

Responsabilidade Objetiva do Tomador de Serviços –Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Marcelo Papaleo de Souza
Juiz do Trabalho Substituto.

1 Terceirização

1.1 Conteúdo

O atual processo de industrialização apresenta-se no sentido inverso do que se verificava na fase inicial da era industrial, em que a tendência era a da verticalização, concebida como auto suficiente e que organizava todas as fases do processo produtivo (modelo fordista). A concepção clássica vem sendo gradativamente substituída pelo processo de horizontalização, onde várias empresas ou empreendimentos menores somam-se no processo produtivo.

A terceirização só concretiza-se quanto há intermediação de mão-de-obra ligada à atividade meio da empresa, pois a contratação para a realização de atividade-fim só pode ser feita mediante contrato de emprego, nos moldes fixados pela CLT.

A atividade fim é aquela diretamente relacionada ao núcleo da atividade empresarial. Já a atividade-meio não se concentra no núcleo da atividade do empreendimento,

pois é apenas o caminho para se alcançar seu objetivo final.

1.2 Enfoque histórico e legislativo

Tem-se uma idéia de terceirização no período da II Guerra Mundial, onde as empresas produtoras de armas, sobre-carregadas com a demanda, delegavam serviços a terceiros para dar suporte ao aumento da produção. No Brasil a noção de terceirização foi trazida por multinacionais na década de cinquenta.¹

As empresas de limpeza e conservação foram as pioneiras no país, pois existem desde 1967. Os Decretos-leis ns. 1.212 e 1.216 de 1966, permitiam aos bancos utilizarem de empresas para a sua segurança, que foi tratado também no Decreto-lei nº 1.034 de 1969. O Decreto nº 62.756, de 22 de maio de 1968, estabeleceu regras para o funcionamento de agências de colocação ou intermediação da mão-de-obra. Em 1974 surge a norma que efetivamente tratou de terceirização, Lei nº 6.019, que regulamentou o trabalho temporário. A Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, trata da exploração de

1 MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1996, p. 13/14.

serviços de vigilância e de transporte de valores no setor financeiro.

1.3 Terceirização interpretada pelos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho

A terceirização de mão-de-obra, inicialmente, foi interpretada pelo Enunciado nº 256 do TST, no sentido de coibir-se a terceirização generalizada e fraudulenta, repudiando esses contratos de trabalhos atípicos e triangulares. A orientação era de que existia a fraude na intermediação de mão-de-obra, com exceção das modalidades indicadas (serviço de vigilância e trabalho temporário).

Enunciado n. 256: Salvo no caso de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício com o tomador dos serviços. (Resolução Administrativa nº 4/86).

Tal posicionamento foi revisto pelos Ministros do TST, que elaboraram o Enunciado nº 331:

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 6019, de 3.1.74).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços

de vigilância (Lei nº 7102, de 20.6.83), 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 na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Parte do Enunciado n. 331 foi alterado pela Resolução TST nº 96, de 11.09.2000), passando a seguinte redação:

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

Com base no texto do Enunciado n 331, verifica-se que não houve contrariedade ao já referido no Enunciado nº 256, mas sim a inovação quanto ao entendimento de que a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo com os órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional (art. 37, II, da Constituição Federal) .

Constata-se que os Ministros do TST admitiram a possibilidade da terceirização, nos casos de trabalho temporário, vigilância, conservação e limpeza e nas atividades meio, fazendo uma ressalva de que não exista a

personalidade e a subordinação direta. Tal entendimento, sem sombra de dúvida, é muito mais complacente com a possibilidade da utilização de prestadoras de serviços.

Alteração sensível é a prevista no item IV, segundo o qual “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços (tanto público como privado) quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial”. Substituiu-se a solidariedade passiva entre a locadora e o tomador, pela obrigação derivadas do contrato de trabalho, pela figura da **responsabilidade subsidiária**.

Substituindo a solidariedade entre o tomador e o intermediário, ameniza-se a posição do tomador que, subsidiariamente, só responderá pela dívida quando esgotado o patrimônio ou a solvabilidade do intermediário.

Na solidariedade cabe ao credor a escolha de cobrar a dívida de somente um dos devedores ou de todos, havendo a previsão de que o devedor que pagou a totalidade do débito exigir dos demais coobrigados a sua parte na dívida.

Na subsidiariedade a responsabilidade do devedor ordinário só transfere-se quando este for inadimplente.

Diverge-se, completamente, das conclusões de SÉRGIO PINTO MARTINS² que refere que o TST adotou a posição da subsidiariedade por aplicar

analogicamente o artigo 455 da CLT. O artigo 455 da CLT determina a responsabilidade solidária do empreiteiro com o subempreiteiro, pois até faculta a reclamação contra o primeiro e, após, este tem a ação regressiva contra o real empregador.

2 Responsabilidade Subsidiária

2.1 Responsabilidade civil

Há que se apresentar, inicialmente, alguns comentários a respeito da responsabilidade civil.

Na vida em comunidade afiguram-se situações causadoras de danos a membros da sociedade. A partir da realidade social dos conflitos existem entre causador do prejuízo e prejudicado, surgiu a necessidade da fixação de comandos normativos que viessem a solucionar dúvidas, tais como: a culpa pelo prejuízo; o montante dos danos; sua liquidação; o critério de reparação; entre outros.

Sendo assim, impõe a lei ao autor de certo fato danoso, ou beneficiário de situação, igualmente danosa, a obrigação de indenizar.

A reparação do dano objetiva o ressarcimento dos prejuízos acarretados ao lesado, tanto em seu patrimônio como em componentes de sua pessoa, ou de sua personalidade, ocasionando a reconstituição ou reparação de sua situação às custas do ofensor.

O direito à reparação nasce com a caracterização da responsabilidade civil do

2 Ob.cit. p. 100/101.

agente, possibilitando ao lesado o acionamento da justiça, a fim de retirar do respectivo patrimônio o numerário suficiente para repor as perdas experimentadas.

O dano poderá surgir de várias formas: do fato da coisa, do fato do homem, de qualquer sinistro e até do azar, que antes era suportado pela própria vítima, que, no entanto, nos tempos atuais, essa situação alterou-se profundamente. A partir da premissa de que o desenvolvimento tecnológico foi constituído para favorecer não somente a determinada pessoa ou grupo de pessoas, mas a toda sociedade, e de que os riscos defluem desse desenvolvimento e das atividades atreladas, a conclusão a que se chega é de que o dano deverá ser suportado pela sociedade. Tal conclusão soma-se o aspecto do questionamento do responsável pelo dano provocado por um fato que, embora seja determinável pela consequência do evento danoso, é muitas vezes indeterminável pela causa que originou.

A velha estrutura da culpa não resolve todos os problemas da vida moderna. Mesmo alargando os seus conceitos não eram suficientes para apresentar as soluções. Não havia como limitar a responsabilidade civil a critério da culpa, o que levou a uma reformulação. A objetivação da responsabilidade civil, que tem como princípio a idéia de que todo o risco deve ser garantido, afasta-se da culpa³ para basear-se no risco,

ante a dificuldade de obtenção da sua prova, pelo ofendido, com possibilidade da reparação. Os defensores da responsabilidade objetiva enfatizam o caráter da equidade, afirmando que aqueles que obtêm lucros devem responder pelos riscos e desvantagens da atividade.

A finalidade da responsabilidade civil, não se limita, contudo, a reconstituição do *status* da vítima, pois não estaria ajustada a realidade de um país que persegue a paz e a justiça social, princípios previstos na Constituição Federal. Quando da ocorrência de dano patrimonial não só a vítima perde, mas toda a sociedade, pois os danos emergentes e/ou lucros cessantes suportados pela vítima se refletem no meio social. A consequência é a socialização dos riscos pelo dano individual. Enquanto a responsabilidade civil guarda uma relação individual entre o causador do dano e lesado, quando tratado o tema a partir de sua socialização, adentra-se em questão de justiça coletiva. De forma concorrente a socialização dos riscos importa em preocupação do Estado para com o bem estar da vítima independentemente da culpa ou mesmo existência de ilícito justificável pelo agressor, tudo em observância à evolução social dos riscos (exemplo indenização de acidente de trabalho e seguros pela circulação de veículos).

Procura-se demonstrar que por detrás de toda uma conveniência com o perigo,

3 Conforme referido por Caio Mário da Silva Pereira um dos aspectos que se identifica como representativo da marcha no sentido da doutrina objetiva, é a teoria da "culpa presumida". Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermediária, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, atenta-se diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado. Se distancia da concepção tradicional no que se refere ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais para a reparação. Na culpa presumida ocorre a inversão do ônus da prova, em face da presunção do comportamento culposo do causador do dano, cabendo a este demonstrar a ausência de culpa para se eximir da obrigação de indenizar (ob. cit., 263/265).

aliado às regras sociais e de solidariedade, existe o atendimento ao interesse coletivo comum de toda a sociedade; assim, determinados danos deverão ser indenizados por todos os membros da coletividade e não somente por uma pessoa ou grupo de pessoas. Afastam-se, desta forma, as soluções individualistas do ressarcimento, compatíveis com a idéia de culpa. Em razão de tal entendimento aparece o seguro como forma encontrada de equacionar esses problemas, através do pagamento de prêmio, muitas vezes previstos em norma legal (acidente de trabalho – Lei nº 8.212/91; veículos automotores de via terrestre – Decreto-lei nº 6.194/66; danos nucleares – Lei nº 6.453/77, entre outras).

O risco é considerado um dos mais relevantes componentes da teoria da responsabilidade objetiva. A importância desse elemento impõe que se apontem as suas linhas mestras, abordando-se a teoria erigida sobre o risco, para que se tenha uma idéia clara da sua estrutura, considerando-se as várias modalidades existentes sobre ela.

A teoria do risco integral proclama que o agente deve reparar o dano por ele causado, independentemente de existir um fato culposos; não se perquire sobre as circunstâncias do fato causador do dano, bastando que este ocorra e que esteja vinculado a determinado fato para assegurar à vítima a sua reparação. Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade Civil*, ed. Forense) defende a tese de que tal teoria se aplica no direito público ou da responsabilidade civil do Estado, embasado no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal. Não sendo o objeto principal da presente fundamentação, deixar-se-á de tecer comentários a respeito das teses contrária a referida,

no sentido do risco administrativo e não do risco integral da administração pública (Alcino Pinto Falcão, *RDP*, 11:45; Weida Zancaner, *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*; Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Ajuris*, 59:11).

A teoria do risco profissional cuida do risco pertinente à atividade laboral na relação jurídica do vínculo empregatício que se forma entre o empregador e o empregado. Afasta a idéia de culpa, impondo ao empregador a obrigação do ressarcimento por acidentes ocorridos com seu empregado, em decorrência da disponibilidade deste para o trabalho ou por ocasião dele.

A teoria do risco social, evolução da seguridade social, repousa na tese defendida pelos doutrinadores de que há responsabilidade de toda a sociedade em face de acidente de trabalho, pois sendo o risco criado pelo homem, através de instrumentos, máquinas, edificações, que trazem proveito a toda coletividade, esta devendo compartilhar os riscos pertinentes. Embora esta forte corrente doutrinária, a Constituição Federal relacionou o acidente de trabalho com o risco profissional, estabelecendo um seguro específico a cargo exclusivo do empregador, nos termos do art. 7º, XXVIII.

Na teoria do risco proveito que tira proveito ou vantagem do fato causador do dano é obrigado a repará-lo. Deve-se colocar o conceito de proveito em sentido amplo, ou seja, que ele traria vantagens a toda e quaisquer atividades, Mazeaud e Mazeaud respondem que a “teoria do risco proveito é puramente negativa; ela se confunde com a teoria integral do risco”. Por sua vez, Savatier argumentou que somente um insensato praticaria atos sem que houvesse interesses de ordem pecuniária ou moral

(referidos por PAULO SERGIO GOMES ALONSO, *Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva*, ed. Saraiva, 2000, p. 64).

A teoria do risco criado é baseada no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma atividade lícita perigosa, responderá pelos danos causados a terceiros, em decorrência dessa atividade, independentemente da comprovação da culpa. A noção central do risco criado está no elemento perigo, existente em algumas atividades, que, em razão da sua natureza ou dos meios utilizados, está inserido, sujeitando o homem a riscos de toda ordem, inclusive à sua própria vida.

Com efeito, pelo instituto da responsabilidade fica o agente obrigado a satisfazer os interesses do lesado, atingidos por fato próprio (responsabilidade direta), ou de terceiros relacionados (responsabilidade indireta) (ou, ainda, de coisas ou de animal sob sua égide).

Ressalta-se, por fim, que a responsabilidade subjetiva pressupõe o ato ilícito, em que a culpa é elemento anímico, enquanto na responsabilidade objetiva decorre de atividade lícita, em que o ato anormal se aprecia objetivamente.

2.2 Responsabilidade do tomador de serviços

Conforme anteriormente analisado, os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho admitem como lícita a terceirização nos casos de trabalho temporário, vigilância, conservação e limpeza e nas atividades meio, desde que não exista a pessoalidade e a subordinação direta.

Existindo, portanto, ilicitude na contratação de empresa de prestação de

serviços ocasiona o vínculo direto entre o empregado e o tomador do serviço, conforme entendimento consignado nos Enunciados n. 256 e 331. Assim, não há maiores dificuldades em concluir que no caso da terceirização ilícita ocorre o vínculo com o tomador do serviços e há a responsabilidade solidária da prestadora de serviços e do tomador, com fundamento no artigo 1518 do Código Civil (art. 942 do novo Código Civil), pois as empresas consorciavam-se para burlar a legislação trabalhista.

No entanto, em se tratando de terceirização lícita, qual é o fundamento para a responsabilização do tomador de serviços, haja vista não cometer qualquer irregularidade ou ilicitude?

Inicialmente, ressalta-se que a responsabilidade do prestador de serviços, ou seja, do empregador, decorre da não observância da legislação trabalhista, o que caracteriza ato ilícito.

Já a responsabilidade do tomador de serviços não decorre de ato ilícito, previsto no artigo 159 do Código Civil (art. 186 do novo Código Civil), pois praticou ato legal, não havendo a possibilidade da invocação da responsabilidade subjetiva. A responsabilidade subjetiva está fundamentada no artigo 159 do Código Civil, onde há previsão do ato ilícito. Assim, resta equivocada a fundamentação de que o tomador seria responsável pela culpa *in vigilando* ou na culpa *in elegendo*, pois estas estão relacionadas com a responsabilidade subjetiva, ou seja, decorrente de ato ilícito.

Interpreta-se o previsto no Enunciado nº 331 do TST como sendo a responsabilidade do tomador de serviços como objetiva, não existindo a hipótese de a relacionar com a culpa, ou ato ilícito.

O tomador de serviços é responsável subsidiariamente pelo pagamento dos direitos reconhecidos ao trabalhador da prestadora de serviços pois se beneficia diretamente dos serviços destes, pela responsabilidade objetiva, decorrente do risco proveito. Tendo o tomador tirado proveito do serviços prestados pelo trabalhador da empresa prestadora de serviços tem a obrigação de reparar os direitos deste não adimplidos pela empregadora, hipótese que será observada quando da execução da sentença, pois se trata de responsabilidade subsidiária.

As únicas exigências para a responsabilização do tomador de serviços é de que tenha este participado da relações processual e conste do título executivo.

Assim, concluindo, entende-se equivocada a invocação da responsabilidade do tomador de serviços pela culpa *in vigilando* ou *in elegendo*, pois a responsabilidade deste não decorre de culpa, ou seja de ato ilícito, mas sim da responsabilidade objetiva – risco proveito. Não cabe a verificação de idoneidade do prestador de serviços. O que importa é a garantia do ressarcimento dos prejuízos da vítima.⁴

3 Responsabilidade da Administração Pública

A Administração Pública, invocando o previsto no art. 71 da Lei nº 8.666/93,

assevera que não tem qualquer responsabilidade com relação aos empregados da prestadora de serviços que foi contratada por meio de licitação.

A terceirização, no setor público, foi adotada pelo Decreto-lei n. 200/67 como modalidade de descentralização, desde que exista na área iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução (art. 10, parágrafo 7º).⁵

A Administração pode contratar com terceiros desde que observadas as limitações de conteúdo e a requisitos formais rígidos e, em contrapartida, também goza de privilégios administrativos, segundo os quais a lei estabelece hipóteses de alteração unilateral dos contratos e mesmo motivos de rescisão do contrato durante sua execução.

O art. 57 do Decreto-lei nº 2.300/86, dispõe que a “execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado”.

O artigo 71 da Lei nº 8.666/93 estipula que o a empresa contratada pela administração pública é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. No parágrafo primeiro do referido artigo há previsão de que não se transfere à Administração Pública a responsabilidade

4 Invoca-se, inclusive, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, integrantes do Estado Social de Direito.

5 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 objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

pelo pagamento dos encargos anteriormente referidos, nem poderá onerar o contrato.⁶

Observa-se, portanto, que um Enunciado de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (331) é contrário frontalmente ao disposto no artigo 71, parágrafo único da Lei nº 8.666/93. Diante de tal circunstância há que se apresentar algumas ponderações.

O sistema jurídico é mais que a soma de suas partes. Deve ser compreendido sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição. Imprescindível, portanto, proceder a distinção entre princípios e normas. Por princípios entende-se o critério ou diretriz basilar do sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, em termos axiológicos, em relação às normas, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá conduzir o intérprete, no caso o agente público, quando tiver de aplicar normas, entendidas estas como preceitos menos amplos e axiologicamente dependentes daqueles.⁷

No ordenamento jurídico brasileiro a Constituição da República é norma suprema, a qual tem como precípua finalidade zelar pela sua unidade, resolvendo

as antinomias jurídicas e sendo o critério integrador do sistema, que precisa ser lógico e coerente.

Um sistema de normas só sistematicamente pode ser corretamente interpretado. Nenhum artigo, nenhum dispositivo legal pode ser entendido em sua particularidade. Até porque, se assim não for desenvolvida a interpretação, o jurista fatalmente não captará o verdadeiro sentido de um postulado, pois este não está isolado em si mesmo, pelo contrário, depende dos demais para que seja compreendido em sua total dimensão.

A ordem econômica e financeira está inteiramente subordinada à observância dos ditames da justiça social e à finalidade de assegurar a todas as pessoas uma existência digna.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais e regionais, são critérios axiológicos sobre os quais se alicerça a norma fundamental e devem estar presentes em toda hermenêutica, que tem por obrigação considerá-los antes de qualquer disposição oriunda de outra fonte normativa e, conseqüentemente, caracterizá-los através de uma prática interpretativa sempre subordinada à legalidade constitucional.

O Constituinte de 1998, escolheu como princípios constitucionais fundamentais – da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade

6 O previsto no artigo 71 da Lei nº 8.666/93 não trouxe novidade, pois no artigo 61 do Decreto-lei nº 2300/86 já havia tal previsão: O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato.

7 FREITAS, Juarez. "Estudos de Direito Administrativo". 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 142.

substancial, integrantes do Estado Social de Direito.

Dessa forma, esses princípio fundamentais presidem toda a interpretação e a aplicação do direito infra-constitucional, de forma a conduzi-lo à equidade e a Justiça Social.

Invoca-se, ao final, ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que “a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a sua arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”⁸

A Constituição Federal assegura aos trabalhadores os direitos mínimos, bem como prima pela dignidade humana, valorização do trabalho e ordem social, não podendo a lei ordinária afastar as normas de proteção constitucionalmente asseguradas.

Pondera-se, que não se pode ser aceito o previsto no artigo 71 da Lei nº 8.666/93, pois contrário aos princípios constitucionais de proteção ao trabalhador, previstos nos artigos 1º, incisos III e IV; 6º e 7º.

Assim, está correta a interpretação dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho de que há a responsabilidade subsidiária dos entes públicos com relação ao inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, exigindo-se, para tanto, somente a participação na relação processual e que constem do título executivo judicial.

8 Elementos de direito Administrativo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 300.

