurídica, via de regra, de natureza trabalhista, entre o trabalhador e a empresa contratante (fornecedora de serviços), e uma outra relação, de natureza civil, que se estabelece entre a empresa que fornece os serviços e aquela que contrata (tomadora dos serviços).

Assim, na relação estabelecida entre o trabalhador e a empresa fornecedora de seus serviços aplicar-se-á as normas trabalhistas, de modo que esta empresa se responsabiliza pelas obrigações decorrentes deste contrato de emprego. Já entre o tomador de serviços e o trabalhador, não há uma relação de contrato de emprego direta, e sim uma intermediação pela empresa fornecedora de serviços, relação esta da qual eventualmente poderá a tomadora ser considerada responsável de forma subsidiária.

Quanto à responsabilidade do tomador de serviços, para com o trabalhador, nos contratos típicos de terceirização, inexistente previsão legal no direito pátrio, mas construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, vigendo, hodiernamente, a Súmula 331, inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho, que será objeto de análise no item que segue.

3.3 A Responsabilidade da Empresa Tomadora de Serviços

Como mencionado, inexistente previsão legal específica que regulamente a terceirização. O Tribunal Superior do Trabalho consubstanciou seu entendimento na

Súmula 331, que assim dispõe:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

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

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

O entendimento sumulado permite a terceirização de serviços especializados, consistentes na atividade-meio, exercidos de forma autônoma, ou seja, inexistindo os requisitos de pessoalidade e subordinação. Constata-se, ainda, que a Súmula 331 do TST refere-se aos contratos que têm por objeto a prestação de serviços, envolvendo empresa tomadora e prestadora.

E, inclusive, há de se ressaltar que uma parcela da doutrina admite a terceirização da atividade-fim da empresa, como expressa Sérgio Pinto Martins³¹:

Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva restringir-se à atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no artigo 170 da Constituição. A indústria automobilística é exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrentes, em certos casos, das novas técnicas de produção e até de tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode hoje ser acessória. Na construção civil, são terceirizadas atividades essenciais da empresa construtora, que dizem respeito a sua atividade-fim. As costureiras que prestam serviços em sua própria residência para as empresas de confecção, de maneira autônoma, não são consideradas empregadas a menos que exista o requisito subordinação, podendo ai ser consideradas empregadas em domicílio (art. 6º da CLT), o que também mostra a possibilidade da terceirização de atividade-fim. O art. 25 da Lei nº 8.987/95 permite a terceirização de atividade-fim na concessão telefônica.

³¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2010. p.213.

No tocante à responsabilidade, denota-se da Súmula supra transcrita, em especial, do inciso IV, que o entendimento da Corte Súpera é de que, diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, há responsabilidade subsidiária entre a empresa tomadora de serviços no tocante as obrigações trabalhistas, inclusive sendo imputada tal responsabilidade aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, o que foi acrescentado pela Resolução do TST nº 96, de 18.09.2000.

Segundo o Tribunal Superior do Trabalho, nas hipóteses em que se admite a terceirização, o tomador dos serviços terceirizados responderá subsidiariamente pelas verbas trabalhistas devidas pelo prestador de serviços, na condição de devedor principal.

Cumprir advertir, contudo, que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, constante no item IV, da Súmula 331 do TST, apenas é aplicável nas hipóteses de contratações de trabalhadores, por pessoa interposta, ocorridas após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Os casos de contratação de trabalhadores, por interposta pessoa, que se deram antes da vigência da Constituição de 1988, o entendimento que predomina no Tribunal Superior do Trabalho é aquele previsto na Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1, *in verbis*:

Vínculo empregatício com a Administração Pública. Período anterior a CF/88. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previsto nas Leis n. 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior a vigência da CF/88. (Res. TST 129/05, DJ, 20.04.05).

Note-se que esta Orientação Jurisprudencial não refere à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, mas, em contrapartida, prevê uma hipótese bem rígida de considerar ilícitas as contratações de trabalhadores, por interposta pessoa, ressalvando os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, antes da vigência da Constituição Federal de 1988, em que irá resultar, nestes casos, a formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, incluindo o ente público

No entanto, no que diz respeito à responsabilidade subsidiária, a doutrina apresenta crítica a este entendimento a partir do momento em que a Constituição Federal proclama em seu artigo 5º, inciso II, que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, razão pela qual pode-se inquirir: qual o fundamento jurídico para a responsabilidade do tomador de serviços em face de eventuais créditos do empregado inadimplidos pelo fornecedor dos serviços?

Para compreensão desta orientação do Tribunal Superior do Trabalho, passe-se a expor os pressupostos basilares para a responsabilização subsidiária do tomador de serviços.

3.3.1 Pressupostos da responsabilidade subsidiária

O primeiro pressuposto da responsabilidade subsidiária é a licitude da terceirização, vez que tal responsabilidade da empresa tomadora dos serviços ocorrerá somente no caso de terceirização lícita. Já nos casos de terceirização ilícita, a relação de emprego forma-se diretamente entre o trabalhador e a empresa tomadora dos serviços, sendo que a empresa prestadora de serviços irá responder de forma solidária.

Portanto, pode-se concluir que, de acordo com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, as hipóteses de terceirização lícita são: a) trabalho temporário; b) serviços de vigilância, transportes de valores e segurança; c) serviços de conservação e limpeza; d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador; e) serviços públicos; f) cooperativas de trabalho.

Exceto a hipótese de trabalho temporário, que tem sua atividade-fim no fornecimento de mão-de-obra, de forma temporária, as demais situações de terceirização para serem consideradas lícitas, devem constituir-se de serviços especializados ligados à atividade-meio da empresa tomadora de serviços, além de inexistir pessoalidade e subordinação referentemente ao tomador de serviços.

Assim, nos casos em que a terceirização é lícita, não haverá a formação do liame empregatício diretamente com o tomador, tampouco haverá a responsabilidade solidária da empresa prestadora de serviços.

No entanto, em virtude de frequentes situações inexitosas na execução dos créditos trabalhistas junto às empresas prestadoras de serviços, e para amparar o empregado em relação à satisfação de seus créditos, o entendimento preconizado na Súmula 331 do TST, é de que o tomador de serviços, uma vez que se beneficiou do trabalho humano, deverá garantir o adimplemento do débito trabalhista, de forma subsidiária, mesmo que a terceirização seja lícita.

O segundo pressuposto da responsabilização subsidiária é o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte de prestador de serviços, isso porque a obrigação originária pelo pagamento dos débitos trabalhistas é do empregador.

De se ressaltar que referido inadimplemento não é a simples ausência de pagamento e a simples não realização da prestação devida, pois essa não realização da prestação devida deve corresponder à violação de uma norma, que era direcionada ao devedor (dever de prestar) ou ao credor (dever de receber).

Sem dúvida, a responsabilização subsidiária constitui-se em uma garantia do adimplemento das obrigações trabalhistas, pois o tomador de serviços, que se beneficiou da prestação laboral, funciona como um garante da obrigação, sendo responsabilizado de forma subsidiária, e executado nos casos em que constatada a inexistência ou insuficiência de bens da empresa prestadora para a satisfação dos créditos trabalhistas.

Verifica-se, pois, que este pressuposto está embasado na hipossuficiência do trabalhador, com o escopo de nivelar as desigualdades econômicas existentes entre trabalhadores e empregadores.

Por seu turno, o terceiro pressuposto da responsabilidade subsidiária é a participação da tomadora no processo trabalhista, o que significa dizer que é preciso que o tomador de serviços haja participado da relação processual bem como conste do título executivo.

Nesse sentido, o trabalhador só poderá cobrar seus direitos do tomador de serviços, que está na condição de devedor subsidiário, se este participou do processo e consta na decisão judicial que deferiu ao trabalhador eventuais direitos trabalhistas.

Este pressuposto é decorrência lógica das próprias regras processuais basilares, porquanto no processo judicial quem não foi incluído no pólo passivo da ação, assim como não participou da fase de cognição, não pode se valer do direito a ampla defesa, que é constitucionalmente assegurado e, por via de consequência,

não poderá constar na decisão e tampouco ser cobrado na execução de sentença, em virtude dos efeitos da coisa julgada.

3.3.2 Configuração jurídica da responsabilidade subsidiária

A doutrina e jurisprudência juslaborais não convergem no tocante às configurações jurídicas da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços nos casos de terceirização lícita de trabalho.

A primeira corrente doutrinária e jurisprudencial aduz que tal responsabilidade está fundada na concepção civilista, contida no código civil de 1916, que preconizava a responsabilidade civil pela culpa na escolha ou na vigia, denominadas culpa *in eligendo* e *in vigilando*, respectivamente, de modo que a responsabilidade da empresa contratante não se dava de forma direta, mas somente na circunstância de haver uma decisão judicial, transitada em julgado, que declarasse o a ocorrência de culpa, isto é, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa empregadora.

Tem-se, dessa forma, que a responsabilidade atribuída ao tomador de serviços tem como fundamento a culpa aquiliana, por fato de terceiro, embasando-se nas culpas presumidas, acima mencionadas.

Isso porque, na terceirização de serviços, onde se estabelece relação trilateral, com contrato entre a empresa tomadora dos serviços -cliente- e a empresa prestadora dos serviços – terceira- e entre esta e o empregado, a responsabilidade do tomador de serviços, em consonância com a Súmula nº 331 do TST, decorre de atos de terceiros.

Desse modo, tem-se a culpa *in eligendo* quando a situação fática induza o descuido com a boa escolha do prestador, e a culpa *in vigilando* com a fiscalização da execução do contrato em todos os seus aspectos.

Assim sendo, Otavio Amaral Calvet³² ressalta que:

Como no nosso direito a regra geral de responsabilidade civil requer a culpa do agente, entendemos possível visualizar-se na hipótese em análise a culpa *in eligendo* e *in vigilando* do tomador dos serviços. A primeira ao

³² CALVET, Otavio Amaral. **Responsabilidade subsidiária na terceirização**. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=12>>. Acesso em: 01.jul. 2010.

eleger o tomador pessoa inidônea, que não cumpre seu dever jurídico originário; a segunda, quando mesmo tendo efetuado boa eleição, não acompanha o desenrolar da prestação de serviços, onde a empresa de terceirização igualmente não cumpre com suas obrigações de empregador. Em ambos os casos, a empresa de terceirização causa dano aos empregados. Mas há que se reconhecer que esse dano foi originado, a bem da verdade, por aquele que pretendeu delegar sua posição inicial de empregador: o tomador dos serviços.

Com efeito, nos contratos de prestação de serviços, a responsabilidade pelo pagamento dos débitos trabalhistas é da empresa prestadora de serviços, que contrata diretamente os empregados. Entretanto, o tomador de serviços responde de forma subsidiária, independentemente do vínculo empregatício, na presunção de culpa *in eligendo e in vigilando*. Isto porque, sendo o trabalho feito em benefício do tomador, a ele se impõe o dever de zelar pelo fiel cumprimento das obrigações decorrentes do contrato firmado, sob pena de não o fazendo vir a responder pelos prejuízos causados ao empregado.

A terceirização ilícita, como já exposto, implica estabelecer-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, com responsabilidade direta por todo e qualquer débito trabalhista, assim como o prestador de serviços se mantém responsável de forma solidária com o tomador, conforme prevê o artigo 942 do Código Civil, uma vez que a ofensa a direitos trabalhistas, neste caso, é gerada por mais de um autor, sendo todos solidariamente responsáveis pela sua reparação.

Na terceirização ilícita, o vínculo de emprego só não se estabelece de forma direta com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, a teor do artigo 37, II, da Constituição Federal.

Assim, somente a terceirização lícita gera a responsabilidade subsidiária de que trata a Súmula 331 do TST, e também a ilícita, quando envolvida a Administração Pública, em virtude da vedação constitucional de reconhecimento do vínculo empregatício direto. Em suma, a lógica que esta corrente doutrinária e jurisprudencial utiliza, é de que a responsabilidade do tomador de serviços decorre de ato de terceiro, que contratou empregados e os disponibilizou a seu favor.

E este terceiro, ao deixar de pagar verbas trabalhistas, comete ato ilícito, estando obrigado à reparação. O tomador de serviços, na contratação do terceiro, deve estar atento à sua idoneidade, tanto no ato de contratação, sob pena de se configurar culpa *in eligendo*, quanto na execução do contrato, sob pena de incidir a

culpa *in vigilando*, porquanto que referidas modalidades de culpa são presumidas do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo empregador. Portanto, inadimplindo o empregador obrigações trabalhistas e verificada a sua insolvência, é atribuída ao tomador de serviços a responsabilidade subsidiária por tais obrigações.

A jurisprudência majoritária tem atribuído a responsabilidade ao tomador de serviços, com base na culpa *in eligendo* e *in vigilando*, conforme denota-se dos seguintes arestos:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. Não sendo adimplidos os direitos trabalhistas do empregado pela sua real empregadora, prestadora de serviços, responde subsidiariamente o tomador, por culpa “in eligendo” e/ou “in vigilando”, consoante o disposto na Súmula 331, inc. IV, do TST e a Súmula 11 deste Tribunal. Recurso desprovido.³³

RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A segunda reclamada é parte legítima para o feito, porquanto a ação é a ela direcionada sob o fundamento de que é responsável pelo pagamento das verbas postuladas. A tomadora dos serviços, beneficiada pela mão-de-obra do empregado, responde subsidiariamente pelos créditos não pagos a esse. Apóiam tal entendimento fundamentos de direito civil, sobretudo a teoria da culpa *in vigilando*. Adoção da Súmula 331, item IV do TST. Recurso não provido.³⁴

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DOS SERVIÇOS. SÚMULA 331, IV, DO TST. A responsabilização subsidiária do tomador dos serviços decorre do fato de ter sido beneficiário da força de trabalho do empregado, em face do contrato celebrado com a prestadora, incumbindo àquela o dever de vigiar o cumprimento do contrato, precavendo-se de eventos que lhe acarretem responsabilização. Aplicação do item IV da Súmula 331 do TST. Apelo improvido.³⁵

Ocorre que a confusão estabeleceu-se a partir do momento em que o Colendo Tribunal Superior criou a figura da responsabilidade subsidiária, havendo

³³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 0040700004070061.2008.5.04.0661. Recorrentes: Cristiano Delgado Nunes, IBAMA e Protevale Vigilância e Segurança Ltda. Recorridos: Os mesmos. Relator. Juíza Lucia Ehrenbrink. Porto Alegre, 24 de março de 2010. Disponível em: <www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4;consultas/consultas Processual>. Acesso em 24 jun. 2010.

³⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 0015400-20.2007.5.04.0019. Recorrentes: General Motors do Brasil Ltda e Paulo César Cruz Sebben. Recorridos: Os mesmos. Relator. Des. José Felipe Ledur. Porto Alegre, 27 de agosto de 2009. Disponível em: <www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4;consultas/consultas Processual>. Acesso em 24 jun. 2010.

³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 0088800-46.2008.5.04.0241. Recorrente: Banco Santander (Brasil) S.A. Recorrido: Vigilância Pedrozo Ltda. (Massa Falida).. Relator. Desª. Ana R. P. Zago Sagrilo. Porto Alegre, 10 de junho de 2010. Disponível em: <www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4;consultas/consultas Processual>. Acesso em 24 jun. 2010.

uma miscelânea entre as citadas formas de culpa do Direito Civilista, mas atribuindo responsabilidade da empresa contratante uma vez constatada a inexistência ou insuficiência de recursos da empresa contratada, ou empregadora, seguindo, desse modo, um benefício de ordem, desprovido de previsão legal.

Assim, diversamente da obrigação solidária que está prevista no Código Civil, nos artigos 233 a 285, a obrigação subsidiária não tem previsão no ordenamento jurídico pátrio, ao menos com este nomenclatura.

Na verdade a figura da responsabilidade subsidiária é visível em outras searas jurídicas, como no instituto civil da fiança, quando prevê a responsabilidade subsidiária do fiador, chamado de benefício de ordem. Do mesmo modo, artigo 596 do Código de Processo Civil preconiza a responsabilidade subsidiária do sócio em relação à sociedade. Ressalta-se, ainda, que a subsidiariedade se caracteriza por ser uma responsabilidade supletiva, de forma que é executada inicialmente a primeira reclamada, real empregadora.

Desse modo, a execução da empresa tomadora que na sentença, que transitou em julgado, e que teve a sua responsabilidade subsidiária declarada, só poderá ocorrer após a certidão de inexistência de bens executáveis da fornecedora dos serviços, pois somente a partir deste momento surge a sua responsabilidade.

Nesse sentido, assevera André Wilson Avellar Aquino³⁶:

Em conclusão, tem-se que, em geral, a responsabilidade da empresa tomadora, ou cliente, no que diz respeito aos consectários decorrentes da relação de emprego mantida pela fornecedora com o empregado é subsidiária, conforme entendimento explicitado no item IV do Enunciado 331 do TST. Quanto à responsabilidade solidária, decorre da lei ou da vontade das partes, evidenciando-se na hipótese mencionada no art. 16 da Lei 6.019, de 1974, de falência da empresa de trabalho temporário. No caso de contratação irregular de trabalhadores através de empresa interposta, ou mesmo quando resultar caracterizada a pessoalidade ou a subordinação direta, na hipótese de contratação de serviços específicos ligados à atividade-meio, a vinculação se estabelece diretamente com a tomadora dos serviços, que responde, de forma isolada e irrestrita, pelos encargos correspondentes.

Discordando deste posicionamento José Ribeiro de Campos³⁷ entende

³⁶AQUINO, André Wilson Avellar de. Terceirização- **Responsabilidade solidária x Responsabilidade subsidiária**. Disponível em: <www.trt13.gov.br/revista/6andre.htm>. Acesso em: 16. jul. 2009.

³⁷ CAMPOS, José Ribeiro de. A regulamentação da terceirização e a responsabilidade da empresa contratante pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada. **Revista Ltr**. São Paulo,

que

O inciso IV da Súmula n. 331 determina que no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, implica na responsabilidade do tomador, ou seja, a responsabilidade do tomador passa a ser automática, bastando a ocorrência do inadimplemento. Demonstrado o dano do trabalhador, caracterizado pelo não recebimento de direitos trabalhistas, e o nexo causal, caracterizado pela prestação de serviços para aquele tomador, implicará na obrigação de reparar o dano.

Cumprido registrar, que ainda é possível verificar defensores da tese de que a responsabilidade do tomador de serviços é solidária. Por oportuno, esclareça-se que a responsabilidade solidária no Direito Laboral tem previsão expressa no artigo 2º, § 2º, da CLT, que trata da responsabilidade das empresas que compõem o grupo econômico, bem como o artigo 16 da Lei 6.019/74, que aborda a responsabilidade do tomador de serviços no caso de falência da empresa de trabalho temporário.

Além disso, não se deve olvidar que, conforme preceitua o artigo 265 do Código Civil de 2002, a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Outrossim, há corrente jurisprudencial e doutrinária que entende pela aplicação da teoria do risco, também denominada de responsabilidade objetiva. Por esse sistema, uma vez provados o dano e o nexo causal, surge o dever de reparar, independentemente de culpa. Portanto, quem causou o dano é responsabilizado objetivamente, uma vez que não se baseia na culpa (responsabilidade subjetiva), mas no fato material na causalidade.

A doutrina do risco surgiu em nosso ordenamento jurídico, por intermédio de leis especiais, como a responsabilização objetiva das estradas de ferro, seguido pela decorrente dos acidentes de trabalho, e a própria previsão constante no Código de Defesa do Consumidor, que transfere os riscos do consumidor ao fornecedor nos casos de acidente de consumo.

No entanto, a generalização de tal responsabilidade deu-se com o advento de Código Civil de 2002, que contempla a teoria do risco criado, quando prevê no artigo 927, parágrafo único, que: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

A respeito da responsabilidade subsidiária em foco, o Juiz do Trabalho Emmanuel Teófilo Furtado³⁸ afirma:

Três justificativas levam à responsabilização da empresa tomadora, quando do inadimplemento da empresa prestadora de mão-de-obra, a saber, a culpa in elegendo, a culpa in vigilando e o abuso de poder. Parece, entretanto, que o mais correto é a consideração de uma responsabilidade objetiva, ou seja, constatado o prejuízo para o obreiro, há que responder a empresa tomadora, independente da existência de culpa in vigilando, in elegendo ou abuso de poder. Ocorrido o dano pecuniário, irradia-se a responsabilidade para a tomadora.

Sustenta, essa corrente de pensamento, que esta teoria é plenamente aplicável na fundamentação da responsabilidade existente na terceirização, e, inclusive, é compatível com os princípios bailares do Direito do Trabalho, especialmente o princípio da proteção, sendo permitido que se utilize, de forma complementar, da norma de direito comum, em face da previsão do artigo 8º da CLT.

Nesse sentido, esta corrente entende perfeitamente cabível a utilização do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, para fundamentar legalmente a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços na terceirização.

Compartilha deste entendimento Rodrigo de Lacerda Carelli³⁹:

A responsabilidade objetiva e direta do tomador de serviços é mais lógica do que a responsabilidade “subsidiária” criada pelo Tribunal Superior do Trabalho, porque é a tomadora quem escolhe a empresa que vai contratar, sendo que o trabalhador, por coerção econômica, na maioria das vezes não tem como escolher emprego ou empregador. O trabalhador demanda junto à Justiça do Trabalho, na maior parte, por obrigações alimentares não cumpridas, tendo menos condições de arcar com o prazo alongado para recebimento dessas verbas, que não foram pagas, por um trabalho realizado em benefício da tomadora final do trabalho.

Também nesse sentido, segue jurisprudência:

³⁸ FURTADO, Emmanuel Teófilo. Contemporizando a terceirização. **Revista LTr**, vol. 57, nº 11, novembro de 1993, p.1321.

³⁹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização. **Revista Ltr.** São Paulo, vol. 70, nº 06, junho de 2006. p. 960.

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O entendimento jurisprudencial previsto na Súmula 331 do TST é fundado, não na culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo*, mas no próprio risco assumido pelo 3º reclamado quando terceirizou parte de sua atividade. Logo, a responsabilidade é objetiva e não baseada em culpa. É incontroverso que o reclamante laborou nas dependências do 3º reclamado. Logo, deve o 3º réu ser condenado, de forma subsidiária, ao pagamento das verbas trabalhistas devidas ao reclamante. FGTS. ATUALIZAÇÃO. Considerando que o acessório segue o principal, mantida a decisão sobre o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do Banco Santander, bem como o deferimento das parcelas constantes no *decisum*, mantém-se o deferimento do FGTS de todo o período, com acréscimo de 40%. Os depósitos do FGTS possuem natureza de parcela trabalhista, devendo ser atualizados conforme os parâmetros aplicados aos créditos trabalhistas, adotando-se a OJ nº 302 da SDI-I do TST.⁴⁰

EMENTA: Responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. Fundamento legal. Comprovado o descumprimento das obrigações legais pela empregadora, resulta que o tomador dos serviços torna-se responsável subsidiário pela reparação do dano. Tal responsabilização decorre da teoria do risco, acolhida no art. 927 e seu parágrafo único do Código Civil, inovação jurídica em relação à responsabilidade subjetiva antes adotada no ordenamento jurídico pátrio. Assim, mesmo sendo legal a intermediação dos serviços, o tomador de serviços deve responder por eventuais créditos trabalhistas não satisfeitos. Prevalece a proteção ao trabalho humano, tratado como direito fundamental na Constituição da República.⁴¹

Por fim, instar asseverar que a inserção de cláusula no contrato que vincula o tomador de serviços e a empresa terceira, no sentido de isentar o primeiro de responsabilidade em relação a créditos de empregados desta, não gera qualquer efeito trabalhista, em que as normas são de ordem pública, sendo os direitos trabalhistas irrenunciáveis e insuscetíveis de negociação, salvo se delas nenhum prejuízo resultar para o trabalhador, nos termos do artigo 468 da CLT.

Quando o tomador de serviços for órgão integrante da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional e também as empresas públicas e sociedades de economia mista, estará ele assumindo a responsabilidade subsidiária.

Eis o entendimento jurisprudencial:

⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 0026400-58.2009.5.04.0403. Recorrente: Banco Santander (Brasil) S.A. Recorridos: Alecsandro de Souza e Vigilância Pedrozo Ltda. (Massa Falida).. Relator. Des. Cláudio Antonio Cassou Barbosa. Porto Alegre, 28 de abril de 2010. Disponível em: <www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4;consultas/consultas/Processual>. Acesso em 24 jun. 2010.

⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 0007400-05.2009.5.04.0102. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorridos: Márcio Alves e Vigilância Pedrozo Ltda. (Massa Falida).. Relator. Desª Denise Pacheco Porto Alegre, 13 de maio de 2010. Disponível em: <www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4;consultas/consultas/Processual>. Acesso em 24 jun. 2010.

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DOS SERVIÇOS. Se o ente público contrata com empresa prestadora de serviços economicamente inidônea, causando prejuízos ao trabalhador, deve ser condenado subsidiariamente pelo pagamento do débito trabalhista, por sua culpa⁴²

EMENTA. RECURSO ORDINÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O tomador dos serviços é responsável pelo descumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pela primeira reclamada e não cumpridas, em virtude do contrato pactuado. O tomador de serviços, ainda que integrante da Administração Pública, não encontra amparo na Lei nº 8.666/93 para exonerar-se de qualquer responsabilidade trabalhista. Recurso desprovido.⁴³

Portanto, se o ente público contrata de forma incorreta, pactuando com empresa prestadora de serviços economicamente inidônea, causando prejuízos aos trabalhadores, deve ser responsabilizado subsidiariamente pelo pagamento do débito trabalhista, pois evidentemente não cumpriu com os ditames legais. Assim, causando prejuízos a terceiros, deve ressarcir-los, por força do princípio da responsabilidade objetiva do ente público, em consonância com o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

3.3.3 Efeitos da Responsabilidade Subsidiária

A responsabilização subsidiária tem por principal efeito o fato de o tomador de serviços responder pelo cumprimento das obrigações trabalhistas devidas e inadimplidas pelo prestador de serviços, na hipótese de ter sido constatada a

⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 0144800-04.2007.5.04.0661. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorridos: Edi Souza e Segurança e Transportes de Valores Panambi Ltda.. Relator. Des. João Alfredo B.A. de Miranda. Porto Alegre, 20 de janeiro de 2010. Disponível em: <[www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4;consultas/consultas Processual](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4;consultas/consultas%20Processual)>. Acesso em 24 jun. 2010.

⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 0144800-04.2007.5.04.0661. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Mara de Moraes Salles Serviços Terceirizados Ltda.. Relator. Juiz. Francisco Rossal de Araújo. Porto Alegre, 25 de março de 2010. Disponível em: <[www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4;consultas/consultas Processual](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4;consultas/consultas%20Processual)>. Acesso em 24 jun. 2010.

inexistência ou insuficiência de bens deste para solver a dívida.

Contudo, existem outros efeitos que são relevantes, mas não possuem previsão expressa, porquanto a própria responsabilidade subsidiária advém do entendimento consubstanciado no inciso IV, da Súmula 331 do TST, que se limitou a prever alguns pressupostos, bem como aborda o efeito principal antes referido.

Nessa senda, a jurisprudência trabalhista aborda como sendo três os principais efeitos da responsabilidade subsidiária, quais sejam, benefício de ordem ou de excussão, benefício de exclusão e benefício da sub-rogação.

O primeiro deles, portanto, é o benefício de ordem ou de excussão, que diz respeito ao direito que o fiador tem assegurado de exigir que o credor acione em primeiro lugar o devedor principal.

Este benefício está calcado no artigo 827 do Código Civil, que prevê que o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

O reflexo desse benefício na terceirização de trabalho é de que, em decorrência da responsabilidade subsidiária, o devedor subsidiário irá responder pelos créditos trabalhistas somente depois de esgotados os bens do devedor principal (em virtude de insuficiência ou inexistência de bens).

Nesse sentido, Luiz Marcelo Figueiras de Góis⁴⁴ aduz:

Na verdade, o termo 'subsidiariedade' foi criado pela doutrina. Nosso Código Civil a ele não faz qualquer menção. Apenas se refere ao chamado 'benefício de ordem', presentes nos contratos de fiança, onde o credor deve, em primeiro lugar, buscar a satisfação de seu crédito contra o devedor principal, para, somente depois, poder validamente direcionar sua pretensão contra o fiador (art. 827, Código Civil.)

As lições de Direito Comercial, ao tratar da responsabilidade dos sócios em sociedades simples, também tratam do benefício de ordem, ao qualificarem-na como subsidiária às forças patrimoniais da empresa (art. 1.024).

Portanto, a primeira premissa que se deve ter em mente é de que o estudo da subsidiariedade é, de todo, difuso e assistemático. Ela existirá nos casos em que um devedor necessite ser executado em primeiro lugar para que, na insuficiência de recursos para saldar a dívida, outro possa ser validamente demandado. Em outras palavras, a subsidiariedade pressupõe uma ordem de preferência executória, daí ser denominada pela lei civil como benefício de ordem.

Tendo em vista que essa obrigação advém da sentença, o benefício poderá

⁴⁴ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. **O benefício de ordem e a responsabilidade subsidiária trabalhista**. Disponível em:<www.calvo.pro.br>. Acesso em: 04. jul. 2010.

ser utilizado na hipótese da execução desta sentença não ser direcionada primeiramente contra a empresa prestadora dos serviços, isto é, somente após verificado que o prestador de serviços não cumpriu com as obrigações constantes da condenação é que a tomadora de serviços poderá ser executada.

Por sua vez, o benefício de divisão preconiza que, quando estiver expressamente avençado, cada devedor responde somente pela proporção que lhe couber no pagamento. Nesse sentido, a lei civil disciplina que a fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão. Assim, uma vez convencionado tal benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, proporcionalmente, lhe couber no pagamento.

Na prática, este benefício tem sido concedido em algumas decisões de ações trabalhistas promovidas por empregados de prestadoras de serviços contra mais de uma empresa tomadora, hipóteses em que a responsabilidade das tomadoras dos serviços é limitada ao respectivo período em que o trabalhador lhe prestou labor. É o que também se denomina de responsabilidade fragmentada.

Por fim, tem-se o efeito denominado de benefício de sub-rogação, que diz respeito ao caso em que o devedor subsidiário paga a dívida afiançada, e sub-roga-se nos direitos do credor, ou seja, passa a ser credor do devedor principal, investindo-se nos mesmos direitos que pagou ao trabalhador, o que se denomina de direito de regresso.

Com efeito, o Código Civil, no artigo 831, expressa que o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor, mas só poderá demandar a cada um dos fiadores pela respectiva quota.

Nesse sentido, na hipótese do tomador de serviços quitar os débitos trabalhistas da prestadora de serviços, em virtude de sua responsabilidade subsidiária, poderá ressarcir-se do dano sofrido pela conduta desta.

A seguir, passa-se a analisar as diferenças e semelhanças entre a terceirização e a relação comercial de compra e venda, bem como os posicionamentos das correntes doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis e contrárias a aplicabilidade da Súmula 331, inciso IV, do TST, nestes casos

4 DA TERCEIRIZAÇÃO E DA RELAÇÃO COMERCIAL DE COMPRA E VENDA COM VISTAS À (IN) APLICABILIDADE DA SÚMULA 331, INCISO IV, DO TST

4.1 Da Terceirização e da Relação Comercial de Compra e Venda

Como visto nos capítulos antecedentes, a terceirização consiste no repasse de determinadas atividades especializadas de cunho acessório ou complementar para a empresa que detém como atividade principal ou dita especializada que realizará serviço, de forma autônoma.

Trata-se, pois, de uma decorrência do crescimento da globalização e do avanço tecnológico, em que o meio empresarial tem buscado alternativas para haja aumento de produção e redução de custos, o que a doutrina moderna tem denominado de “otimização da atividade empresarial”, acabando por estimular a contratação de serviços por outras empresas ao invés da prestação por seus próprios empregados.

Nessa linha, repassar atividades secundárias a empresas de serviços especializados configura-se em uma destas alternativas, dentre as quais, destaca-se a terceirização, que é entendida na concepção administrativa como a descentralização das atividades empresariais.

Assim, Fernando Basto Ferraz⁴⁵ acrescenta que “para o tomador de serviços não mais importa a pessoalidade, mas o serviço. Não mais importa dirigir a prestação de serviços, mas sim os resultados”.

De modo que se pode afirmar que o Direito Laboral tem interesse na relação jurídica havida o prestador de serviços e o tomador destes serviços. Destarte, surge a relação triangular no Direito do Trabalho, pois tem-se relação de emprego (contrato de trabalho) entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e entre o tomador e a empresa prestadora tem-se outro contrato, o de prestação de

⁴⁵ FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2006. p. 241.

serviços, de natureza civil.

Em outras palavras, Fernando Ferraz Bastos⁴⁶ explica que:

Com a terceirização da atividade-meio da empresa, forma-se uma relação trilateral em face da contratação da força de trabalho no mercado capitalista: o trabalhador prestador de serviços, que realiza suas atividades junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este trabalhador, formando o contrato de trabalho correspondente a relação de emprego; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor sem assumir a posição de empregadora em relação a tal trabalhador. Esta relação trilateral do trabalho foge, assim, do âmbito da clássica relação bilateral existente entre capital e o trabalho, representados pelo empregador, previstos, respectivamente, nos arts. 2º e 3º da CLT.

Nesse contexto, é possível afirmar que na terceirização há flexibilização do Direito do Trabalho a partir do momento em que não figuram nesta relação tão-somente empregado e empregador. Assim, acerca da terceirização como forma de flexibilização das relações de trabalho, Indalécio Gomes Neto⁴⁷ enfatiza que:

Foge ao tradicional binômio empregado-empregador, na medida em que adota formas mais flexíveis, representadas por um polígono empregado-empregador-cliente, ou seja, é uma forma de contratação triangular, cujos vértices são representados pelo trabalhador e por duas empresas- a tomadora de serviços ou clientes- que pode ser uma pessoa física ou jurídica e a empresa de trabalho temporário ou prestador de serviços, que tem por finalidade colocar serviço especializado à disposição de outras empresas que necessitem.

Entretanto, necessário mencionar que a terceirização não se confunde com a intermediação de mão-de-obra, pois esta se configura quando há contratação de trabalhadores por empresa interposta, o que é vedado pelo ordenamento jurídico e pela própria Organização Internacional do Trabalho. A exceção diz respeito ao trabalho temporário previsto na Lei 6.019/74.

Nesse sentido, leciona Amauri Mascaro Nascimento⁴⁸:

⁴⁶ FERRAZ, Fernando Basto. Op. cit. p. 242.

⁴⁷ GOMES NETO, Indalécio. Terceirização-Relações Triangulares no Direito do Trabalho. **Revista Ltr.** São Paulo, vol. 70, nº 9, setembro de 2006, p. 1032.

⁴⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho.** 33 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 216.

Difere terceirização para produção de intermediação de mão-de-obra. Terceirizam-se as atividades econômicas que são descentralizadas de uma empresa e passam a ser executadas por outras empresas. (...) A intermediação de mão-de-obra é o exercício, por pessoa física ou jurídica, de atividade lucrativa, tendo por objeto a comercialização do trabalho alheio.

Aliás, neste particular, insta ressaltar que o artigo 16 da referida lei reza que, na hipótese de falência de empresa de trabalho temporário, há a responsabilidade solidária da empresa tomadora pelo recolhimento das obrigações previdenciárias, do período em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como pela remuneração.

No entanto, cabe esclarecer que podem ser identificadas duas formas de descentralização do processo produtivo: a primeira diz respeito à terceirização, na medida em que ocorre o repasse de serviços a terceiros, ou seja, há o repasse de atividades secundárias ou também denominadas de atividades-meio, a empresas especializadas, de modo que a empresa tomadora concentre-se em sua atividade principal, dita atividade-fim. Já a segunda refere-se à transferência a terceiros da responsabilidade pela produção de produto, não gerando qualquer vinculação com empregados da empresa contratada, recebendo o contratante o produto acabado, caracterizando uma típica relação comercial de compra e venda, não trazendo consequências para o Direito do Trabalho.

Por isso, referindo-se ao contrato de compra e venda, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁹ bem observam que:

É negócio jurídico de ampla utilização, como já dito, pelo que é invocado em quase todos os tipos de relações contratuais (civis, comerciais, consumeristas e administrativos), salvo as trabalhistas, pois, nesta modalidade, é a força de trabalho (ou seja, em última análise, o próprio trabalhador) que é o objeto da relação jurídica de direito material.

Com efeito, o contrato de compra e venda está regulado nos artigos 481 e seguintes do Novo Código Civil. Pode ser definido como o contrato em que uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra (comprador) o domínio de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento de certo preço em dinheiro.

⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos em espécie**. São Paulo: Saraiva: 2010. v.4. p. 42.

Quanto à definição de compra e venda, Arnaldo Rizzardo⁵⁰ leciona:

constitui a compra e venda o mais importante e comum entre todos os contratos, cuja finalidade primordial está na vinculação de bens. As pessoas que o celebram visam a transferência e a aquisição da propriedade ou de algum dos direitos inerentes a ela. Mais precisamente, dentro do nosso sistema jurídico, o objeto é a obrigação de transferência, não contendo necessariamente efeito real. No sentido literal, uma das partes vende, e a outra compra. Quem se obriga a entregar a coisa, com a intenção de aliená-la, denomina-se vendedor. É comprador aquele que assume o compromisso de pagar o preço, a fim de habilitar-se à aquisição da coisa.

Nesse sentido, proclama o artigo 481 do Código Civil que “pelo contrato de compra e venda um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

Além disso, como regra, de acordo com o artigo 482 do Código Civil, é o contrato consensual e se constitui pelo simples acordo de vontades das partes acerca de coisa e preço, inclusive as condições atinentes a cada uma destas prestações. A exceção diz respeito a bem imóvel com valor superior a 30 salários mínimos, em que a validade do negócio fica adstrita a existência de escritura pública, em consonância com o artigo 108 do Código Civil.

Este contrato tem como características basilares:

a) bilateralidade ou sinalagmático, uma vez que gera obrigações recíprocas, isto é, para o comprador a de pagar o preço em dinheiro, e para o vendedor, a de transferir o domínio da coisa certa. Esta característica faz com que as obrigações se vinculem de tal maneira que a execução da prestação de um dos contraentes é causa do adimplemento da outra parte;

b) onerosidade, pois os contraentes obtêm proveito, para um pagamento do preço e recebimento da coisa e para outro a entrega do bem e recebimento do pagamento.

c) comutatividade ou aleatório, porque de imediato se apresenta certo o conteúdo das prestações recíprocas;

d) consensualidade ou solene, porque se aperfeiçoa com o acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa, conforme dispõe o artigo 482 do

⁵⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 214.

Código Civil: “A compra e venda, quando pura, considerar-se-à obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no preço e no objeto”;

e) translativo do domínio, ou seja, de ser o ato causal da transmissão da propriedade gerador de uma obrigação de entregar a coisa alienada e o fundamento da tradição ou da transcrição; o contrato de compra e venda vem a ser um título hábil à aquisição do domínio, que só se dá com a tradição e a transcrição, conforme a coisa adquirida seja móvel ou imóvel.

Complementando o exposto, Luiz Guilherme Loureiro⁵¹, explica que:

Em regra, a compra e venda corresponde contrato de execução instantânea, já que o vendedor entrega a coisa e, ao mesmo tempo, recebe o preço. Não obstante, nada impede que a execução seja diferida no tempo, isto é, seja duradoura, como ocorre nos contratos de fornecimento ou no contrato de compra e venda a prazo (o preço é dividido em várias parcelas ou mesmo pago em uma só parcela certo tempo após a tradição).

Além disso, Maria Helena Diniz⁵² elenca os elementos essenciais a sua existência, comuns a todos os contratos de compra e venda, quais sejam: a coisa, o preço e o consentimento:

- a) a coisa deverá ter existência, ainda que potencial, no momento da realização do contrato, seja ela corpórea ou incorpórea (..)
- b) a coisa deverá ser individuada, pois o contrato de compra e venda, deverá recair sobre a coisa perfeitamente determinada, ou pelo menos, determinável;
- c) a coisa deverá ser disponível ou estar *in commercio*;
- d) a coisa deverá ter possibilidade de ser transferida ao comprador;
- e) pecuniaridade, por constituir uma soma em dinheiro, que o comprador paga ao vendedor em troca da coisa adquirida;
- f) preço certo ou determinado para que o comprador possa efetuar o pagamento devidamente.
- g) consentimento dos contratantes sobre a coisa o preço e demais condições (...).

Assim, trata-se de um contrato donde defluem obrigações recíprocas para cada uma das partes. Para o vendedor a obrigação de transferir o domínio da coisa; para o comprador a de entregar o preço.

⁵¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral e contratos em espécie**. São Paulo: Método, 2008. p. 376.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. v.3. p.169-173.

Aliás, no que diz respeito às obrigações do comprador e do vendedor, Arnaldo Rizzardo⁵³ esclarece que:

A principal obrigação inerente à compra e venda consiste na entrega da coisa, transferindo o vendedor ao comprador a sua propriedade. (...). A segunda obrigação do vendedor é assegurar a efetiva garantia do comprador sobre a coisa. Equivale a afirmar que ao vendedor compete garantir as qualidades essenciais, ou prometidas, e inerentes ao bem alienado, o que envolve também, o funcionamento e a destinação para a serventia que determinou a compra.(...). A principal obrigação do comprador é pagar o preço no tempo, forma e lugar convencionados.

Diante de todo exposto, o que se deve perquirir é se efetivamente há um repasse de serviços ou se há compra do produto final produzido por outra empresa. A primeira situação diz respeito à terceirização de serviços, enquanto a segunda caracteriza uma relação mercantil, pois se constitui em um contrato de compra e venda.

Nessa senda, pondera Amauri Mascaro Nascimento⁵⁴ que:

outra distinção deve ser feita entre a terceirização e fornecimento de produtos, sendo este o abastecimento contínuo ou eventual de uma empresa por outra cuja atividade é destinada a esse fim (...)

Complementando o exposto, Vantuil Abdala⁵⁵ assevera:

Afasta-se, pois, de logo, a terceirização que ocorre através de contratação de empresas para fornecimento de produtos, cuja elaboração ou fabricação se dá fora do âmbito da empresa contratante. (...)

Quando se contrata uma empresa para o fornecimento de um produto, pronto e acabado, elaborado fora dos limites da empresa contratante, longe de suas vistas, não há possibilidade alguma de emergir daí uma relação trabalhista entre a contratante e a fornecedora, ou mesmo entre empregados desta e aquela. Contratos dessa natureza estão fora do âmbito da incidência do Direito do Trabalho aplicado.

Isso porque são crescentes os casos de contratos comerciais de compra e venda que são denunciados na Justiça Laboral, seja por serem fraudulentos ou por

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit. p. 229-230

⁵⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op cit. p. 217.

⁵⁵ ABDALA, Vantuil. Op. cit. p. 587.

atraírem a exegese da Súmula nº 331, inciso IV, do TST, no tocante à responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Não é incomum uma empresa “compradora” firmar contrato de compra e venda com outra, dita “vendedora”, e esta última fornecer mão-de-obra ou prestar serviços, seja nas dependências na própria empresa beneficiária, o que facilita a identificação da fraude, seja fora dela, o que implica em externalizar um segmento do processo produtivo com precarização dos vínculos de emprego, como ainda verifica-se em alguns ramos da indústria calçadista.

Contudo, quando não há fraude, a questão deve ser analisada com a máxima cautela. É certo, de um lado, que a existência de um contrato comercial de compra e venda não exclui, por si só, a terceirização de serviços. Por outro lado, fazer derivar dessa premissa, em todo e qualquer caso, a responsabilidade subsidiária da empresa contratante, mesmo nos legítimos contratos de compra e venda, é incorrer em equívoco.

Como já abordado, a inteligência da Súmula nº 331, IV, do TST, atém-se a hipótese de terceirização de serviços. Caso, porém, a empresa vendedora não tenha autonomia gerencial e nem subordinação sobre os trabalhadores, haverá fraude, com todos os efeitos já expostos, aplicando-se o inciso I da citada súmula.

A Súmula nº 331 do TST, inciso IV, dispõe sobre a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços, na hipótese de transferência de atividades acessórias de uma empresa para outra (terceirização).

No caso de a empresa prestadora de serviços não cumprir suas obrigações trabalhistas com relação aos trabalhadores contratados para executar os serviços, a empresa tomadora será responsabilizada pelo adimplemento dos créditos, por ter sido a beneficiária indireta da força de trabalho desses trabalhadores, tendo presente que a beneficiária direta é a empregadora, prestadora de serviços.

Isso quer dizer que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços (empresa contratante), prevista no inciso IV, da Súmula nº 331 do TST, pressupõe a existência de um contrato de prestação de serviços, isto é, um contrato de atividade, assim entendido como aquele em que alguém se compromete a colocar a sua atividade em proveito de outrem mediante remuneração.

Diferentemente do que ocorre nos contratos de compra e venda, nos quais não há terceirização, porque não se trata nem de atividade-meio, como por exemplo,

serviços de limpeza, vigilância, nem de atividade-fim, pois a empresa vendedora tem como atividade-fim um produto que apenas será usado pela empresa compradora.

Ora, a simples estipulação contratual entre as pessoas jurídicas não implica em prestação de serviços (terceirização), na medida em que não ultrapassa a simples regulamentação lícita de uma relação comercial entre as contratantes, segundo as peculiaridades do negócio celebrado.

Por isso, adverte Rubens Ferreira de Castro⁵⁶ que “haverá terceirização quando uma empresa oferecer por preço ajustado a execução de serviços, e não a comercialização de produtos”.

Como dito, a responsabilidade subsidiária da beneficiária dos serviços prestados ocorre somente nas hipóteses de terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio da tomadora, bem como nos casos de contratação de serviços de vigilância, conservação e limpeza (Súmula nº 331, III e IV do TST).

Entretanto, na relação jurídica decorrente de contrato de compra e venda, a vendedora se obriga tão somente a entregar a mercadoria mediante o pagamento que é efetuado pela compradora, não havendo locação de mão-de-obra ou terceirização.

Ratificando o exposto, Carlos Roberto Gonçalves⁵⁷ elenca os efeitos da compra e venda:

Os principais efeitos da compra e venda são: a) gerar obrigações recíprocas para os contratantes: para o vendedor, a de transferir o domínio de certa coisa, e para o comprador, a de pagar certo preço em dinheiro (CC, art. 481); e b) acarretar a responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção.

(...)

O descumprimento da obrigação de transmitir o domínio (acordo de transmissão) ou o registro caracteriza o inadimplemento, possibilitando a resolução do contrato do qual é oriunda, com o retorno das partes ao statu quo ante. A principal obrigação do vendedor, como visto, é a entrega da coisa ou tradição, que é o ato pelo qual se consuma a compra e venda.

Nessa senda, quando a relação entre duas empresas se traduz em mera compra e venda de produtos não há terceirização de serviços, pois não envolve intermediação de mão-de-obra, terceirização de atividade-meio, nem tampouco de

⁵⁶ CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000. p 86.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. v3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 226.

terceirização ilícita, não contemplando, pois, a hipótese de responsabilidade solidária nem subsidiária prevista no ordenamento justralhista (Súmula nº 331 do TST).

Ademais, como destacou com propriedade o Desembargador Federal do Trabalho Ricardo Antônio Mohallen⁵⁸:

As relações comerciais no mundo moderno envolvem uma natural interdependência entre as empresas, na medida em que são interdependentes as fases dos processos industriais e comerciais a que se dedicam cada um dos agentes sócio-econômicos, sem que isso importe, de modo necessário, na comunicação a outros de responsabilidades assumidas por cada um. O risco do empreendimento econômico não pode ser estendido, aleatoriamente, entre parceiros comerciais distintos, ainda que constantes seus relacionamentos. Entender de outro modo, significaria preconizar um mundo absurdo de predomínio de grandes empresas, na medida em que os pequenos empreendimentos normalmente subsistem através de atividades de fornecimento para os maiores, sem que isto se possa dizer que a sua existência mascara uma atividade sustentada por outras.

O que significa dizer que extensão da responsabilidade pelos créditos trabalhistas devidos pelo empregador aos seus parceiros comerciais extrapola os limites do razoável, mesmo diante da inquestionável índole protetiva do Direito do Trabalho, e, além do mais, não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente.

Após a abordagem teórica acerca do tema, passa-se a análise de casos práticos julgados nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho, e seus fundamentos.

4.2 Da análise de Casos Práticos Julgados nos Tribunais- Regionais e Superior do Trabalho

Nos Tribunais Regionais do Trabalho, o entendimento jurisprudencial majoritário inclina-se no sentido de que o fato da empresa efetuar a compra de produtos confeccionados por outra empresa, que não dizem respeito à atividade-fim da empresa contratante, mostra a relação eminentemente comercial, não havendo

⁵⁸ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (15ª Região). Recurso Ordinário nº 00930-2008-129-03-00-2. Recorrente: VCP Florestal S/A. Recorrido: Argeu Teobaldo. Relator: Des. Ricardo Antônio Mohallen. Campinas, 19 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso em 31 jul. 2010.

se cogitar de responsabilidade subsidiária da empresa (cliente), a que alude o inciso IV da Súmula 331 do TST, vez que não há terceirização de serviços.

Neste caso, não configura-se a hipótese de terceirização e a condição de tomadora de serviços, pelo que não há como atribuir a empresa compradora dos produtos a responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela fornecedora, por absoluta falta de amparo legal, sob pena, inclusive, de afronta a norma do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Ademais, para os Regionais, o ajuste de condições e de especificações em relação aos produtos a serem fornecidos, o que pode estar previsto, inclusive, em um contrato de fornecimento, não caracteriza a empresa como sendo tomadora de serviços, assim como a produção e venda de forma exclusiva para ela também não caracteriza.

Assim, não há cogitar em prestação de serviços, mas típica relação comercial, vez que a empresa “vendedora” tão-somente fornece os produtos encomendados, os quais devem atender às exigências e necessidades da compradora, sem que isso tenha o condão de desvirtuar a natureza civil da relação havida entre as empresas.

Sustentam os Tribunais Regionais do Trabalho, pois, que a exclusividade pode ser inerente à estratégia comercial de uma ou de outra empresa, ou mesmo, da impossibilidade da empresa vendedora aumentar sua produção e conquistar novos clientes.

Assim sendo, embora a responsabilidade subsidiária seja amplamente reconhecida no Direito do Trabalho, ela não pode ser estendida aos casos em que os empreendimentos comerciais entre as empresas são distintos, havendo tão-somente relação comercial.

Como bem referido em acórdão de lavra do Desembargador Milton Varela Dutra⁵⁹:

O Direito do Trabalho protege o hipossuficiente, mas não pode alçar-se a este propósito olvidando-se dos contornos do caso concreto, sob pena de, a contrário senso, promover a injustiça, o que, na hipótese presente, diante da inexistência de qualquer comprovação de ilicitude na relação havida entre as empresas, poderia restar caracterizada no reconhecimento, sem qualquer amparo legal, da responsabilidade da segunda demandada, mesmo que subsidiária.

⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 00802-2007-381-04-00-1. Recorrente: Cirlei F. ° do Amaral Recorrido: Calçados Margutta Ltda. Relator : Des. Milton Varela Dutra. Porto Alegre, 29 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consultaProcessual> >. Acesso em 31 jul. 2010.

Na verdade não se trata de terceirização, seja ela lícita ou ilícita, de serviços. Efetivamente, tem-se a existência de contrato de compra e venda entre empresas, de modo que a compradora adquira o produto final fabricado pela empresa vendedora.

Importante que se observe, neste sentido, o objetivo social das empresas, para que se possa distinguir o que é atividade-meio e fim. Não se trata, portanto, *prima facie*, de empresa que terceirize parte de sua produção e sim, de pessoa jurídica que fabrica e comercializa e, nessa última atividade, adquire produtos fabricados por terceira pessoa jurídica, ou seja, típica relação comercial.

Desse modo, não se pode imputar qualquer responsabilidade à empresa compradora pelos créditos decorrentes da relação havida entre o trabalhador e a empresa dita vendedora.

Assim, não é caso de responsabilidade subsidiária, em razão da natureza comercial da relação entre as empresas, o que desconfigura a hipótese de contratação ilegal de mão-de-obra por empresa interposta, denominada na doutrina de “merchandising”, nem de terceirização de serviços, a ensejar a aplicação do princípio da Súmula 331 do TST.

Do mesmo modo, a responsabilidade solidária não pode ser imputada porque não se presume: decorre de lei ou da vontade das partes (artigo 265 do Código Civil).

Nesta trilha, uma simples compra e venda mercantil não pode ser equiparada ao que seria prestação de serviços. Aliás, em tais situações, relevante a prova contábil, para que se esclareça se há relação comercial ou terceirização.

Outro elemento probatório que se revela importante para elucidação destes casos, diz respeito a notas fiscais de compra e venda, que demonstram que entre as empresas não houve um contrato de prestação de serviços, mas um contrato comercial de compra e venda.

Entendimento em sentido contrário acarretaria a transferência do risco do negócio da empresa produtora para a empresa-cliente, sem qualquer amparo legal.

Eis o entendimento jurisprudencial:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. RELAÇÃO DE NATUREZA COMERCIAL ENTRE EMPRESAS. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA COMPRADORA PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS DA VENDEDORA.

Constatado que a relação mantida entre as reclamadas foi de natureza comercial, consistindo na aquisição de produto final, não se tratando de terceirização (lícita ou ilícita) de serviços, inaplicável a Súmula 331 do TST.⁶⁰

EMENTA: RELAÇÃO DE COMPRA E VENDA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – NÃO CABIMENTO. Quando a relação entre duas empresas se traduz em mera compra e venda de produtos não há terceirização de serviços, pois não envolve intermediação de mão de obra, não contemplando, pois, a hipótese de responsabilidade subsidiária ou solidária prevista no ordenamento justralhista (Súmula 331/TST). Assim sendo, a extensão da responsabilidade pelos créditos trabalhistas devidos pelo empregador às demais reclamadas, parceiras comerciais, não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente.⁶¹

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE RESÍDUOS DE MADEIRA. NATUREZA MERCANTIL DO PACTO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA VENDEDORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RECORRENTE. EXCLUSÃO DA LIDE. As reclamadas não firmaram entre si um contrato de prestação de serviços que desse ensejo a se pensar em terceirização, mas, sim, um contrato de compra e venda de resíduos de madeira. Ou seja: a micro-empresa comprava tocos de madeira e, em troca, fazia pagamentos para a empresa de celulose e papel. E em que pese a obrigação contratual de a compradora (ME) recolher o material nas plantações da vendedora e, por conseqüência, proceder à limpeza dessas áreas, o que acabava por beneficiar a vendedora, não há como se falar em responsabilidade subsidiária desta última, por não ser ela tomadora. Trata-se de um pacto de incontestável natureza mercantil, cujas cláusulas foram estipuladas no intuito de viabilizar a avença, tendo em vista as particularidades da mercadoria adquirida pela 1ª reclamada (recorrida), que se responsabilizou, por conseguinte, pelo pagamento e pela retirada dos resíduos florestais.. Ora, se o contrato em comento fosse, de fato, um contrato de prestação de serviços, tal não se daria, sendo que a 2ª reclamada (recorrente) - ela, sim! - é que deveria, como tomadora, pagar à 1ª reclamada (recorrida) pelos serviços prestados. Destarte, não se pode imputar à 2ª reclamada (recorrente) qualquer responsabilidade pelos direitos trabalhistas do autor, ainda que de forma subsidiária, sendo o caso de se acolher a preliminar de ilegitimidade de parte suscitada pela 2ª ré (recorrente) e de se determinar sua exclusão do pólo passivo da presente relação processual. Sentença que se reforma. Decisão por unanimidade.⁶²

⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 00802-2007-381-04-00-1. Recorrente: Veronice B. de Freitas. Recorrido: Cleo da Silva Rocha Relator: Des. Fabiano de C. Bertolucci. Porto Alegre, 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consultaProcessual>>. Acesso em: 07 ago. 2010.

⁶¹ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Recurso Ordinário nº 01456-2008-129-03-00-6. Recorrente: Positivo Informática S/A e outros. Recorrido: Fabrício Paulino. Relator: Des. Fernando Peixoto. Belo Horizonte, 15 de junho de 2009. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordaoNumero.do?evento=Detalhe&idAcordao=698989&codProcesso=693314>>. Acesso em: 07 ago. 2010.

⁶² SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (15ª Região). Recurso Ordinário nº 00040-2006-123-15-00-5. Recorrente: Votorantin S.A.. Recorrido: Ednilson Camargo. Relatora: Desª. Olga A. J. Gomieri. Campinas, 26 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta>>. Acesso em: 03 ago. 2010.

Verifica-se, assim, que os Tribunais Regionais do Trabalho compartilham do entendimento majoritário de que o elemento fundamental para o reconhecimento de responsabilidade de uma empresa pelo pagamento de verbas trabalhistas de outra é o fato de uma delas ter-se beneficiado diretamente do trabalho do empregado que não é seu, como ocorre na terceirização de serviços. No entanto, quando não há terceirização, mas contrato de natureza civil entre empresas para comercialização de produtos, sem indício de fraude à legislação trabalhista, não se configura hipótese de responsabilização subsidiária ou solidária de uma empresa por débitos trabalhistas alheios. Senão veja-se o seguinte julgado:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SOLI-DÁRIA/SUBSIDIÁRIA - RELAÇÃO MERCANTIL ENTRE AS EMPRESAS - Se a prova dos autos demonstra que existia entre as reclamadas mera relação mercantil - de compra e venda de mercadorias - não se cogitando da existência de grupo econômico, ou ingerência de uma empresa sobre a outra, nem sequer se tratava de terceirização de serviços, não existe amparo legal para se imputar responsabilidade solidária ou subsidiária à segunda reclamada que sequer figurou como empregadora do trabalhador. ⁶³

Neste norte, esta vertente jurisprudencial preconiza que, nos casos em que não há terceirização de serviços, mas contrato entre as empresas referente à comercialização de produtos, não deve o trabalho do empregado favorecer diretamente a empresa “compradora”, isto é, só poderia ser reconhecida a responsabilização subsidiária desta empresa se restasse evidenciada a sua ingerência no desenvolvimento da atividade produtiva da empresa “vendedora”, de forma a tentar burlar à legislação trabalhista.

De outro laudo, tem-se a corrente jurisprudencial que comunga do entendimento de que se o objeto da relação havida entre as empresas está atrelado à atividade-fim de ambas, como, por exemplo, mediante a utilização do maquinário e dos empregados da empresa “compradora”, resta configurada a hipótese de terceirização e a condição de tomadora de serviços por parte desta empresa, aplicando-se, portanto, a responsabilização subsidiária estabelecida na Súmula nº

⁶³ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Recurso Ordinário nº 00564-2008-138-03-00-2. Recorrente: Linknett Ltda. Recorrido: Marcelo Ferraz Martins. Relator : Des. Jorge Berg de Medonça. Belo Horizonte, 29 de junho de 2009. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordaoNumero.do?evento=Detalhe&idAcordao=702326&>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

331, item IV, do TST. Entende-se que se a relação comercial existente entre as empresas é desvirtuada, caracteriza-se mera prestação de serviços, a teor do artigo 9º da CLT.

De acordo com este posicionamento, na hipótese de a tomadora não ter interferido na produção ou na compra da matéria-prima da fornecedora em nada modifica a situação, ou seja, essa circunstância não afasta a responsabilidade subsidiária pelo adimplemento da obrigação trabalhista.

Nessa senda, a compra e venda de produtos relacionados com a atividade-fim da compradora, na inegável tentativa de furtar-se ao cumprimento das obrigações trabalhistas, não configura mera relação comercial, ensejando a condenação subsidiária da empresa tomadora.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial abaixo colacionado:

EMENTA: Responsabilidade solidária ou subsidiária. Caracterização. Caso em que a relação jurídica entre a primeira e segunda reclamadas configura ilícita intermediação de mão-de-obra, atraindo a incidência do entendimento contido na Súmula 331, IV, do TST, e determinando a atribuição de responsabilidade subsidiária à segunda demandada. Vencida em parte a Relatora, que entende configurada, na espécie, relação de natureza comercial de compra e venda de produtos prontos e acabados destinados à exportação, o que não se confunde com a terceirização de mão-de-obra. Recurso provido em parte. ⁶⁴

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Em lides oriundas da indústria de calçados, o fenômeno da terceirização tem se revelado predatório. A “prestadora de serviços” não possui potencial econômico para garantir minimamente os haveres trabalhistas dos empregados. O “comprador” dos produtos (e serviços) mantém o controle e a direção do trabalho desenvolvido. Cuida-se de locação de mão-de-obra para a consecução de atividade-fim da tomadora que, ao desconsiderar a força laboral alienada em seu proveito, sintetiza a defesa do desvalor humano, reduzindo o empregado à condição de mera peça de engrenagem produtiva. Responsabilidade subsidiária. Item IV da Súmula 331 do TST.⁶⁵

EMENTA: ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. não se configurou mera relação de natureza comercial entre a primeira reclamada e a reclamada Arezzo, mas sim se verifica que essa última empresa terceirizava a atividade-fim (fabricação de calçados), com o fim de livrar-se das obrigações trabalhistas daí decorrentes. Disso adveio a sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento do crédito do reclamante, em

⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 441-2007-383-04-00-6. Recorrente: Rosa Silveira. Recorrida: Corazza Ltda. Relatora: Carmem Gonzalez. Porto Alegre, 03 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2010.

⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 01160-2007-371-04-00-1. Recorrente: Calçados Ramarin e outros. Recorrido: Lurdes Lucia Reis. Relator: Des. José Felipe Ledur. Porto Alegre, 13 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consultaProcessual>>. Acesso em: 03 ago. 2010.

consonância com a Súmula nº 331, inciso IV, do TST.⁶⁶

Esta corrente jurisprudencial preconiza que a incidência da Súmula 331 do TST, inciso IV, nestes casos, decorre do ordenamento jurídico pátrio, porquanto a Constituição Federal e os princípios da Organização Internacional do Trabalho (OIT) propugnam pela vedação do “merchandise”, sob o enfoque de que a prestação de serviços por trabalhadores, independentemente de sua qualificação, não se equipara à mercadoria, devendo ser preservados os princípios norteadores da dignidade do trabalhador, o valor social do trabalho, à incolumidade física e psíquica do obreiro, incluindo a fruição efetiva dos direitos trabalhistas como um todo. Dessa forma, seja a terceirização lícita ou ilícita, haverá responsabilização do tomador, se evidenciados os requisitos do vínculo empregatício, como empregador, ou, de forma subsidiária, caso a empresa prestadora não cumpra com os deveres trabalhistas, é isso é inquestionável.

Entretanto, convém ressaltar que, inclusive, algumas decisões judiciais entendem por aplicar a responsabilidade solidária, sob o fundamento de que restando evidente a ilicitude da terceirização dos serviços, mascarada pela celebração de contrato de compra e venda, constitui-se a fraude trabalhista, ante a primazia da realidade sobre as formas, princípio característico do Direito do Trabalho, atraindo a incidência do art. 9º da CLT, que comina de nulidade os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas. Portanto, reconhecem, nestes casos, a responsabilidade solidária das empresas, pois resultante de lei, em consonância com os artigos 9º, da CLT, c/c o art. 942, do C.C., art. 265, do Código Civil. Esse é o entendimento abaixo transcrito:

EMENTA: CONTRATO DE COMPRA E VENDA – FRAUDE – TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - SOLIDARIEDADE - A celebração de contrato de compra e venda de lenha e resíduos, a fim de ocultar verdadeira terceirização ilícita, constitui-se fraude trabalhista, nos termos do art. 9º consolidado, ante a primazia da realidade sobre as formas, princípio característico do Direito do Trabalho. O concurso da recorrente Satipel Florestal Ltda., na perpetração da fraude trabalhista apurada nestes autos, torna-a co-responsável pelo objeto da condenação (artigo 942 do CCB c/c

⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 00265-2008-381-04-00-0. Recorrente: Arezzo Ind. e Com. S/A. Recorrido: Cleo Machado ME. Relator: Des. Marçal H.S Figueiredo. Porto Alegre, 19 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consultaProcessual>>. Acesso em: 03 ago. 2010.

art. 8º/CLT). Recurso ordinário empresário a que se nega provimento.⁶⁷

Por seu turno, o entendimento predominante do Tribunal Superior do Trabalho é de que, em se tratando de uma relação comercial, não resta configurado o suporte fático a ensejar a aplicação do entendimento assente na Súmula 331 do TST. Portanto, reconhecida a relação comercial, inviável a responsabilização subsidiária, o que afasta a caracterização do contrato de prestação de serviço e, conseqüentemente, a incidência da Súmula 331, item IV, do TST, uma vez que referido verbete não se aplica neste caso, conforme denota-se dos arestos abaixo colacionados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RELAÇÃO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O Regional, ao analisar os elementos de prova, foi categórico em consignar que as 3ª e 4ª reclamadas tinham relação estritamente comercial com a segunda, sem nenhuma ingerência na prestação de serviços e sem exclusividade na aquisição dos produtos. Entendimento contrário esbarra no óbice da Súmula nº 126/TST, porquanto far-se-ia necessário o reexame do acervo fático-probatório existente nos autos por esta instância extraordinária. Agravo de instrumento conhecido e não provido.⁶⁸

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. RELAÇÃO COMERCIAL ENTRE AS EMPRESAS DEMANDADAS. MATÉRIA FÁTICA. É insuscetível de revisão, em sede extraordinária, a decisão proferida pelo Tribunal Regional à luz da prova carreada aos autos. Somente com o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos seria possível afastar a premissa sobre a qual se erigiu a conclusão consagrada pela Corte de origem, no sentido de que a relação entre as empresas demandadas era meramente mercantil (compra e venda de calçados), não se tratando, portanto, de terceirização. Incidência da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento a que se nega provimento.⁶⁹

⁶⁷ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Recurso Ordinário nº 00243-2008-047-03-00-0. Recorrente: Satipel Florestal Ltda. Recorrido: Benedito Silva. Relator: Des. Júlio Bernardo do Carmo. Belo Horizonte, 02 de agosto de 2008. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordaoNumero.do?evento=Detalhe&idAcordao=636837>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

⁶⁸ BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 2474-59.2010.5.04.0000. Recorrente: Silvana Cristina de Mattos. Recorridas: Indústria de Calçados Jardim e outras. Relator: Min. Júlio Bernardo do Carmo. Brasília, 09 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

⁶⁹ BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 80740-83.2007.5.04.0382. Recorrente: Carlos V. De ^a Franco Recorridas: Arezzo Indústria e Comércio S/A outras. Relator: Min. Lelio Bentes Corrêa. Brasília, 10 de março de 2010. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Desservem ao fim de evidenciar dissenso pretoriano apto a ensejar o conhecimento do recurso de revista arestos que se mostram inespecíficos, porquanto não partem do mesmo pressuposto fático em que, nos termos consignados pela Corte regional, a relação entre a primeira e a segunda reclamada - era tipicamente comercial, de compra e venda de mercadorias - e - não havia prestação de serviços da primeira para a 2ª ré, apenas aquela produzia e vendia para esta -. Aplicação do item I da Súmula 296/TST. Recurso de revista não-conhecido.⁷⁰

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA ENTRE AS RECLAMADAS. O Tribunal Regional, a partir dos elementos fático-probatórios existentes nos autos e em sintonia com o art. 131 do CPC, firmou sua convicção quanto a não se tratar, a hipótese vertente, de terceirização de serviços, porquanto entre as reclamadas vigia contrato de compra e venda de frutos e, assim, inexistiu prestação de serviços direta da reclamante para a Coimbra, empresa compradora. Desse modo, para se decidir de forma diversa, far-se-ia necessário o reexame dos fatos e das provas, o que é vedado nesta instância processual, a teor da Súmula nº 126 do TST. Desse modo, impertinente a invocação da Súmula nº 331, IV, do TST, por versar sobre hipótese distinta daquela discutida nos autos.⁷¹

Assim sendo, a relação havida entre as empresas quando tipicamente comercial, de compra e venda de mercadorias, não há prestação de serviços da empresa vendedora para a compradora, apenas aquela produz e vende para esta. E mais, o fato de ter sido especificado uma determinada mercadoria a ser confeccionada também não evidencia o controle do processo produtivo de uma sobre a outra, pois é inerente ao contrato de compra e venda.

Além disso, consoante os termos da Súmula 331, IV, do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, em se tratando de terceirização sob a modalidade de locação de mão-de-obra.

Portanto, para o Tribunal Superior do Trabalho, na hipótese de relação comercial, não cabe a aplicação da Súmula 331, IV, do TST, porque não resta caracterizada a terceirização de mão-de-obra, que ocorre apenas quando o

⁷⁰ BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 8900-07.2008.5.12.0042. Recorrente: Ana Maria Souza. Recorridas: Legnotrade Madeiras S/A e outras. Relator: Min. Rosa M. W. Candiota da Rosa. Brasília, 10 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

⁷¹ BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1487/2005-058-15-40.0. Recorrente: Zilda da Silva. Recorrido: Condomínio Paulo Lopes. Relator: Min. Walmir Oliveira da Costa. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

empregado é contratado por determinada empresa e presta serviços na atividade meio de outra, participando indiretamente do processo produtivo, mas sem subordinação.

Verifica-se, então, que o contrato comercial não guarda similitude com terceirização, vez que nesta última, o empregado participa, indiretamente, da atividade produtiva da empresa, enquanto no contrato comercial o interesse refere-se apenas à comercialização do produto já finalizado anteriormente, sem nenhum envolvimento do trabalhador no processo produtivo, revelando-se inaplicável, desse modo, o inciso IV da Súmula 331 do TST.

Nessa linha, segue o julgado em caso análogo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - CONTRATO COMERCIAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 331 DO TST - SÚMULA 296 DO TST - DESCABIMENTO DO RECURSO DE REVISTA.

1. Consoante os termos da Súmula 331, IV, do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, em se tratando de terceirização sob a modalidade de locação de mão-de-obra.

2. Segundo consigna o acórdão regional entre a Intercom e a Embratel foi firmado contrato comercial que tinha por objeto a venda de produtos da segunda empresa. Verifica-se que, consoante assenta o TRT, a Reclamante foi contratada pela Intercom para trabalhar na Intercom como vendedora da Intercom, que, no caso específico, por força de um contrato comercial, obrigou-se a vender os produtos da Embratel, não tendo relevância o fato de a Reclamante ser vendedora apenas dos produtos da Embratel.

3. A hipótese de contrato comercial não se assemelha à terceirização porque, enquanto na terceirização o empregado participa, embora indiretamente, da atividade produtiva da empresa, no contrato comercial o trabalhador não se envolve, de modo algum, com o processo produtivo, pois o interesse manifestado no contrato entre as empresas diz respeito apenas à comercialização do produto já finalizado o que afasta a incidência da Súmula 331 do TST.

4. Assim, a revista encontra óbice também na Súmula 296 do TST, uma vez que os arestos colacionados são inespecíficos, pois reconhecem a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços na hipótese de contratação indireta de mão-de-obra, sem impor essa responsabilidade à empresa que firma contrato de natureza comercial.

Agravo de instrumento desprovido.⁷²

Nestes casos, não está caracterizada aquela situação em que a empresa dita tomadora terceiriza parte da sua produção, fornecendo material para que terceiro

⁷² BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 9/2007-013-03-40.0. Recorrente: Pollyanna Barbosa. Recorridas: Telemar Norte Leste S/A e outras. Relator: Min. Ives Granda Martins Filho. Brasília, 22 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

manufature o produto.

Assim, não se pode entender que tenha havido contratação de prestação de serviços, tampouco labor do empregado da empresa “vendedora” em serviços ligados à atividade-fim da empresa “compradora”, beneficiando-a diretamente com este labor. Tal conclusão decorre do entendimento de que a relação mantida entre as empresas foi de natureza comercial, consistindo na aquisição do produto final, não se conformando tal situação fática à hipótese objeto da Súmula 331 do TST. Desse modo, não é caso de responsabilidade subsidiária, em razão da natureza comercial da relação das recorrentes com a primeira Reclamada. Do mesmo modo, a responsabilidade solidária não pode ser imputada porque não se presume: decorre de lei ou da vontade das partes (artigo 265 do Código Civil).

Contudo, para o Tribunal Superior do Trabalho, quando evidenciada a transferência do processo produtivo, ou seja, a empresa compradora transfere para outra empresa a fabricação de produtos e que depois irá comercializar, resta desvirtuada a relação comercial de compra e venda.

Além disso, entende a Corte Súpera que, nesta relação de natureza eminentemente comercial, deve inexistir a participação ostensiva ou fiscalização do desencadeamento produtivo, de modo que a empresa “compradora” não gerencie o processo produtivo da empresa vendedora, e tampouco haja exclusividade na aquisição dos produtos, ao contrário do entendimento majoritário dos Tribunais Regionais do Trabalho

Isso porque, nestes casos, as empresas pulverizam sua produção, repassando-a para outras empresas menores, desprovidas de estrutura e idoneidade financeira, sendo que a sobrevivência dessas empresas fica intimamente atrelada ao contrato com a tomadora ou as tomadoras de serviços, de modo que, uma vez rescindido tal contrato, a empresa prestadora acaba encerrando suas atividades ou mesmo falindo.

Nesse sentido, eis trecho de um acórdão de lavra do Ministro Maurício Godinho Delgado:

Tal procedimento de pulverizar a produção de calçados em várias pequenas empresas, com fornecimento da matéria-prima, quando não de máquinas e equipamentos, e fiscalização da qualidade do fabrico, tem sido comum no ramo calçadista. Isso significa a pulverização da atividade-fim da segunda reclamada, ou seja, a produção de calçados.
Assim, a relação estabelecida entre a empresa tomadora e a prestadora não

se trata de mera relação de compra e venda, mas de típica intermediação de mão-de-obra, o que é vedado no ordenamento trabalhista. Repassa a tomadora à empresa diversa parte integrante de sua atividade-fim, etapa da industrialização do produto a ser comercializado, desonerando-se da produção e beneficiando-se de forma exclusiva da comercialização. Ainda que se pudesse cogitar da responsabilidade solidária, estando vedada a reforma em prejuízo da recorrente, aplica-se o entendimento contido na Súmula 331, IV do TST, mantendo-se a segunda reclamada como responsável subsidiária pelo contrato de trabalho de que teve proveito.⁷³

Cabe avaliar, desse modo, nos casos concretos, se as relações mantidas pela empresa “compradora” com a empresa “vendedora”, são meramente comerciais ou se há terceirização de serviços, ensejando, pela primazia da realidade, a responsabilidade subsidiária, forte no inciso IV da Súmula 331 do Colendo TST.

Entende o Tribunal Superior do Trabalho que, neste último caso, a aplicação da responsabilidade subsidiária à entidade tomadora de serviços, tem por finalidade buscar meios para que o ilícito trabalhista não favoreça indevidamente àquele que já foi beneficiário do trabalho do obreiro, conforme decisão infra:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, IV, DO TST. De acordo com o Regional, a 1ª reclamada foi contratada pelas 2ª, 3ª, 4ª e 5ª reclamadas para a execução de atividades relacionadas com a atividade dessas empresas, tais como retoques em calçados pré-fabricados: -cabedal costurado-, -cortes costurados-, -colocação de ilhós- e -viés-. Registra, ainda, que não houve períodos determinados de prestação exclusiva de serviços para cada uma delas. Considerando que as reclamadas (2ª, 3ª, 4ª e 5ª) são destinatárias finais dos serviços prestados, concomitantemente, pelo reclamante, por certo que a hipótese é de terceirização de serviços, razão pela qual devem responder subsidiariamente pelos créditos trabalhistas, nos termos da Súmula nº 331, IV, do TST: O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.6.1993). Agravo de instrumento e recurso de revista providos.⁷⁴

⁷³ BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 80640-31.2007.5.04.0382. Recorrente: Arezzo Indústria e Comércio Ltda. Recorridos: Irio Franck e outros. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Brasília, 14 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

⁷⁴ BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 437/2001-305-04-40.1. Recorrente: Guisela Vânia Froehlich. Recorridas: Indústria de Calçados West Coast e outras. Relator: Juiz Convocado José Antonio Pancotti. Brasília, 21 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

No mesmo sentido, eis trecho da fundamentação de acórdão da Corte Súpera:

(...) O TRT consignou que a tomada dos serviços é incontroversa, uma vez que, em contestação, a ora recorrente refere que manteve `relação comercial com a 1ª Reclamada, correspondente à compra e venda de produtos- (fl. 63), de modo que a relação mantida entre as reclamadas é de evidente terceirização de serviços- (fls. 249). Assim, não reconheço ofensa ao art. 267, IV e VI, do CPC. Não houve ofensa aos arts. 333 do CPC e 818 da CLT, pois, conforme dispôs o TRT na decisão recorrida, -salienta-se que a recorrente não traz prova de que a primeira ré também prestasse serviços para outras tomadoras, como alegado, ônus que era seu, nos termos do art. 818 da CLT. Ante o princípio da primazia da realidade, pelo que a verdade real prevalece sobre o revestimento formal que se tenha dado ao contrato, a Corte regional concluiu que o caso concreto foi de terceirização, ensejando o reconhecimento de responsabilidade subsidiária. Estabelecido o contexto, tem-se, sob o enfoque eminentemente de direito, que a decisão recorrida está em consonância com a Súmula nº 331, IV, do TST: O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993.⁷⁵

Dos ensinamentos jurisprudenciais citados, percebe-se que não há um critério seguro para a diferenciação entre licitude e ilicitude, entre atividade-fim e atividade-meio, e, nem mesmo entre as relações terceirizadas e as de cunho eminentemente comercial, pelo que se faz necessário uma legislação especial regulamentadora que encerre com estas divergências e estabeleça critérios seguros para a aplicação dos institutos.

Não obstante, o entendimento mais razoável é no sentido de que a relação comercial de compra e venda, não atrelada à atividade-fim da empresa contratante, não se confunde com a terceirização, seja ela lícita ilícita, sendo inaplicável, neste caso, a responsabilização subsidiária consubstanciada na Súmula nº 331, inciso IV, do TST.

⁷⁵ BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 80340-69.2007.5.04.0382.. Recorrente: Arezzo Indústria e Comércio. Recorridas: Cléo da Silva Rocha e outras. Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 14 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 28 jul. 2010.

5 CONCLUSÃO

Da evolução histórica apresentada, verifica-se que o desenvolvimento laboral tendeu à terceirização, iniciando, no Brasil, com a indústria automobilística. É importante desenvolver o histórico do instituto da terceirização, pois ele iniciou como instrumento econômico-social e adentrou no campo do Direito, necessitando, portanto, um tratamento jurídico.

Embora existam inúmeras leis que tratem sobre o instituto jurídico da terceirização, não o fazem de forma satisfatória, eis que apenas contemplam casos concretos, de forma específica, condizentes a determinados ramos de atividades.

A título de exemplo, tem-se o Decreto-Lei nº 200/67 e a Lei 5.645/70, que regulam de alguma forma a terceirização, no entanto, dizem respeito à esfera pública. Da mesma forma, as Leis 6.019/74 e nº 7.102/83, que regulam casos bem específicos, quais seja, o trabalho temporário e o trabalho de vigilância e transporte de valores no setor financeiro.

Mas como toda a legislação brasileira caminha a passos muito lentos, porque até agora não foram votados em sua redação final os Projetos de Lei e nem mesmo foi editado qualquer outro diploma legal visando a regulamentar a terceirização, o Governo Federal, está regrando a terceirização, quando prestada por seus órgãos, por intermédio de diversos decretos regulamentadores, disciplinando, por meio deles, apenas os casos concretos já existentes na Administração Federal.

Da mesma forma, como não veio uma regulamentação legislativa sobre o assunto, o Poder Judiciário preocupou-se em balizar os elementos sobre os quais devia ser instalar o regulamento, com o surgimento da atual Súmula 331 do TST.

No entanto, a regulamentação de casos concretos não é suficiente, por isso ainda está em evidência a Súmula nº 331 do TST, que revisou a Súmula nº 256, e dá os balizamentos da terceirização no Brasil. Esta é uma tentativa de jurisprudência de suprir uma lacuna importante da legislação que está atrasada ante os fatos sociais.

Frisa-se que a terceirização representa uma das modernas formas de dinamização empresarial, possibilitando a otimização econômico-financeira de diversos empreendimentos.

Representa, juridicamente, uma forma de flexibilização do Direito do Trabalho, porquanto estabelece-se uma relação trilateral, que foge do âmbito da clássica

relação bilateral existente entre os atores da relação de emprego, ou seja, empregado e empregador, figuras previstas no Estatuto Consolidado.

Por conseguinte, é consabido que os princípios informadores da relação de trabalho, aplicáveis na seara laboral, propugnam pela inibição do *merchandage*, ou seja, da intermediação ilegal de mão-de-obra, sob o enfoque de que a prestação de serviços por trabalhadores, independentemente de sua qualificação, não se equipara a mercadoria, devendo ser preservados os princípios norteadores, inclusive constitucionalmente previstos, como é o caso da dignidade do trabalhador.

Cabe salientar, sob esse prisma, que a doutrina e a jurisprudência majoritária firmaram o entendimento de que é possível se ter a terceirização apenas na atividade-meio da tomadora, invalidando aquela realizada na atividade-fim, e reconhecendo que, em verdade, a vinculação empregatícia deu-se com a tomadora, quando evidenciados a subordinação e a pessoalidade, que, no caso de labor nessas condições é presumida.

Sob essa óptica, necessário inferir que as atividades inseridas no campo de dinamização empresarial por meio da terceirização devem estar circunscritas à atividade-meio, quando essas mesmas atividades devam ser executadas dentro do estabelecimento do tomador, baseadas em prestação de serviços de limpeza, vigilância ou especializados.

A terceirização de serviços, de forma lícita ou ilícita, impõe responsabilidades ao tomador, assumindo o papel de único responsável, no primeiro caso, existindo assim os elementos do vínculo de emprego diretamente com o tomador, seja assumindo o ônus de adimplir haveres trabalhistas de forma subsidiária, por ter escolhido mal o prestador ou não ter fiscalizado sua execução *in totum*.

Por seu turno, a simples compra e venda mercantil não implica em terceirização de serviços especializados ou intermediação de mão-de-obra, pois não está ligada nem a atividade-fim, nem a atividade-meio. Aliás, em tais situações, relevante a prova contábil e documental, como por exemplo, notas fiscais de compra e venda, para que se esclareça se há relação comercial ou terceirização.

E mais, a exclusividade das vendas, deve ser entendida como a exclusão de produtos de empresas concorrentes, não traduzindo a aplicação da Súmula 331, item IV, do TST. Note-se que a sua inteligência vem calcada no aproveitamento concomitante ou simultâneo, por parte de prestador e tomador, do resultado da força de trabalho do empregado nas atividades normais do último. Enquanto o primeiro

realiza seu objeto social, o segundo auferir os benefícios direitos do labor, daí a vinculação obrigacional entre as pessoas jurídicas. E as figuras da culpa *in eligendo* e *in vigilando* também geram os efeitos consagrados pelo elevado precedente.

Portanto, para a incidência da Súmula 331, item IV, do TST, não se afioram os tipos de prestador e do tomador, da forma em que concebidos pelo elevado precedente e, em especial, a natureza e destinação do trabalho dos empregados do último. A interferência material sobre o trabalho do obreiro não pode ser confundida com os limites estabelecidos por meio de um contrato de natureza comercial entre empresas.

Nesse contexto, ressalta-se que o entendimento mais razoável é de que a compra e venda não se confunde com a terceirização, seja ela lícita ilícita, sendo inaplicável, nestes casos, a súmula 331, IV, do TST, de modo que se faz necessário a adoção de critérios objetivos para se encerrar com as discrepâncias ocorrentes na Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. Terceirização: atividade-fim e atividade meio-responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. **Revista Ltr.** São Paulo, nº 5, p. 587-590, mai. 1996.

AQUINO, André Wilson Avellar de. Terceirização- **Responsabilidade solidária x Responsabilidade subsidiária**. Disponível em: <www.trt13.gov.br/revista/6andre.htm>. Acesso em: 16. jul. 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização e a jurisprudência. In: CARDONE, Marly A; SILVA, Floriano Corrêa da (coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho e na economia**. São Paulo: Ltr, 1993, cap. 4.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALVET, Otavio Amaral. **Responsabilidade subsidiária na terceirização**. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=12>>. Acesso em: 01.jul. 2010.

CAMPOS, José Ribeiro de. **Aspectos da Terceirização e o Direito do Trabalho**. Disponível em: <www.metodista.br/revistas>. Acesso em: 10 nov. 2009.

_____. A regulamentação da terceirização e a responsabilidade da empresa contratante pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada. **Revista Ltr.** São Paulo, vol. 73, nº 6, p. 724-733, jun. 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização. **Revista Ltr.** São Paulo, vol. 70, nº 06, p. 960-965, jun. 2006.

CASTRO, Cláudio Dias de. Terceirização- Atividade-Meio e Atividade-Fim. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, nº 225, p. 40-53, set. 2002.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. v.3.

FELÍCIO, Alessandra Metzner. Terceirização: caracterização e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabrilena Neves (coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, cap.4.

FERRARI, Irany. Enunciado nº 256 do TST. **Suplemento trabalhista**. São Paulo, n. 7, p 25-34, 1987.

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

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Contemporizando a terceirização. **Revista LTr**, vol. 57, nº 11, p.1319-1326, nov. 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos em espécie**. São Paulo: Saraiva: 2010. v.4.

GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. **O benefício de ordem e a responsabilidade subsidiária trabalhista**. Disponível em:<www.calvo.pro.br>. Acesso em: 04. jul. 2010.

GOMES NETO, Indalécio. Terceirização-Relações Triangulares no Direito do Trabalho. **Revista Ltr**. São Paulo, vol. 70, nº 9, p. 1031-1039, set. 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos a atos unilaterais**. v3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral e contratos em espécie**. São Paulo: Método, 2008.

MACIEL, José Alberto Couto. Terceirização. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, nº 314, p. 7-25, fev. 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Comentários às súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 33 ed. São Paulo: LTr, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. Relações Terceirizadas de Trabalho, inclusive ente público em relação ao período anterior à vigência da CF/88. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, nº 274, p. 92-98, out. 2006.

SUSSEKIND, Arnaldo. Enunciado nº 256: a mão-de-obra contratada e empresas de prestação de serviços. **Revista LTr**. São Paulo, v.51, p. 593-610, 1987.

**ANEXO A – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO DE LAVRA
DO MINISTRO MAURÍCIO GODINHO DELGADO**

PROCESSO Nº TST-AIRR-80640-31.2007.5.04.0382

fls.1

PROCESSO Nº TST-AIRR-80640-31.2007.5.04.0382

ACÓRDÃO
6ª Turma
GMMGD/cs/jb/ef

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA TRABALHISTA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. SÚMULA 331, IV/TST. A Súmula 331, IV/TST, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços, tem o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favoreça aquele que já foi beneficiário do trabalho perpetrado. Realiza, ainda, de forma implícita, o preceito isonômico, consubstanciado no art. 5º, caput, e I, da CF. Agravo de instrumento desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista TST-AIRR-80640-31.2007.5.04.0382, em que é Agravante AREZZO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e são Agravados IRIO FRANCK e CLÉO DA SILVA ROCHA.

O TRT de origem denegou seguimento ao recurso de revista da Reclamada (fl. 107). Inconformada, a Reclamada interpõe o presente agravo de instrumento, sustentando que seu recurso de revista reunia condições de admissibilidade (fls. 02-07). Não foram apresentadas contraminuta e/ou contra-razões, sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, do RITST.
É o relatório.

VOTO

I) CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos recursais, CONHEÇO do apelo.

II) MÉRITO

RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA TRABALHISTA. SÚMULA 331, IV/TST

O Tribunal Regional pontuou:

-(...)

Em contestação (fls. 62/66), a segunda reclamada alegou, em síntese, que apenas manteve relação comercial de compra e venda com a empregadora do reclamante, conforme faz prova as notas fiscais que anexa. Negou tenha fornecido maquinário, ferramentas, matéria-prima ou qualquer insumo para aquela produção, ou que tenha tido qualquer ingerência no pessoal da primeira reclamada.

Consoante prova testemunhal colhida no processo nº 00796-2007-381-04-00-2, constante da ata do processo nº 00802-2007-381-04-00-1 (cópia às fls. 211213), que as partes adotaram como prova emprestada (v. ata da fl. 210), a testemunha Magnus Alexandre Kirsch da Rosa, que trabalhou para a primeira reclamada de outubro de 2006 até o seu fechamento, declarou que neste período a primeira reclamada somente prestou serviços para a segunda reclamada; que produziam todo o sapato, sendo ele entregue encaixotado. Declarou, ainda, que havia um revisor de nome Gilberto, que era empregado da Arezzo, o qual comparecia diariamente na primeira reclamada, que era responsável pelo controle de qualidade.

Através da manifestação das fls. 131/133 a segunda reclamada informa a existência de uma agência, chamada Star Export, a qual coloca os pedidos da Arezzo no mercado. Diz que esta agência mantém contato com diversas fábricas para verificar quem consegue produzir aqueles calçados dentro dos padrões da Arezzo. Afirma que esta empresa agenciadora é quem faz eventual controle de qualidade dos produtos.

O documento das fls. 152/165, juntado pela ora recorrente, intitulado `Manual de Fornecimento de Produtos Arezzo junho/06-, onde contidas diversas especificações dirigidas às fábricas fornecedoras de produtos Arezzo (designação literal extraída do mesmo - fl. 156), revela a imposição de regras aos fabricantes e ampla ingerência da Arezzo em diversas etapas do processo produtivo.

Das próprias razões de recurso, onde a ré afirma (fl. 250) que é uma empresa que opera no ramo de modelagem e comercialização de artigos de couro e de plástico em geral, resta evidenciada a transferência do processo produtivo, ou seja, a segunda reclamada transfere para outra empresa a fabricação de calçados que ela desenha e que depois irá comercializar.

No ramo calçadista tem sido comum as empresas desmembrarem sua produção,

transferindo-a para várias empresas pequenas, sem estrutura e idoneidade financeira. A sobrevivência dessas empresas depende integralmente do contrato com a tomadora ou as tomadoras de serviços, tanto que, uma vez rescindido esse contrato, a empresa prestadora acaba fechando ou falindo.

Tal procedimento de pulverizar a produção de calçados em várias pequenas empresas, com fornecimento da matéria-prima, quando não de máquinas e equipamentos, e fiscalização da qualidade do fabrico, tem sido comum no ramo calçadista. Isso significa a pulverização da atividade-fim da segunda reclamada, ou seja, a produção de calçados.

Assim, a relação estabelecida entre a empresa tomadora e a prestadora não se trata de mera relação de compra e venda, mas de típica intermediação de mão-de-obra, o que é vedado no ordenamento trabalhista. Repassa a tomadora à empresa diversa parte integrante de sua atividade-fim, etapa da industrialização do produto a ser comercializado, desonerando-se da produção e beneficiando-se de forma exclusiva da comercialização. Ainda que se pudesse cogitar da responsabilidade solidária, estando vedada a reforma em prejuízo da recorrente, aplica-se o entendimento contido na Súmula 331, IV do TST, mantendo-se a segunda reclamada como responsável subsidiária pelo contrato de trabalho de que teve proveito.

Ressalte-se, por oportuno, que as notas fiscais juntadas aos autos às fls. 67 e seguintes não constituem prova conclusiva da limitação do período da contratação com a primeira demandada. As notas fiscais somente demonstram a contratação que identificam, não comprovando a inexistência de comercialização entre as reclamadas em períodos diversos dos ali registrados.

Por fim, não procede a sua insurgência contra a responsabilização por encargos moratórios e decorrentes da rescisão contratual, estando abrangidos pela responsabilidade subsidiária todas as verbas da condenação- (destacamos)(fls. 85-86).

A Reclamada, nas razões do recurso de revista, alega que o Reclamante não comprovou ser ela tomadora de serviços de sua empregadora, já que era apenas uma consumidora final e eventual dos produtos fabricados por aquela. Aduz não ser o caso de responsabilidade subsidiária pois que a relação havida com a primeira Reclamada era de natureza comercial. Requer, caso não seja reformado o v. acórdão, que sua -condenação deveria estar limitada somente ao período em que manteve relacionamento comercial com a 1ª Reclamada- (fl. 104). Aponta violação dos arts. 818, da CLT, 333 do CPC, 1º, IV, da CF, contrariedade à Súmula 331/TST e colaciona arestos para defesa de tese.

Sem razão.

As matérias dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC não foram objeto de análise em sede de recurso ordinário, com isso, inviável o exame da violação apontada uma vez que o Tribunal Regional, ao concluir pela responsabilidade subsidiária da Reclamada, teve por base os elementos de convicção constantes dos autos, em estrita consonância com as regras consubstanciadas no art. 131 do CPC.

De outro lado, a decisão oriunda do Regional ao estabelecer a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços, tem o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favoreça indevidamente àquele que já foi

beneficiário do trabalho do Reclamante. Realiza, ainda, de forma implícita, o preceito isonômico, consubstanciado no art. 5º, caput, ab initio, e I, da CF, não ferindo, por isso, em nenhum momento, a ordem jurídica vigente.

No tocante ao pedido de limitação da condenação ao período em que manteve relacionamento comercial com a 1ª reclamada, também razão não lhe assiste, visto que o v. acórdão regional registra que as provas juntadas aos autos não comprovam limitação do período de contratação.

Dessa forma, estando a decisão do Tribunal Regional em harmonia com a jurisprudência desta Corte, a pretensão recursal encontra óbice nos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT, na Súmula nº 333 e na Orientação Jurisprudencial nº 336 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte.

Por todo o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Egrégia Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 14 de abril de 2010.

MAURICIO GODINHO DELGADO

Ministro Relator

**ANEXO B – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO DE LAVRA
DA MINISTRA KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA**

PROCESSO Nº TST-AIRR-803/2007-382-04-40.7

fls.1

A C Ó R D ã O

5ª Turma

KA/br

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O TRT da 4ª Região negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, mantendo sua responsabilidade subsidiária pelo pagamentos dos débitos trabalhistas da empregadora, conforme a Súmula nº 331 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-803/2007-382-04-40.7, em que é Agravante AREZZO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e Agravado VERA MARIA CHIRASKI e CLÉO DA SILVA ROCHA.

O juízo primeiro de admissibilidade, a fls. 269/270, negou seguimento ao recurso de revista da reclamada.

A demandada interpõe agravo de instrumento, a fls. 254/265, sustentando que ficou demonstrada a viabilidade do conhecimento do recurso de revista.

Contraminuta às fls. 280/284.

Sem remessa ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, II, do Regimento Interno do TST).

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O TRT, a fls. 245/251, negou provimento ao recurso ordinário da segunda reclamada, pelos seguintes fundamentos:

-Veja-se, no aspecto, conforme salientado pela testemunha Magnus Alexandre Krisch da Rosa, ouvida no processo nº. 00802-2007-381-04-00-1 (fls. 135/137) que a prestação laboral da autora era destinada exclusivamente à recorrente, por intermédio da 1ª reclamada, sendo que inclusive havia um revisor, preposto da empresa ora recorrente, que comparecia à sede da 1ª reclamada e era responsável pelo controle de qualidade dos sapatos produzidos.

O depoimento da testemunha Douglas Michael Graff, o qual foi prestado no processo nº. 00806-2007-381-04-00-0 não destoa de tal realidade, ao passo que este informa que a 2ª reclamada costuma comprar sapatos prontos de outras empresas, apondo sua marca e comercializando-os em seu nome (fl. 138/139).

Observa-se, ainda, que a recorrente aduna com a defesa as notas fiscais (ou parte delas) correspondentes à relação comercial travada com a primeira reclamada (fls. 68/97), onde se constata que os produtos comercializados eram calçados prontos. Veja-se que a tomada dos serviços é incontroversa, uma vez que, em contestação, a ora recorrente refere que manteve -relação comercial com a 1ª Reclamada-, correspondente à compra e venda de produtos- (fl. 63), de modo que a relação mantida entre as reclamadas é de evidente terceirização de serviços, já que o objeto social da ora recorrente, dentre inúmeras outras atividades, é justamente a - modelagem e comercialização de artigos de couro...- (fl. 58).

Desta forma, a incontroversa -relação comercial- mantida com a primeira reclamada nada mais correspondeu que uma -prestação de serviços- - qual seja, a produção de sapatos por encomenda, o que atrai a aplicação do entendimento consubstanciado na Súmula nº 331, inciso IV, do TST, in verbis:

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

Salienta-se que a recorrente não traz prova de que a primeira ré também prestasse serviços para outras tomadoras, como alegado, ônus que era seu, nos termos do art. 818 da CLT. Ademais, tal situação inclusive foi afastada pela prova emprestada produzida, que atesta que a totalidade da produção da 1ª reclamada era exclusivamente destinada à comercialização pela 2ª reclamada.

Dessa forma, a exemplo do decidido na origem, entende-se pelo enquadramento do caso na hipótese prevista na Súmula nº 331, inciso IV do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Conseqüentemente, a recorrida deve responsabilizada subsidiariamente pelos créditos devidos à autora em decorrência do vínculo existente com a primeira demandada.

Não merece prosperar, ainda, o pedido de limitação da responsabilidade ao período em que vigente a relação comercial entre as reclamadas, eis que a integralidade do vínculo empregatício deu-se enquanto existente a relação comercial entre as

empresas, no período de janeiro a maio de 2007, segundo os termos da defesa (fl. 63), que abarca inclusive o período da rescisão do contrato com a 1ª reclamada-. (grifo original)

No recurso de revista, a fls. 254/265, a parte sustentou que não era tomadora de serviços, mas que mantinha apenas uma relação comercial eventual e temporária de compra e venda de calçados, sem exclusividade ou interferência na produção destes. Alegou violação dos arts. 818 da CLT, 267, IV e VI, e 333, II, do CPC. Indicou contrariedade à Súmula nº 331 do TST. Trouxe arestos para confronto de teses.

À análise.

O TRT consignou que -a tomada dos serviços é incontroversa, uma vez que, em contestação, a ora recorrente refere que manteve `relação comercial com a 1ª Reclamada-, correspondente à compra e venda de produtos- (fl. 63), de modo que a relação mantida entre as reclamadas é de evidente terceirização de serviços- (fls. 249). Assim, não reconheço ofensa ao art. 267, IV e VI, do CPC.

Não houve ofensa aos arts. 333 do CPC e 818 da CLT, pois, conforme dispôs o TRT na decisão recorrida, -salienta-se que a recorrente não traz prova de que a primeira ré também prestasse serviços para outras tomadoras, como alegado, ônus que era seu, nos termos do art. 818 da CLT- (fls. 250).

Ante o princípio da primazia da realidade, pelo que a verdade real prevalece sobre o revestimento formal que se tenha dado ao contrato, a Corte regional concluiu que o caso concreto foi de terceirização, ensejando o reconhecimento de responsabilidade subsidiária.

Para se chegar a conclusão contrária, seria necessário o revolvimento dos fatos e provas, o que não se admite, conforme a Súmula nº 126/TST.

Estabelecido o contexto, tem-se, sob o enfoque eminentemente de direito, que a decisão recorrida está em consonância com a Súmula nº 331, IV, do TST:

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

Por fim, nego provimento ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 14 de outubro de 2009.
KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

Ministra Relatora