

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST

Aluska Suyanne Marques da Silva¹
Flaviana Surama Delgado da Costa²

Resumo

A proposta deste trabalho é apresentar uma abordagem sobre o fenômeno da terceirização, e seus efeitos na relação de trabalho a partir das disposições doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais. Com a globalização, houve a eliminação de distâncias, transformando o mundo em uma verdadeira aldeia global, o que traz consigo novas formas de prestação de serviços, dentre elas a terceirização. Trata-se, portanto, de uma forma de flexibilização empresarial por meio da qual a empresa tomadora em vez de executar as atividades com seu próprio corpo de empregados, contrata os serviços de outra empresa, para que a mesma execute com seus próprios obreiros, isto é, sob sua responsabilidade. A partir do exposto conclui-se que o instituto nada mais é do que a transferência na execução de certas atividades acessórias para uma empresa prestadora de serviços por meio de um contrato. Para alguns doutrinadores trata-se de uma nova forma de gestão de negócios proporcionando a redução dos custos e o incremento da produtividade, ao passo que para outros é apenas uma nova forma de precarização do trabalho extirpando garantias do trabalhador. Nesse diapasão, percebe-se a relevância do tema não apenas no âmbito jurídico, mas, sobretudo, no âmbito social, uma vez que as flexibilizações no ambiente de trabalho não podem violar direitos fundamentais do trabalhador.

Palavras-chave: Terceirização. Súmula 331. Responsabilidade subsidiária.

1 INTRODUÇÃO

A temática que se passa a desenvolver nesta oportunidade diz respeito aos aspectos jurídicos da terceirização lícita, particularmente, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, bem como a formação da relação processual.

O fenômeno da terceirização vem se expandindo, fruto do atual cenário socioeconômico de globalização e neoliberalismo. Nesse contexto, as empresas buscam melhores resultados e esta finalidade é alcançada, muitas vezes, por meio da delegação de atividades secundárias para prestadoras de serviços.

Sendo assim, terceirização significa repassar para terceiros certas atividades acessórias do tomador de serviços para empresas distintas, especializadas em tais operações. Surge, então, uma relação jurídica triangular: Empregado – Empresa Tomadora de Serviços – Empresa prestadora de serviço.

A prestação de serviços de maneira terceirizada passou a ser uma boa opção para a Administração Pública no desempenho de atividades não correlacionadas aos seus fins. No entanto, não demorou para que o instituto começasse a ser deturpado passando a ser utilizado para substituir mão de obra dos concursados.

Praticamente, todas as hipóteses de terceirização lícita estão elencadas na súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. O aludido enunciado estipula: a formação de vínculo de emprego quando o serviço prestado não for ligado à atividade meio do tomador, salvo quando se tratar de Administração Pública; a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, desde que haja participado da relação

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Pós-graduanda em Direito do Trabalho pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas. E-mail: aluskasuyanne@yahoo.com.br.

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: flavianadelgado@hotmail.com.

processual e constem também do título executivo judicial, dentre outras orientações que serão analisadas no decorrer do artigo.

A expansão das relações comerciais possibilitou uma competição acirrada e direta entre as empresas. Por esse motivo, a terceirização constitui um novo modelo de flexibilização empresarial, visando à redução dos custos de produção e aumento da produtividade.

Em decorrência dessa nova realidade, para que o tema seja abordado com maior lucidez, o presente artigo se propõe a examinar esse fenômeno em uma perspectiva doutrinária, legal e jurisprudencial.

2 NOÇÕES INICIAIS

O surgimento da terceirização remonta à Segunda Guerra Mundial quando as indústrias de armamento não conseguiram suprir a necessidade do mercado. A partir dessa carência, as indústrias bélicas passaram a delegar certas atividades acessórias para empresas distintas por meio de contrato.

Corroborando com esse entendimento o autor Rubens Ferreira de Castro:

Antes da II Guerra Mundial existiam atividades prestadas por terceiros, porém não poderíamos conceituá-las como terceirização, pois somente a partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia, autorizando seu estudo pelo Direito Social, valendo lembrar que mesmo este também sofre grande aprimoramento a partir de então (CASTRO, 2000, p.75)

O instituto recebe várias denominações pela doutrina. Fala-se em subcontratação, parceria, filialização, reconcentração, desverticalização, locação de serviços, exteriorização do emprego.

O termo terceirização é um neologismo proveniente da palavra terceiro. O neologismo foi utilizado pela ciência da administração, visando uma nova reestruturação administrativa, por meio da descentralização na execução de atividades secundárias para terceiros.

Nesse contexto, pode-se definir a terceirização como sendo a possibilidade de delegar para terceiro a realização de atividades que não constituem a finalidade principal da empresa, surgindo uma relação jurídica triangular (empresa prestadora de serviços – empresa tomadora de serviços – empregado).

Sobre o tema Maurício Godinho Delgado assevera:

Para o Direito do Trabalho Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. (DELGADO, 2010, p. 414)

Discorrendo sobre o assunto o autor Gustavo Felipe Barbosa aduz:

Na terceirização, o trabalhador presta serviço ao ente tomador, mas possui relação jurídica com a empresa prestadora de serviços. A relação, assim passa a ser triangular ou trilateral, pois na terceirização o empregado da empresa prestadora presta serviços ao tomador. (GARCIA, 2010, p. 171)

Percebe-se que a empresa tomadora em vez de executar certas atividades com seu próprio corpo de empregados, contrata os serviços de outra empresa, para que a mesma execute com seus próprios obreiros, isto é, sob sua responsabilidade.

Note-se, no entanto, que nem toda atividade pode ser terceirizada; apenas aquelas consideradas atividades meio, ou seja, aquelas que não coincidem com o objetivo final da empresa. Do contrário, será reconhecido o vínculo de emprego com a empresa contratante.

A jurisprudência acaudilhada pela súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho corrobora esse entendimento:

Terceirização ilícita. Havendo nos autos prova de que a contratação de empresa interposta teve por

objetivo a prestação de serviços inerentes à atividade-fim da recorrente e, ainda, que esta tinha total ingerência sobre o serviço do autor, impõe-se o reconhecimento da ilicitude da terceirização, bem como a declaração de existência de vínculo entre a recorrente e o reclamante. Honorários advocatícios. Indevidos os honorários advocatícios, porque não preenchidos os requisitos exigidos pelas Súmulas 219 e 329 do TST. Recurso ordinário conhecido a que se dá parcial provimento. (1101200901516006 MA 01101-2009-015-16-00-6, Relator: ALCEBÍADES TAVARES DANTAS, Data de Julgamento: 06/04/2011, Data de Publicação: 13/04/2011)

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. A terceirização admitida em nosso ordenamento jurídico é a prevista na Lei nº 6.019/74 (trabalho temporário) e na Súmula nº 331/TST (serviços de vigilância, conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador). Pretensa terceirização de serviço diretamente ligado à atividade-fim da instituição bancária viola os preceitos da CLT, devendo ser afastada e reconhecido o vínculo empregatício diretamente com o tomador do serviço. (...) (RO 535004320085040008 RS 0053500-43.2008.5.04.0008, Relator: MARIA MADALENA TELESÇA, Data de Julgamento: 14/04/2010, 8ª Vara do Trabalho de Porto Alegre.)

Nesse contexto, poderia ser utilizado por meio de analogia para definir atividade fim o artigo 581, §2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, senão vejamos: “Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional”.

Ponderando sobre o tema Sérgio Pinto Martins (2008, p. 215) afirma que atividade meio é uma atividade de apoio ou complementar, não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. Finaliza, citando limpeza e vigilância como exemplos de atividade meio.

Cumprido esclarecer, todavia, que certas atividades fins da empresa podem ser terceirizadas de maneira legítima, especialmente se envolver a produção, como ocorre na indústria automobilística. Isso acontece porque o serviço prestado demanda alta especialização.

Pelo exposto, é notório que a relação de emprego verifica-se entre o empregado e a empresa prestadora de serviços, ao passo que o vínculo entre o tomador e a empresa prestadora decorre de outro contrato, este de natureza civil.

Percebe-se que a introdução de novas tecnologias, a partir do século XXI, propiciou uma revolução da informação e do conhecimento, apresentando novas formas de prestação de serviços e uma busca incessante de mão-de-obra qualificada devidamente especializada. E é exatamente nesse contexto que se insere a terceirização como forma de diminuição de custos e aumento de produtividade na prestação dos serviços.

Contudo, faz-se mister limites ao aludido instituto uma vez que haverá sempre uma tendência ao cometimento de abusos por parte das empresas. Na seara trabalhista, os limites visam equilibrar as garantias constitucionais do trabalhador em respeito à dignidade da pessoa humana do empregado.

3 LEGISLAÇÃO E A TERCEIRIZAÇÃO

No Brasil, a terceirização é um fenômeno relativamente novo e, por isso, o aludido instituto ainda é tratado pela legislação pátria de maneira tímida.

Maurício Godinho Delgado atenta que a CLT apenas fez menção a duas figuras delimitadas de subcontratação de mão-de-obra: a empreitada e a subempreitada (art. 455), esclarecendo que à época da elaboração da CLT (1940), a terceirização não constituía fenômeno com abrangência assumida nos últimos trinta

anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial. (DELGADO, 2010, p.415).

O artigo 455 assim preceitua:

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

O mencionado artigo aceita a terceirização por meio de empreitada estipulando a possibilidade de reclamação direta do empregado contra o empreiteiro principal, em caso de inadimplemento das obrigações pelo subempreiteiro.

Cumpre destacar, ainda, que a Orientação Jurisprudencial 191 da SDI do Tribunal Superior do Trabalho, alterada em maio do corrente ano, exclui qualquer forma de responsabilização para o dono da obra, exceto se tratar de empresa construtora ou incorporadora.

CONTRATO DE EMPREITADA DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL - RESPONSABILIDADE

Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Na Administração Pública, a terceirização operou-se por meio do decreto lei 200/67, recebendo a denominação de execução indireta dos serviços. O artigo 10, §7º estabelece:

Art. 10 – A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada:

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

Nota-se, pela leitura do dispositivo, que a delegação ocorre em funções meramente executivas, isto é, de atividades meio.

Ulteriormente, veio a Lei nº. 5.645/70 exemplificando as atividades consideradas acessórias ou secundárias, passíveis de delegação pela Administração Pública:

Art. 3º As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º do Decreto-Lei 200/67, de 25 de fevereiro de 1967.

A Lei nº. 6.019/74 criou o instituto do trabalho temporário que é definido pela própria legislação como “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”.

Nesse caso, o vínculo de emprego é formado entre a empresa de trabalho temporário e o trabalhador, embora execute os serviços no estabelecimento do tomador, hipótese nítida de terceirização. “Contudo, tal inflexão foi limitada, uma vez que a fórmula do trabalho temporário não autorizava a terceirização permanente, produzindo efeitos transitórios no tempo” (DELGADO, 2010, p. 419)

Também a Lei n. 7.102/83, que tratou da vigilância em estabelecimentos financeiros, pelo seu art. 3º, autorizou a intermediação do trabalho por empresa especializada. Neste caso, a terceirização foi autorizada de forma permanente. Posteriormente, com a alteração introduzida no art. 10, pela Lei n. 8.863/94, foi estendida a

autorização para que quaisquer estabelecimentos, públicos ou privados, ou até mesmo pessoas físicas, possam contratar serviços de vigilância de forma terceirizada. (PINTO, 2004, p. 127)

Um novo estímulo à terceirização ocorreu por meio da Lei nº. 8.949/94 que acrescentou o parágrafo único ao artigo 442 da CLT. O referido dispositivo estipulou que não existe vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Todavia, para que não haja relação de emprego entre os trabalhadores e a cooperativa, faz-se necessário que sejam eles efetivamente cooperados, que participem das assembleias, obtendo maior proveito pelo trabalho prestado do que se o estivessem prestando através de intermediários, já que a cooperativa não visa ao lucro, sendo que os excedentes financeiros devem ser distribuídos entre os cooperados, nos termos previstos estatutariamente. Ademais, não pode haver subordinação nos termos concebidos pelo direito do trabalho, com controle rigoroso de horário, desconto de faltas, dentre outros, sob pena de se configurar o vínculo empregatício, por se fazerem presentes os supostos do art. 3º da CLT. (PINTO, 2004, p.130)

Caso a cooperativa seja apenas de “fachada” para simular verdadeiro contrato de trabalho resultará em fraude à legislação trabalhista, sendo nulo de pleno direito. Nessa hipótese, o vínculo de emprego forma-se diretamente com o tomador uma vez que a cooperativa apenas intermediava a mão de obra.

No tocante a jurisprudência, o Tribunal Superior do Trabalho, inicialmente, visando uniformizar a matéria, considerou ilegal toda contratação realizada por meio de empresa interposta, por meio da súmula 256, em 1980. A qual, posteriormente, foi revista editando-se, em 1994, a súmula 331 que dirimiu inúmeros questionamentos perpetrados pela súmula anterior.

Em suma, a partir de toda essa regulamentação foi possível tornar a terceirização um instrumento útil e adequado no atual cenário socioeconômico de globalização.

4 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

O Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, delimitando as possibilidades das empresas terceirizarem suas atividades de maneira lícita.

É oportuno ressaltar que o referido enunciado sofreu alterações em 31.05.2011, dando nova redação ao item IV e inserindo os itens V e VI. Para melhor compreensão do tema, passo a uma análise mais minuciosa sobre os mencionados incisos.

Súmula 331- Contrato de prestação de serviços – Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário;

O primeiro pressuposto de licitude para a terceirização proíbe a contratação de trabalhadores por empresa interposta, reconhecendo o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora de serviços, salvo quando se tratar de trabalho temporário.

O trabalho temporário operou-se, conforme já mencionado, por meio da Lei 6.019/74, constituindo-se

como uma das primeiras formas de terceirização. É aquele prestado pelas empresas de locação de mão de obra temporária, quando são solicitadas por outra empresa que necessita de profissionais durante certo lapso de tempo.

É válido ressaltar que o trabalho temporário não pode ultrapassar três meses com o mesmo empregado, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Emprego.

A contratação temporária enseja para a empresa tomadora de serviços responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas devidos ao trabalhador temporário, ou responsabilidade solidária no caso de falência conforme prevê o artigo 16 da Lei nº. 6.019/74.

Outra questão que merece destaque é a isonomia de direitos entre os trabalhadores temporários e os empregados da empresa cliente. O art. 12 da Lei 6.019/74 assinala diversos direitos para os obreiros temporários, dentre os quais vale destacar: remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente; jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 50%; repouso semanal remunerado e adicional por trabalho noturno.

Nesse contexto, tem-se compreendido que se estendem a esse trabalhador terceirizado todas as verbas contratuais percebidas pelo empregado efetivo do tomador, verbas que possam afetar o nível salarial do trabalhador temporário, produzindo-lhe discriminação ilícita. (DELGADO, 2010, p. 438)

Por fim, cabe ressaltar que caso esteja ausente as causas justificadoras para contratação - necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços - a relação de emprego ocorre diretamente com a empresa cliente.

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional;

A terceirização passou a ser utilizada também pela Administração Pública. Assim como nas empresas privadas, o setor público só pode delegar as atividades meio (acessórias) do Estado.

Ocorre que o Estado corrompeu o objetivo do instituto ao contratar funcionários para realizarem atividades fim do setor público. Desta forma, foram suprimidos os concursos públicos em razão da contratação descomedida e extremamente nociva de prestadoras de serviços.

Nessa senda, o Tribunal de Contas da União (TCU) dispôs que a contratação indireta mediante empresa interposta para desempenho de atribuições típicas de cargos permanentes é atentatória ao preceito constitucional que impõe aprovação prévia em concurso público para investidura em cargo público. Vedando a terceirização em atividade fim no setor público.

Tal posicionamento encontra respaldo na súmula 331, II do TST supratranscrita.

No tocante a Administração Pública não há vínculo empregatício com o obreiro, visto que o art. 37, II, da Constituição Federal exige concurso público para contratação de servidores ou empregados.

“Nesse quadro constitucional, torna-se inviável, juridicamente, acatar-se a relação empregatícia com entidades estatais mesmo em situações de terceirização ilícita, já que neste caso o requisito formal do concurso público não teria sido cumprido.” (DELGADO, 2010, p. 429)

É de bom alvitre explicar que a contratação realizada pela administração sem concurso público é nula. Face à nulidade, tal contratação não gera efeito algum. Somente conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário

mínimo e dos valores referentes aos depósitos do FGTS, conforme dispõe a súmula 363 do 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 a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

O Tribunal Superior do Trabalho autorizou a revisão da súmula n. 256, por meio do Enunciado n. 331, ampliando as categorias funcionais passíveis de delegação. O aludido tribunal autorizou a terceirização em atividade meio da empresa, como, por exemplo, nas atividades de limpeza, conservação e vigilância.

No tocante a atividade de vigilância esclarece Maurício Godinho Delgado:

A súmula 256 reportava-se aos casos previstos na Lei nº. 7.102/83, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar, genericamente, atividades de vigilância. Isso significa que, hoje, não apenas o segmento bancário, mas quaisquer segmentos de mercado de trabalho (inclusive pessoas naturais), que contratem serviços de vigilância mediante empresas especializadas (que obedecem às normas da legislação específica, anteriormente dirigida apenas a empresas de vigilância bancária), poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho e serviços especializados, valer-se do instrumento jurídico terceirização. (DELGADO, 2010, p.424)

As empresas de limpeza e conservação são empresas prestadoras de serviços, sendo reguladas pelos artigos 610 a 626 do Código Civil. Portanto, tais atividades não geram vínculo de emprego com o tomador, desde que inexista pessoalidade e subordinação na prestação dos serviços mencionados.

Discorrendo sobre o tema Sérgio Pinto Martins assevera:

Para que inexista, contudo, o vínculo de emprego com a tomadora dos serviços, é mister que a pessoalidade e a subordinação direta dêem com a pessoa que fornece a mão-de-obra. Caso o serviço seja feito no estabelecimento da tomadora, deve ser executados sob as ordens de prepostos da prestadora, e não da tomadora. Subordinação direta ocorre com a empresa prestadora de serviços, que determina quais empregados irão trabalhar na tomadora, em que horário etc. Subordinação indireta dá-se com a empresa tomadora dos serviços, que estabelece como os serviços internos devem ser feitos. (MARTINS, 2008, p. 215)

Observe-se que não pode haver pessoalidade e subordinação na prestação das atividades com a empresa cliente. Assim sendo, caso o trabalhador terceirizado desenvolva suas atividades no estabelecimento da empresa cliente, com uso de equipamento desta e sem a presença de um representante da prestadora/contratada, descaracterizada estará a terceirização, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego diretamente com a empresa contratante. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p.77)

Ressalvando que o trabalho temporário, instituto elencado no I do enunciado transcrito, é a única hipótese de terceirização que se permite à pessoalidade e subordinação direta entre o obreiro e a empresa tomadora de serviços.

Diante do exposto, conclui-se que a terceirização presta-se a execução da atividade meio do tomador, isto é, atividades secundárias não relacionadas com a finalidade do empreendimento econômico, bem como determina a inexistência de pessoalidade e subordinação direta com a empresa cliente.

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

A doutrina da responsabilidade civil tem por fim determinar quem é o devedor da obrigação de indenizar quando um dano é produzido (GOMES, 2006, p.447).

Consoante Rodolfo Pamplona (2005, p.09), a responsabilidade pressupõe uma atividade danosa de alguém que, atuando ilicitamente, viola uma norma jurídica. Leia-se: “A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.”

Por seu turno, Maria Helena Diniz esclarece que a responsabilidade civil consiste na:

Aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal. (2003, p. 34)

Nesse contexto, a responsabilidade pode ser definida como o dever de reparação diante de um prejuízo causado pelo próprio indivíduo ou por terceiros por quem responda.

No tocante a responsabilidade subsidiária pode-se defini-la como sendo uma forma de benefício de ordem. Dessa maneira, deve a empresa prestadora de serviço ser chamada a pagar em primeiro lugar no caso de créditos, eventualmente, reconhecidos em decisão. Não pagando, se incumbe o devedor subsidiário, isto é, a empresa tomadora de serviços.

A ideia dessa responsabilização resulta de em uma culpa *in eligendo* do tomador de serviços, isto é, na escolha do prestador, bem como *in vigilando* da atividade exercida, isto é, o dever de fiscalizar.

Nessa linha, Gustavo Felipe Barbosa Garcia aduz:

Quem terceirizou a prestação de serviços tem os deveres de escolher empresa prestadora idônea e de acompanhar o correto cumprimento dos preceitos trabalhistas. Havendo o descumprimento dos direitos do empregado, o responsável principal é o empregador, no caso, a empresa prestadora. Mesmo assim, caso esta não tenha condições patrimoniais de satisfazer esses direitos trabalhistas, o tomador passa a responder de forma subsidiária, em razão de sua culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, ou mesmo em razão do risco que assume por ter preferido a terceirização de atividade, deixando de contratar empregados para exercê-la diretamente. (2010, p. 176)

Atente-se que a responsabilidade é subsidiária, e não solidária, uma vez que conforme prevê o artigo 265 do Código Civil a solidariedade não se presume, isto é, resulta da lei ou da vontade das partes. Assim sendo, deve-se primeiro perquirir pelo patrimônio da empresa prestadora de serviços. Caso os bens sejam insuficientes ou, simplesmente, inexistentes deve-se alcançar o patrimônio da tomadora.

Somente em relação às empresas prestadoras de trabalho temporário existe a previsão legal de responsabilidade solidária, e ainda assim só no caso de falência da prestadora de serviços. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 77)

Diante do exposto fica a dúvida: Qual o fundamento para tal responsabilização uma vez que o contrato civil firmado com a empresa prestadora é lícito?

A justificativa encontra respaldo no artigo 932, III, do Código Civil que regula a responsabilidade civil do empregador por ato de seus empregados:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

Nota-se que o atual ordenamento jurídico atribui responsabilidade indireta, isto é, atribui a alguém um dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro.

Sendo assim, passou-se a responsabilizar o tomador de serviços por ato de terceiro que contrata e disponibiliza empregados a seu favor.

Nesse contexto, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona esclarecem que não se trata de uma novidade no sistema, mas, sim da consagração da ideia de que se deve propugnar sempre pela mais ampla reparabilidade dos danos causados, não permitindo que aqueles que usufruem dos benefícios da atividade não respondem também pelos danos causados por ela. (2005, p.276)

Portanto, o tomador de serviços assume os riscos ao terceirizar suas atividades, respondendo subsidiariamente com base na culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*.

Sedimentando o posicionamento supra, tem-se a seguinte decisão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. ATO ILÍCITO DE FUNCIONÁRIOS DA EMPRESA DE SEGURANÇA TERCEIRIZADA. **CULPA IN ELIGENDO DO EMPREGADOR**. 1. Caracterizada a culpa *in eligendo*, a responsabilidade é atribuída a quem escolheu mal - *male electio* - aquele que praticou o ato. 2. "Certas pessoas estão subordinadas a outras por uma relação jurídica que lhes confere um poder de ação, do qual pode advir dano a terceiro. Tais pessoas devem ser bem escolhidas, já que, por seus atos, responde quem as escolheu. É, portanto, a responsabilidade que temos pelos atos de sujeito que, de alguma forma, devemos guardar." (GOMES, Orlando. Obrigações. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988, pág. 327). 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no Ag 708927 MG 2005/0157240-9, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 19/05/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/06/2009)

A jurisprudência do TST (súmula 331, IV) impõe como condição para a responsabilização a inclusão da empresa tomadora no polo passivo da demanda trabalhista, tendo em vista que em um processo, quem não for parte na fase de conhecimento não o pode ser na execução.

Sedimentando esse entendimento, têm-se as observações de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Consoante a exigência plasmada na súmula nº. 331 do TST, acima reproduzida, para que o reclamante (trabalhador da empresa de terceirização) possa demandar os seus créditos trabalhistas também do tomador dos serviços, este deve constar da relação processual desde a fase de conhecimento. Portanto, já na reclamação trabalhista (petição inicial) deverão constar, como reclamados (réus), a empresa prestadora dos serviços e o tomador dos serviços, este apontado como responsável pelo pagamento no caso de inadimplemento daquela (2008, p.81).

Orientação justa, pois a empresa tomadora tem o direito de se defender no decorrer do processo, isto é, tem o direito a ampla defesa e ao contraditório. É oportuno lembrar, no entanto, que a ação não pode ser proposta exclusivamente contra o tomador de serviços uma vez a responsabilidade é subsidiária, ao menos que se pleiteie o vínculo empregatício com a empresa cliente.

Caso a reclamação trabalhista seja ajuizada exclusivamente em face do tomador de serviços, o destino da reclamatória será a improcedência. Se isso não ocorrer, na defesa, pode a empresa cliente postular a intervenção de terceiros por meio do chamamento, a lide, da empresa contratada.

Pelo exposto, não pode o reclamante ingressar com uma ação em face da empresa prestadora de serviços e apenas na fase de execução indicar o tomador como responsável.

Nessa senda, Sérgio Pintos Martins esclarece que a citada súmula aplica regra análoga já encontrada na antiga súmula 205 do TST, quando mencionava a necessidade de todas as empresas do grupo econômico figurarem no polo passivo da ação para poderem ser executadas (2008, p.217).

Partindo do que já foi ilustrado, a empresa cliente tem o direito de regresso contra a prestadora caso venha a adimplir as verbas trabalhistas pleiteadas.

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

A partir desse novo posicionamento percebe-se que não existe responsabilidade automática da Administração Pública, pois deve ficar evidenciada a conduta culposa por parte do ente público, por meio da falta ou a falha na fiscalização, portanto a responsabilidade passou a ser subjetiva.

Sendo assim, o ente público ao escolher a empresa prestadora de serviços deve se certificar sobre a idoneidade financeira da empresa, bem como verificar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Caso não o faça, poderá ser responsabilizado.

Anteriormente, o TST entendia que o mero descumprimento das obrigações contratuais trabalhistas pelas prestadoras, por si só, permitia à Justiça do Trabalho reconhecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço com fulcro na antiga redação do inciso IV da multicitada súmula:

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 n.º 8.666, de 21.06.1993)..

As seguintes decisões ilustram bem o remoto entendimento:

TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR. SÚMULA Nº 331 do TST. Reconhecida a terceirização dos serviços prestados pela reclamante, remanesce para o tomador a responsabilidade, na forma subsidiária, em relação às verbas trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho e não cumpridas pelo responsável principal, conforme dispõe a Súmula 331 do TST. Recurso não provido. (RO 114928 PB 00993.2009.026.13.00-8, Relator: HERMINEGILDA LEITE MACHADO. Data de Julgamento: 18/05/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/06/2010)

Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade subsidiária. Para invocar a aplicabilidade do art. 71 da Lei 8.666/93 a administração pública deve fazer prova da contratação por licitação pública. Matéria de fato não demonstrada nos autos. Ademais, ainda que provada a licitação, subsiste a responsabilidade nos termos da Súmula 331, IV do C. TST. Sentença que se mantém. (RECEXOFF 233200603102003 SP 00233-2006-031-02-00-3, Relator: ANTERO ARANTES MARTINS, Data de Julgamento: 15/06/2010, 3ª TURMA, Data de Publicação: 25/06/2010)

Autores corroboravam:

Prevalece o entendimento de que a disposição da Lei 8.666/93, sobre licitação, não afasta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quando terceiriza atividades. O máximo que se poderia admitir é a exclusão de transferência da responsabilidade principal, ou seja, solidária. (BARBOSA, 2010, p.176)

Dessa forma, mesmo quando o ente tomador fosse a Administração Pública, não era afastada a responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas inadimplidos pelo prestador de serviços, ainda com o disposto no art. 7, §1º, da Lei 8.666/93:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do

contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Ocorre que o Superior Tribunal Federal, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, reconheceu a constitucionalidade do mencionado artigo 71, em sendo assim, não foi mais possível só por este fundamento reconhecer a responsabilidade. Portanto, a nova redação adequou-se ao entendimento do STF sobre o tema.

O presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro João Oreste Dalazen, esclareceu que não haverá grandes mudanças: “Chegaremos ao mesmo resultado por um outro caminho, outro fundamento: a eventual conduta culposa do ente público, caso evidenciada no processo, permite o reconhecimento de que ele responde pelas obrigações”³:

Pelo apresentado, podem-se chegar às seguintes conclusões: O Art. 70, §1º da Lei 8.666/93 é constitucional, bem como o ente público só responderá se houver omissão culposa no seu dever de fiscalizar.

Por fim, é oportuno questionar os reais impactos dessa decisão, uma vez que obrigar o empregado a provar que o ente público atuou culposamente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora não será tarefa fácil.

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

A antiga redação da Súmula 331 por meio do inciso IV não estabelecia os limites da responsabilidade no tocante as verbas.

Após a nova redação do enunciado, sejam as verbas tidas como de caráter personalíssimo, assim devidas somente pela principal empregadora (prestadora), tais como as multas dos artigos 467 e 477 da CLT e 40% do FGTS. *De responsabilidade tributária (recolhimento de INSS e de IR), que traduz penalidade intransferível*, ou ainda, meramente acessórias. (ORTIZ, 2001 p.01)

Portanto, a celeuma veio a ser resolvida, resta incontroverso que a responsabilidade subsidiária abarca todas as verbas decorrentes da condenação.

5 TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

Diante da enumeração das situações em que é válida a terceirização, conclui-se que fora das hipóteses citadas ela será ilícita.

Corroborando esta afirmação, têm-se as observações de Maurício Godinho Delgado:

Excluídas as quatro situações-tipo acima examinadas, que ensejam a terceirização lícita no Direito brasileiro, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, caput, e 3º, caput, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida. (2010, p.426)

Sendo assim, a terceirização ilícita resulta no reconhecimento do vínculo empregatício entre a empresa tomadora de serviços e o empregado contratado, salvo quando se tratar de Administração Pública.

³ Disponível em: http://ext02.tst.gov.br/pls/nt01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia_Raiz?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=12334. Acesso em: 22 jun. 2011.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação de emprego presencia, contemporaneamente, a era da competitividade do mercado, isso propicia uma revolução da informação e do conhecimento, apresentando novas formas de prestação de serviços, dentre as quais se destaca a terceirização.

A terceirização proporcionou um novo modelo de vínculo empregatício no qual existe uma relação triangular, sendo exceção como forma de contratação de mão de obra.

A prestação de serviços terceirizados ocorre apenas para as atividades meio da empresa, do contrário forma-se vínculo de trabalho com o tomador de serviços, exceto se for Administração Pública. Uma vez que o ingresso na Administração depende de concurso público.

Na hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora, responde subsidiariamente o tomador de serviços, inclusive a Administração Pública, desde que esteja incluso no polo passivo da demanda, isto é, conste na reclamação trabalhista como réus a empresa prestadora de serviços e a empresa cliente.

Essa forma de flexibilização empresarial sofre duras críticas por parte de alguns estudiosos, quase sempre no sentido de que violam garantias fundamentais dos trabalhadores. Ao passo, que outros tantos acreditam que diante desse novo cenário mundial de mercado globalizado se faz necessário certo grau de flexibilização nas relações trabalhistas no Brasil.

Diante desse quadro, compete ao judiciário, ao analisar as reclamações trabalhistas, observar a natureza da terceirização, a finalidade para qual foram contratados aqueles profissionais terceirizados, aplicar a responsabilidade subsidiária do tomador, para que o mesmo seja mais prudente no momento da contratação; tentar reduzir ao máximo a possibilidades de fraudes.

Em suma, são imprescindíveis adaptações jurídicas que acompanhem as mudanças sociais. O direito do trabalho deve adquirir um novo perfil em consonância com a atualidade que permita a existência de novos métodos de racionalização administrativa, mas não permita a abolição de direitos fundamentais do trabalhador.

OUTSOURCING LABOR: THE NEW WORDING OF SUMULA 331 TST

Abstract

The purpose of this paper is to present an approach to the phenomenon of outsourcing and its effects on the employment relationship from the doctrinal statements, legislative and jurisprudential. With globalization, there was the elimination of distance, turning the world into a true global village, which brings with it new ways of providing services, among them outsourcing. It is therefore a more flexible form of business through which the borrower company instead of performing the activities with his own body of employees, engages the services of another company to do the same with their own workers, this is under his responsibility. From the foregoing it follows that the institute is nothing more than the transfer in the execution of certain activities accessory to a service provider through a contract. For some teachers this is a new way of providing business management to reduce costs and increase productivity, while for others it is just a new form of precarious employment guarantees excising the worker. In this vein, we see the relevance of the theme not only in the legal field, but especially in the social sphere, since the flexibilities in the workplace can not violate fundamental rights of workers.

Keywords: Outsourcing. Sumula 331. Secondary Liability.

REFERÊNCIAS

CASTRO, de Rubens Ferreira. **A terceirização no Direito do Trabalho**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil - vol. III – Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELES, Livia Maria Silva. **Terceirização**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/1743/1/Terceirizacao/pagina1.html> Acesso em: 18 mai. 2011.

ORTIZ, Thelmo Christian. **Comentários à Alteração do Inciso IV e aos Novos Incisos V e VI, todos da Súmula 331 do TST**. Disponível em: <http://www.diariotrabalhista.com/2011/05/comentarios-alteracao-do-inciso-iv-e.html> Acesso em: 20 de jun. 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Impetus, 2008.

PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização dos Serviços – Responsabilidade do Tomador - **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3^a Reg., Belo Horizonte, v. 39, n. 69, p. 123-146, jan./jun.2004.

www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia.

www.jus.uol.com.br