

ABRANGÊNCIA DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Mauro Schiavi⁴¹

Terceirização, nos ensina Maurício Godinho Delgado:

é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista 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 justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente⁴².

Na visão de Sérgio Pinto Martins⁴³:

consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários.

A Consolidação das Leis do Trabalho não prevê a hipótese de terceirização de mão-de-obra. Apenas, o artigo 455, disciplina a possibilidade de subempreitada que é espécie de subcontratação de serviços. Por isso, muitos defensores dos princípios protetor do direito do trabalho e da melhoria da condição social do trabalhador (artigo 7º, *caput*, da CF) consideram ilícita essa modalidade de contratação. A jurisprudência do TST, num primeiro plano, firmou-se, no sentido da vedação desse instituto no Direito Laboral, conforme se extrai da redação do verbete número 256 (hoje cancelado), editado em 10.10.1986, com a seguinte redação:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019 de 3.1.74, e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

A jurisprudência considerava fraude aos direitos trabalhistas a contratação de serviços por empresa interposta, salvo os casos de trabalho temporário e serviços de vigilância. Vale dizer: somente admitia a terceirização quando esta fosse disciplinada por lei.

Hoje, a questão está disciplinada pela Súmula 331 do C. TST, *in verbis*:

Contrato de prestação de serviços. Legalidade – Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000 – 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); III – Não forma vínculo de emprego com

⁴¹ Juiz Titular da 19ª Vara do Trabalho de São Paulo. Especialista em Direito Processual do Trabalho. Mestre e Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Professor Convitado do Curso de Pós-Graduação *Lato sensu* da PUC/SP. Autor, dentre outros, do livro: *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011 (1312 páginas).

⁴² DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 374.

⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 176.

o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e 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).

A Súmula em questão veio disciplinar a terceirização de serviços de forma ampla, desde que esses serviços sejam especializados e relacionados às atividades-meio do tomador de serviços.

A doutrina e a jurisprudência trabalhistas consagraram a expressão *terceirização lícita*, a que está em compasso com os requisitos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Já a chamada *terceirização ilícita* é a que não preenche os requisitos da referida Súmula, implicando, com isso, a formação de vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços e responsabilidade solidária da empresa intermediadora de mão-de-obra (artigos 9º, da CLT e 942, do CC).

O primeiro requisito para uma terceirização lícita é a prestação de serviços especializados de uma empresa para outra tomadora. Como sustentou Vantuil Abdala⁴⁴:

significa isto que a prestadora de serviços tem que ser uma empresa especializada naquele tipo de serviço; que tenha uma capacitação e uma organização para a realização do serviço a que se propõe. Ou seja, não uma empresa simplesmente de locação de mão-de-obra, mas sim efetivamente uma empresa especializada na execução de determinado serviço.

O segundo requisito é que a atividade terceirizada se refira à atividade-meio da empresa tomadora.

Não há consenso na doutrina e jurisprudência sobre as definições de atividade-meio e atividade-fim. A Doutrina costuma dizer que atividade-meio é a que não está diretamente relacionada à atividade principal do tomador de serviços, é periférica, não essencial, secundária, de apoio, não relacionada ao objetivo empresarial, e da qual a empresa pode prescindir. Nesta categoria, temos as atividades de alimentação de funcionários, conservação e limpeza, vigilância, operadores de elevador, auditoria, execução de serviços de contabilidade, assistência médica, assistência jurídica, entre outras.

Já a atividade-fim é a atividade relacionada ao objetivo empresarial, ao produto ou atividade final da empresa, da qual não pode prescindir.

No aspecto, por todos, destacamos a visão de Sérgio Pinto Martins⁴⁵:

a atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa, porém que não coincide com os seus fins principais. São exemplos de terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância etc. A atividade-fim é aquela em que a empresa concentra o seu mister, isto é, em que é especializada.

⁴⁴ In: Revista LTr 60-05/588

⁴⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e do Direito do Trabalho*. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 119.

Parte da doutrina admite a terceirização nas atividades-fim da empresa, desde que a terceirização seja lícita, isto é, que não seja mera intermediação de mão-de-obra. Invocam a inconstitucionalidade da Súmula 331 do C. TST ao restringir a terceirização às atividades-meio, por violar o princípio da livre iniciativa previsto no artigo 1º, IV, da Constituição Federal. Não obstante, a jurisprudência do TST não tem permitido tal espécie de terceirização.

O terceiro requisito pertine à inexistência de subordinação e pessoalidade entre empregados que prestam serviços e a tomadora.

A Súmula 331 do C. TST teve por escopo evitar que o trabalhador seja tratado como mercadoria. O que deve interessar ao tomador de serviços é o resultado do trabalho e não a pessoa que o realiza. Por isso, não deve existir pessoalidade na prestação de serviços, vale dizer: o trabalhador terceirizado pode ser substituído por outro no local da prestação de serviços. Também não deve existir subordinação entre trabalhador terceirizado e empresa tomadora, vale dizer: o trabalhador não pode estar sujeito ao poder diretivo do tomador⁴⁶.

Na nossa visão, a subordinação consiste no estado jurídico do empregado de acolher a estrutura do empregador e o poder diretivo deste sobre a sua atividade, nos limites do contrato de trabalho e da legislação trabalhista.

Se ocorrer o contrário, ou seja, o tomador de serviços exige que quem vai executar os trabalhos sejam as mesmas pessoas, comanda, dirige e fiscaliza a realização dos serviços, estará descaracterizada a terceirização, formando-se o vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora, nos termos dos artigos 2º e 3º, da CLT.

A responsabilidade preconizada no verbete sumular (inciso IV, da Súmula 331 do C. TST) é a subsidiária. O fundamento da responsabilidade subsidiária, segundo a Doutrina, está na aplicação analógica do artigo 455, da CLT e no proveito econômico que teve o tomador dos serviços com a mão-de-obra do trabalhador.

De outro lado, também a responsabilidade subsidiária se justifica em razão da aplicação da teoria da responsabilidade contratual que disciplina o dever de indenizar em caso da existência de culpa, sob as modalidades *in eligendo* e *in vigilando*.

Além disso, os princípios constitucionais de proteção aos valores sociais do trabalho, melhoria da condição social do trabalhador e justiça social (previstos nos artigos 1º, 3º e 7º, da CF) impulsionam a responsabilização do tomador dos serviços, ainda que a modalidade de responsabilização seja de forma subsidiária.

Num primeiro momento, a jurisprudência exigia que, para a responsabilização da empresa tomadora, era necessária a comprovação da inidoneidade financeira da prestadora dos serviços. No entanto, tal entendimento não prevaleceu, pois em razão da natureza alimentar do crédito trabalhista, deve-se dar o maior número de garantias à sua satisfação. De outro lado, a inidoneidade financeira da empresa prestadora pode advir a qualquer momento, sendo que a permanência da empresa tomadora no pólo passivo da ação trabalhista é medida de garantia de satisfação do débito. Cumpre consignar ainda que a empresa tomadora, em compondo o pólo passivo da ação, pode exercer seu direito

⁴⁶ Na clássica visão de Amauri Mascaro Nascimento: *conceituamos subordinação como uma situação em que se encontra o trabalhador decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará* (Iniciação ao Direito do Trabalho. 33ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 164).

de defesa, dando efetivo cumprimento do princípio do contraditório real ou substancial, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

O inciso IV da Súmula 331 do C. TST atribuiu responsabilidade subsidiária à Administração Pública nos contratos de terceirização de mão-de-obra, mesmo diante da existência de licitação. De nossa parte, a jurisprudência sedimentada do TST está correta, pois o procedimento licitatório garante a melhor proposta e a idoneidade financeira da empresa contratada apenas no momento da contratação, mas não no da execução do contrato, o que justifica a responsabilização em caso de culpa *in vigilando*. Além disso, está em compasso com os princípios da moralidade e impessoalidade da Administração Pública (artigo 37, *caput*, da CF) e dos valores sociais do trabalho e dignidade da pessoa humana do trabalhador (artigos 1º, incisos III e IV e 7º, da Constituição Federal).

Nesse sentido, vale transcrever brilhante acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, relatado pela eminente Desembargadora Ivani Contini Bramante *in verbis*:

Terceirização. Relação de preposição entre o tomador e a empresa fornecedora de mão-de-obra ou de serviços (art. 932, III, CC). Responsabilidade objetiva e solidária do tomador pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa fornecedora de mão-de-obra ou de serviços (art. 937, 933 E 942, CC). 1. Por primeiro, não se olvide que a Constituição Federal traz os princípios da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como epicentro dos fundamentos da República (art. 1º, III e IV da CF/88). 2. Some-se que o ordenamento jurídico trabalhista já prevê a responsabilidade solidária do tomador na hipótese de contratação de trabalhador temporário (art. 16 da Lei 6.019/74), bem como para os fins de recolhimento do FGTS (artigos 15, parágrafo 1º e 23 da Lei 8.036/90) e das contribuições previdenciárias art. 23 da Lei 8.212/91) e, quanto às obrigações relativas à higiene, segurança e medicina do trabalho (Portaria 3.214/78, na NR 4, itens 4.5, 4.5.1 e 4.5.2). 3. Agregue-se que, em matéria de responsabilidade, o novo Código Civil alterou a sistemática. Ao lado da cláusula geral de responsabilidade subjetiva (art. 186) adotou, também, a responsabilidade objetiva, fundada nas teorias: do risco criado, do risco da atividade, do risco do empreendimento, do risco profissional e do risco proveito. Pela teoria do risco proveito ou do risco benefício, todo aquele que tire proveito de determinada atividade que lhe forneça lucratividade ou benefício deve suportar a responsabilidade pelos danos causados. Assim, aquele que terceiriza serviços e tira proveito dos serviços prestados pelos trabalhadores terceirizados não terceiriza as suas responsabilidades. 4. A relação estabelecida entre o tomador e a empresa fornecedora de mão-de-obra configura uma relação preposição necessária a desencadear a responsabilidade objetiva e solidária. O primeiro é o tomador do serviço e a segunda é fornecedora que atua como preposta em relação ao trabalhador terceirizado que presta o serviço que é aproveitado. 5. O tomador de serviços ao fazer a opção pela terceirização assume a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, CC) por fato de terceiro (art. 932, III, CC) de forma solidária (art. 933 e 942, CC) tendo em vista a teoria do risco do empreendimento e do risco proveito. Referidos dispositivos civílistas são aplicáveis à terceirização *ex vi* do art. 8º da CLT. 6. Por outro lado, a Lei 8.666/93, em seu artigo 71, parágrafo 1º, não traz o princípio da irresponsabilidade estatal, ao revés, apenas alija o Poder Público da responsabilidade direta. A exe-

gese da exclusão total de qualquer responsabilidade estatal não se compatibiliza com os princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade humana (art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal) e com o caráter tuitivo do Direito do Trabalho. (TRT/SP - 00451200808902007 - RO - Ac. 4ªT 20100238550 - Rel. IVANI CONTINI BRAMANTE - DOE 09/04/2010)

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado da Constitucionalidade, declarou a constitucionalidade do artigo 71, da Lei 8.666/93 que exonera a Administração Pública de responsabilidade por créditos trabalhistas da empresa contratada, o que tem gerado inúmeras controvérsias sobre a possibilidade de aplicação da responsabilidade subsidiária prevista no inciso IV da Súmula 331 do TST à Administração Pública.

Consta do informativo 610 do Supremo Tribunal Federal, os principais argumentos meritórios da ADC 16, *in verbis*:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, ir-restritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal. ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)⁴⁷.

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, que é de caráter vinculante, no nosso sentir, não há mais a possibilidade de se fundamentar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na responsabilidade objetiva da Administração prevista no parágrafo 6º do artigo 37, da CF e na inconstitucionalidade do artigo 71, da Lei 8.666/93.

⁴⁷ Disponível em www.stf.jus.br

Entretanto, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública e o verbete IV da Súmula 331, do C. TST devem ser mantidos pelos seguintes argumentos:

a) Garantia de solvabilidade do crédito trabalhista em compasso com os princípios da melhoria da condição social do trabalhador, e dos princípios da moralidade e impessoalidade da Administração Pública;

b) Aplicação da teoria da responsabilidade civil pela culpa *in vigilando*, uma vez que a licitação apenas revela a melhor proposta e a idoneidade financeira da empresa contratada no momento da contratação, devendo a Administração Pública fiscalizar a execução do contrato (artigo 67, da Lei 8.666/93). Além disso, a Administração Pública, com o exercício de sua atividade, causou danos ao trabalhador (artigos 186, 927, 932, III, 933 e 942, p. único, ambos do CC);

c) A Administração Pública, uma vez sendo responsabilizada pelos créditos trabalhistas de trabalhadores terceirizados, poderá exercer seu direito de regresso em face da empresa contratada;

d) Aplicação do princípio da aptidão para a prova no Processo do Trabalho, cumprindo à Administração comprovar, no caso concreto, de forma robusta, que fiscalizou o contrato de forma periódica e não contribuiu para o inadimplemento do crédito trabalhista.

Deve ainda ser destacado que a Administração Pública, quando opta por terceirizar serviços a empresas que contratam trabalhadores regidos pela CLT, deve se sujeitar às normas do Direito Privado quanto às responsabilidades civil e trabalhista, uma vez que, segundo já sedimentado em Doutrina, neste caso, a Administração se despe do seu Poder de Império.

O Tribunal Superior do Trabalho, após a ADC 16, já se pronunciou a respeito, mantendo, corretamente, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, conforme as ementas que seguem:

Agravo em agravo de instrumento. Responsabilidade subsidiária. ADC 16. Culpa *in vigilando*. Omissão do ente público na fiscalização do contrato de trabalho. Desprovisionamento. Confirma-se a decisão que, por meio de despacho monocrático, negou provimento ao agravo de instrumento, por estar a decisão recorrida em consonância com a Súmula 331, IV, do C. TST. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24/11/2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8.666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa *in vigilando*. Agravo de instrumento desprovido. (TST, Ag-AIRR - 153040-61.2007.5.15.0083, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/12/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 28/01/2011).

Recurso de revista. Ente público. Responsabilidade subsidiária. ADC nº 16. Julgamento pelo STF. Culpa *in vigilando*. Ocorrência na hipó-

tese dos autos. Arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93. Incidência. O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* do ente público, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, já que, nesta situação, a administração pública responderá pela sua própria incúria. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT). Na hipótese dos autos, além de fraudulenta a contratação do autor, não houve a fiscalização, por parte do Estado-recorrente, acerca do cumprimento das ditas obrigações, conforme assinalado pelo Tribunal de origem, razão pela qual deve ser mantida a decisão que o responsabilizou subsidiariamente pelos encargos devidos ao autor. Recurso de revista não conhecido (TST, RR - 67400-67.2006.5.15.0102, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 07/12/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 17/12/2010).

Agravo de instrumento. Recurso de revista. Reconhecimento de vínculo de emprego com a tomadora de serviço. Entidade pública. Impossibilidade. Responsabilidade subsidiária. Culpa - *in vigilando*. Isonomia salarial. OJ 383, SBDI-1/TST. Na hipótese, o Regional consignou que a Reclamante foi contratada por intermédio de empresa terceirizada e passou a laborar como caixa, percebendo, contudo, remuneração inferior aos empregados da CEF que exerciam as mesmas funções. É entendimento desta Corte que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Trata-se de aplicação analógica do art. 12, a, da Lei 6.019, de 03.01.1974 (OJ 383, SDI-1/TST). Noutro norte, as entidades estatais têm responsabilidade subsidiária pelas dívidas previdenciárias e trabalhistas das empresas terceirizantes que contratam, nos casos em que desponta sua culpa *in vigilando*, quanto ao cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte da empresa terceirizante contratada. É, portanto, constitucional o art. 71 da Lei 8.666/93 (ADC 16, julgada pelo STF em 24.11.2010), não implicando, porém, naturalmente, óbice ao exame da culpa na fiscalização do contrato terceirizado. Evidenciada essa culpa nos autos, incide a responsabilidade subjetiva prevista nos arts. 186 e 927, *caput*, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência. Assim, em face dos estritos limites do recurso de revista (art. 896, CLT), não é viável reexaminar a prova dos autos a respeito da efetiva conduta fiscalizatória do ente estatal (Súmula 126/TST). Agravo de instrumento desprovido. (TST, AIRR - 71240-

34.2009.5.13.0006, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 01/12/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 10/12/2010).
