

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES

Rozi Engelke

Juíza do Trabalho Substituta

Ligia Belmonte

Juíza do Trabalho Substituta

SUMÁRIO: Introdução; I. Responsabilidade Solidária e Subsidiária – Conceito; II. Terceirização e Legislação Vigente; III. Responsabilidade de terceiros com relação ao vínculo de emprego; Considerações Finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

É crescente na Justiça do Trabalho as demandas contra mais de um reclamado. Nas origens da Justiça do Trabalho, as partes eram somente reclamante e reclamado, sendo estas: trabalhador e empregador; o trabalhador entregava sua força de trabalho para o empregador, que desenvolvia uma atividade econômica com auxílio de empregados e era responsável único pela quitação integral dos direitos trabalhistas dos seus colaboradores, entendendo-se esta responsabilidade como pagamento do salário como obrigação principal e outras poucas obrigações acessórias, que aqui deixa-se de transcrever por não ser objeto do presente estudo.

Com a globalização e precarização das relações de trabalho em face da crescente concorrência entre grandes corporações, passam a existir relações jurídicas trilaterais, distintas daquelas relações jurídicas bilaterais ou lineares que se estabelecem no contrato de trabalho, onde o empregado se vincula diretamente ao empregador, prestando-lhe serviços pessoais, não eventuais (ligados à atividade-fim), de forma subordinada e mediante salário (art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho).

Neste pequeno estudo, busca-se uma sistematização da responsabilização de pessoas outras que não empregado e empregador, para adimplir obrigação não cumprida oportunamente pela parte responsável originalmente.

Tendo-se como premissa que o trabalhador, como parte integrante da relação de emprego, tem como obrigação principal apenas a entrega da sua força de trabalho em troca do pagamento do salário, raras serão as hipóteses em que este comparecerá em eventual demanda perante a Justiça do Trabalho como reclamado.

A premissa deste estudo será a responsabilidade do empregador e de outros coobrigados, de forma principal ou acessória pelos créditos trabalhistas dos empregados.

I) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA – CONCEITO

A responsabilidade solidária ocorre quando “... *na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda.*” (art. 264 do CC).

A obrigação solidária destaca-se porque cada titular, isoladamente, possui o direito ou responde pela totalidade da prestação, embora aos outros assista o direito de reversão, ou seja, na solidariedade às responsabilidades situam-se no mesmo plano, igualando-se horizontalmente sem benefício de ordem.

A responsabilidade subsidiária é a que vem reforçar ou suplementar a responsabilidade principal. A corresponsabilidade dos interessados diferencia-se porque na subsidiariedade há uma estratificação vertical, que implica o chamamento sucessivo dos responsáveis; primeiro o principal, depois o subsidiário. É o chamado benefício de ordem. Por esta razão, o responsável subsidiário tem o direito de regresso contra o devedor principal para reaver integralmente o que solveu, porquanto o débito era somente do devedor principal. Desta forma exige-se a inadimplência ou insolvência do devedor principal para efetivar-se a responsabilidade subsidiária.

No nosso ordenamento jurídico a responsabilidade subsidiária tem previsão legal no artigo 28, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: *As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações deste Código.*

II) TERCEIRIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO VIGENTE

A legislação sobre o tema em debate é esparsa e não disciplina de forma exaustiva a relação processual decorrente das relações terceirizadas no plano material.

Inicialmente, e de forma bastante incipiente, a CLT, pelo seu art. 455, trata da empreitada e subempreitada, que são formas de subcontratação de mão de obra. Referido dispositivo prevê a possibilidade de reclamação do empregado em face do empregador principal, em caso de inadimplemento das obrigações pelo subempreiteiro.

A jurisprudência diverge quanto à natureza da responsabilidade do empreiteiro principal.

O art. 10 do Decreto-lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70 previram a terceirização de serviços no âmbito do serviço público, estimulando a prática da descentralização administrativa quanto às atividades meramente executivas ou operacionais, através da contratação de empresas privadas.

A Lei n. 6.019/74 criou a figura do trabalho temporário, prevendo sua inserção no processo produtivo da empresa tomadora por um lapso temporal de três meses, possibilitada a prorrogação através de autorização do Ministério do Trabalho. Referida lei permitiu a terceirização temporária dos serviços e, no art. 16, prevê a responsabilidade solidária da empresa tomadora ou cliente pelo recolhimento da contribuição previdenciária, bem como pela remuneração e indenização previstas em lei, exclusivamente na hipótese *de falência* da empresa de trabalho temporário.

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.

A Lei n° 8.949, de 09.12.94, introduziu o parágrafo único ao art. 442 da CLT, pelo qual: *“Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”* Referido dispositivo legal permitiu à cooperativa atuar em prol de tomadores de serviços, sem que haja a caracterização de vínculo empregatício, constituindo forma de terceirização de serviços.

Estes são apenas alguns exemplos, sendo certo que o mundo dos fatos é muito mais rico que o mundo do direito. A legislação, por certo, não atende às diversas hipóteses submetidas diuturnamente ao Judiciário Trabalhista, que utiliza dispositivos legais do Direito Civil para responsabilização das empresas envolvidas no fenômeno terceirizante, objetivando oferecer resposta mais adequada aos trabalhadores terceirizados, como autorizado pelo parágrafo único do art. 8º da CLT, *in verbis*: *“O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”*

a) Terceirização Lícita e Ilícita

A Súmula n° 256 do TST considerava ilegal toda e qualquer forma de contratação de trabalhadores por empresa interposta, firmando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, salvo nas hipóteses de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e de vigilância em estabelecimentos financeiros (Lei n. 7.102/83). Na vigência da referida súmula, apenas o trabalho temporário e a vigilância em estabelecimentos financeiros podiam ser objeto de contratação através de interposta pessoa, ou seja, de forma terceirizada, sendo que toda e qualquer outra contratação sob tal modalidade era reputada ilícita e o vínculo trabalhista era fixado com o tomador de serviços, que era responsabilizado por toda e qualquer obrigação trabalhista dele decorrente.

Entretanto, à margem da previsão normativa, foram sendo criadas inúmeras outras hipóteses de contratação de trabalhadores em regime de terceirização, relativamente a serviços de conservação e limpeza, vigias diversos, ascensoristas e inúmeros outros, o que obrigou o TST a rever a Súmula n° 256.

Referido esforço hermenêutico por parte do Col. TST implicou revisão da Súmula n° 256, através da Súmula n° 331, mais consentânea com a evolução do tema.

Foram ampliadas as hipóteses de terceirização lícita, mantendo-se, dentre elas, a do trabalho temporário, destacado no item I da súmula, bem como os serviços de vigilância (Lei n° 7.102/83), já consideradas lícitas pela Súmula n° 256. Foram inseridas outras hipóteses de terceirização lícita, quais sejam: a de conservação e limpeza e a de serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador, assim entendidas aquelas periféricas ou que não dizem respeito à função preponderante da empresa, mas que a auxiliam a atingir seus objetivos.

O item III da Súmula nº 331 condicionou a validade da fórmula terceirizante, nos três últimos casos (vigilância, conservação e limpeza e atividades-meio), inexistência de personalidade e subordinação direta ao tomador de serviços.

Diante da enumeração das hipóteses em que é válida a terceirização de serviços, conclui-se ser ela ilícita quando envolve a atividade-fim da empresa, sendo que a consequência é o estabelecimento do vínculo diretamente com o tomador dos serviços. E por atividades-fim devem ser entendidas aquelas que se relacionam com a finalidade do empreendimento econômico, ou seja, aquele rol de atividades que se inserem no processo produtivo a que se dedica a empresa, ou seja, ligadas à sua atividade preponderante.

Também nos casos em que a terceirização é lícita, caso constatada a personalidade e subordinação diretas ao tomador de serviços, poderá o trabalhador pleitear o estabelecimento do vínculo diretamente com o mesmo, nos termos do art. 3º da CLT. Constitui exceção o trabalho temporário, em que haverá sempre personalidade e subordinação diretas ao tomador de serviços, sem que haja a possibilidade de estabelecimento do vínculo com ele. O trabalho temporário foi excepcionado no item I da Súmula, sendo tratado em separado das demais formas de terceirização lícita, elencadas pelo inciso III, que veda a personalidade e subordinação direta do empregado terceirizado ao tomador de serviços.

Quando a terceirização de serviços, envolvendo a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional, for reputada ilícita, não se pode reconhecer vínculo empregatício, em face da proibição contida no inciso II do art. 37 da Constituição da República, que exige o concurso público para a validade do contrato de trabalho. Esta é a previsão inserida no inciso II da Súmula n. 331 do Col. TST.

Recentemente o TST editou a nova Orientação Jurisprudencial n. 383 da SDI-I, com o seguinte teor: *“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. Aplicação analógica do art. 12 “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.*

Como se vê, a jurisprudência avança no sentido de garantir ao trabalhador terceirizado salário equitativo em relação do trabalhador contratado diretamente.

b) Critério de Diferenciação entre Terceirização Lícita e Ilícita

É necessário estabelecer uma analogia entre a relação contratual interempresarial (prestadora e tomadora) e a relação de emprego clássica, para buscar um critério de definição de atividade-meio para apuração da licitude dessa hipótese de terceirização.

É possível traçar um paralelo com a autonomia da empresa prestadora de serviços e o trabalho autônomo prestado por pessoa física. O “modo de ser” da prestação autônoma de serviços não pode ser dirigido e fiscalizado pelo tomador de serviços, sob pena de caracterizar-se vínculo empregatício. Se há ingerência da tomadora de serviços sobre o “modo de ser” das operações realizadas pela prestadora, como o poder de comando na relação de emprego, trata-se de atividade-fim.

Se necessário intervir de modo efetivo na suposta atividade-meio é porque não houve a delegação de serviços inerente à essa espécie de terceirização (de duração indeterminada).

Releva notar, ainda, que o item III do Enunciado 331 prevê a terceirização de "*serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador*", o que restringe ainda mais as hipóteses lícitas dessa contratação. A exemplo do que ocorre com o trabalho temporário – art. 4º da Lei 6.019/74 – a qualificação dos trabalhadores naquele ramo de serviços terceirizado também integra os pressupostos de licitude da terceirização.

III) RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS COM RELAÇÃO AO VÍNCULO DE EMPREGO

1. Responsabilidade do tomador dos serviços

A responsabilização do tomador dos serviços será, no mínimo, subsidiária à do empregador formal (inciso IV), partindo-se da premissa prevista na Súmula n. 331 do TST, com o seguinte teor:

“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 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).

Contudo, é frequente a apresentação de defesa pelas empresas tomadoras dos serviços, com a intenção de se eximirem de qualquer obrigação, afirmando regular a contratação de empresa prestadora de serviços.

O entendimento do TST encontra amparo legal no artigo 186, combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil, que versa sobre a culpa extracontratual, sendo plenamente aplicável à hipótese de terceirização lícita.

Também é de se aplicar, por analogia, o disposto no artigo 455 da CLT, que responsabiliza o empregador principal pelos débitos trabalhistas do subempregado, ainda que lícita a contratação do subempregado.

Ou seja, muito embora seja lícita a contratação de empresa prestadora de serviços, a responsabilidade (solidária ou subsidiária) permanece, tendo em vista que ocorreu a celebração de contrato com empresa que inadimpliu as obrigações trabalhistas,

uma vez que à(s) tomadora(s) de serviço cabe uma parcela de responsabilidade relativamente aos créditos trabalhistas, pois não resta dúvida que foi (foram) beneficiária(s) do trabalho do obreiro.

Assim, nos casos de cessão lícita de mão de obra, como na terceirização, subsiste a responsabilidade subsidiária do(s) tomador(es) de serviços independentemente da idoneidade da empresa contratada ou de eventual fiscalização por parte do contratante em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, já que esta resulta do benefício auferido pela(s) empresa(s) tomadora(s) a partir do trabalho executado pelos empregados da empresa contratada.

Na mesma esteira, a idoneidade financeira da real empregadora não afasta a responsabilidade das empresas contratantes, frente à relação estabelecida entre as empresas e o benefício auferido.

É de salientar que eventual ajuste entre as empresas acerca da responsabilidade exclusiva da empregadora pelos créditos trabalhistas somente tem eficácia entre as acordantes e autoriza a contratante a buscar seus direitos em ação regressiva, mas não tem eficácia perante os trabalhadores que não participaram do ajuste.

A lei é apenas uma das fontes que compõe o ordenamento jurídico, sendo que na Justiça do Trabalho há expressa definição, pelo art. 8º da CLT, de utilização da jurisprudência como fonte supletiva, a ser adotada para dirimir as questões postas na falta de disposições legais. Não há, portanto, ilegalidade ou qualquer óbice à adoção do entendimento constante da Súmula nº 331 do TST para estabelecer a responsabilização subsidiária das empresas terceirizantes.

A previsão legal da responsabilidade com benefício de ordem, subsidiária, existente no ordenamento jurídico em proteção ao consumidor, pode ser utilizada por analogia da forma que deu origem à súmula em comento. Não há afronta ao princípio da reserva legal porque o entendimento conta com previsão no ordenamento jurídico.

Assim, as empresas tomadoras do serviço – quando lícita a terceirização – são responsáveis subsidiariamente pelos créditos trabalhistas, eventualmente reconhecidos em Juízo, inadimplidos pela real empregadora do trabalhador, na medida do tempo em que foram beneficiadas pela prestação de serviços.

Importa ressaltar, ainda, que não cabe benefício de ordem de contratação para fins de subsidiariedade, já que eventual cumulação de empresas terceirizantes no pólo passivo implica reconhecimento de igual responsabilidade entre estas, e devedores de mesma hierarquia não podem invocar benefício de ordem.

Por derradeiro, acresce-se que o verbete jurisprudencial prevê tão somente o *“inadimplemento das obrigações trabalhistas”* para a condenação subsidiária do tomador. Logo, verificado o inadimplemento, o tomador de serviços é, de plano, responsável subsidiariamente. Não há necessidade de *“prova efetiva da inidoneidade financeira da real empregadora”*, como sustenta corrente minoritária da doutrina e jurisprudência. A inidoneidade das prestadoras de serviços pode-se demonstrar pela revelia ou ausência a audiências de prosseguimento – o que é usual na prática –, bem como pela ausência de documentação exigida por lei, quando tais fatos são meros

reforços de argumentação diante do inadimplemento constatado nos autos do processo, que é suficiente para a condenação subsidiária do tomador.

De outra banda, diversa é a responsabilização na terceirização ilícita, onde a empresa terceirizante usurpa o poder de comando da real empregadora ou, ainda, terceiriza sua atividade-fim quando, então, solidária será a sua responsabilidade juntamente com a real empregadora.

Na hipótese de fraude aos preceitos trabalhistas pela prática de terceirização ilícita incidirá o art. 9º da CLT, sendo considerados nulos de pleno direito os atos relativos à “terceirização”, formando-se o liame empregatício diretamente com o tomador. O terceiro que participou da fraude como “empresa prestadora de serviços” responderá solidariamente, com base no art. 942 do Código Civil de 2002.

2. Responsabilidade dos sócios

Prática que está se tornando mais comum nos processos laborais é inclusão dos sócios das empresas do pólo passivo, ainda de forma incipiente e sem maiores fundamentos por parte dos operadores do direito que vindicam tal responsabilização.

A responsabilidade dos sócios é, de regra, subsidiária. Assim, somente na hipótese de não possuir a pessoa jurídica acionada liquidez para saldar as dívidas reconhecidas é que se volta ao sócio integrante da empresa para que este, então, responda com seus bens pelas dívidas trabalhistas existentes.

Tal conclusão é extraída dos artigos 592, II, e 596, ambos do CPC, que se aplicam ao Processo do Trabalho por força do disposto no art. 769 da CLT, os quais determinam que a execução dos bens dos sócios se dá nos termos da lei, garantido o direito deste de “*exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade*”.

Entretanto, ainda que a responsabilidade dos sócios pelos créditos eventualmente reconhecidos em reclamatória trabalhista, de regra, exsurja unicamente na fase executória e, ainda assim, somente na hipótese de restarem infrutíferos os atos expropriatórios dirigidos à empresa demandada, é recomendável a manutenção dos sócios titulares da empresa na lide, com a inclusão destes no título executivo constituído, a fim de que possam, de forma inequívoca, acompanhar o processamento da ação e efetuar de forma integral o exercício do direito à ampla defesa que lhes assiste.

Ademais, tal procedimento, como referido acima, nenhum inconveniente traz ao sócio da empresa, já que sua responsabilidade, de regra, é apenas subsidiária e, pelo ordenamento vigente, surgiria na fase executiva mesmo no caso de sua não participação na lide.

Em suma, os sócios não passam a ser devedores apenas na data em que o juiz redireciona contra eles a execução, pois são responsáveis pelas dívidas contraídas pela empresa desde a constituição da pessoa jurídica, conforme prevê expressamente o CPC, de aplicação subsidiária à CLT. Ademais, havendo insuficiência patrimonial da pessoa jurídica, é a legislação que define quando haverá fraude contra credores ou fraude à execução, a partir do caso concreto, sendo mais um motivo para que os sócios já tenham contra si ajuizada a demanda para evitar dilapidação do patrimônio na fase de conhecimento da ação proposta contra a empresa somente.

3. Responsabilidade dos entes do grupo econômico

A regra geral do Direito do Trabalho é de que a responsabilidade pelas verbas trabalhistas decorrentes da relação jurídica de emprego é do empregador, figurante do pólo passivo.

Além do caso típico do empregador há responsabilidade direta, também, no caso de entidade componente de grupo econômico.

O artigo 2º da CLT conceitua empregador, e no § 2º dispõe:

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

§ 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.

Como se vê, esse dispositivo expressa toda a força do propósito do legislador de proteger o trabalhador contra o maior poder econômico do empregador. Isso porque, a par de reconhecer qualquer forma de organização entre as empresas, a personalidade jurídica de cada empresa, perfeitamente definida perante o Direito Civil, não constitui empecilho à ação da Justiça do Trabalho em favor dos direitos do empregado. A disposição ultrapassa quaisquer questões jurídico-formais para declarar que tais sociedades compõem um único grupo, o que resulta um único empregador para efeitos da relação de emprego.

No caso do grupo econômico, a lei declara que os integrantes do grupo são solidariamente responsáveis em razão da qualidade de empregador que a lei lhes atribui.

Discute-se se todas as empresas do grupo econômico devem ser notificadas ou citada no processo de conhecimento a fim de que se obtenha contra elas título executivo judicial válido. Entendemos que não.

A Súmula nº 205 do TST, que assim estabelecia, foi cancelada em 2003. Consideramos que tal se deve ao disposto no inciso IV do artigo 4º da Lei 6.830/80, aplicável ao processo do trabalho por força do artigo 889 da CLT. Assim, empresa do mesmo grupo econômico pode ser chamada a integrar a lide, mesmo em execução de sentença.

No caso de terceirização ilícita, igualmente a responsabilidade é direta. Isso porque desfeita a fraude, o dito terceiro ocupará a posição de verdadeiro empregador, restando responsável pelo vínculo de emprego reconhecido, o que resulta na situação típica, anteriormente apontada.

Todavia, conforme já mencionado, a realidade sócio-econômica muito se afasta dos casos típicos da responsabilidade direta previstos na legislação.

4. Responsabilidade do Dono da Obra (Tomador de Serviços e em Empreitada)

A lei trabalhista não prevê a responsabilização do dono da obra pelas verbas trabalhistas devidas pelas empresas contratadas pelo regime de empreitada. Em razão disto, salvo se a dona da obra for empresa que tenha como atividade a construção ou incorporação, a jurisprudência não atribui responsabilidade pelas verbas trabalhistas devidas aos empregados do empreiteiro. Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1 do TST, nestes termos:

“Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada 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”.

Essa orientação, todavia, tem sofrido mitigação em razão do tomador e o fim a que se presta a construção. Não é o caso quando se tratar de empreitada ou prestação de serviços pactuada por pessoa física, perante terceiros *como essencial valor de uso* (caso de reforma de residencial, p. ex) ou mesmo pactuada com pessoa jurídica, de forma eventual.

Mas, no caso em que os contratos de empreitada ou de prestação de serviços sejam firmados entre duas empresas, em que a dona da obra (tomadora dos serviços) necessite normalmente de tal trabalho, mesmo que seja apenas questão de manutenção, de infra-estrutura, cabe a responsabilização subsidiária. Ou seja, não se aplica a regra de não responsabilização que deflui do artigo 455 da CLT. A responsabilização do tomador nesse caso decorre: do risco próprio do empreendimento; por assimilação do conceito civilista de abuso de direito, e do critério de hierarquia normativa a prevalecer o Direito do Trabalho.

Do artigo 2º da CLT se extrai a responsabilidade efetiva pelo risco empresarial, mola mestra do instituto da responsabilidade no Direito do Trabalho. O fato de uma empresa que tem o risco no negócio juridicamente fixado restar indiferente aos vínculos trabalhistas pactuados pela empresa contratada constitui abuso de direito, o qual constitui figura com acento constitucional (art. 5º XXXIV “a”, *in fine*) e legal, (artigo 187 do Código Civil), contando, ainda com referência em demais diplomas legais (art. 17 do CPC, lei de recuperação de empresas...). O abuso decorre da circunstância de os contratos laborais terem sido firmados, ou mantidos, em virtude do interesse empresarial do tomador da obra ou serviço, portanto, do exercício do direito deste, resultado em abuso a frustração do pagamento ao trabalhador, se não acatada a responsabilização subsidiária do tomador originário pelas verbas do período de utilização do trabalho.

Outro ponto da responsabilização trabalhista do dono da obra consiste da prevalência do valor-trabalho e em decorrência dos direitos trabalhistas. Essa prevalência tem previsão na lei civil (art. 649, IV do CPC) legislação especial (art. 449 da CLT) e na própria Constituição da República (artigos 1º, III e IV e 3º, e 170, III).

Assim, cabe a garantia subsidiária dos direitos trabalhistas pelo tomador da obra ou serviço, não apenas em razão da responsabilidade mínima por ato de terceiro, como também pela vedação jurídica ao abuso de direito, em consonância com os princípios da prevalência hierárquica do valor-trabalho e direitos laborais na ordem jurídica do país.

O caráter subsidiário da responsabilidade do tomador encontra-se em consonância com outros ramos do direito, haja vista a jurisprudência em Direito Previdenciário que determina a responsabilidade subsidiária do proprietário ou condômino em vista da inadimplência do construtor (Súmula 126 do antigo TRF).

Atualmente, a Súmula nº 331, item IV, do TST incorpora esse entendimento, independentemente de se tratar de terceirização lícita, reconhecendo a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa realizadora da obra ou serviço. Esse reconhecimento pressupõe a presença do tomador na fase de conhecimento do processo.

5. Consórcio de Empregadores

O consórcio de empregadores é figura jurídica recente (década de 90) e surgiu da peculiaridade das atividades do campo, marcadas pela sazonalidade. Foi fórmula jurídica utilizada para conciliar o interesse dos empresários da agroindústria e sem descuidar da realização dos direitos garantidos aos trabalhadores. Essa prática alcançou reconhecimento por meio da Lei nº 10.256 de 09.07.2001, por meio da qual tal Consórcio foi equiparado ao empregador rural pessoa física para fins previdenciários. De acordo com a lei, os integrantes do consórcio serão solidariamente responsáveis “em relação às obrigações previdenciárias” (§ 3º do art. 25-A da Lei nº 8.112/91, conforme Lei n. 10.256/01).

Trata-se de figura de pouca presença nas discussões judiciais, talvez porque, conforme visto, tem definição legal de acordo com proteção legal conferida ao trabalhadores.

6. Franquia ou *Franchising*

Das novas formas contratuais (*know-how*, *engineering*, *factoring* ou faturização, contrato de capitalização) a franquia, ou *franchising*, é a de maior afinidade e frequência nas discussões sobre a responsabilidade decorrente da prestação de trabalho, na Justiça do Trabalho.

Segundo Néelson Abrão¹ franquia é: “o contrato pelo qual o titular de uma marca de indústria, comércio ou serviço (*franqueador*), concede o seu uso a outro empresário (*franqueado*), posicionado ao nível da distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios realizados ao franqueado”.

Mais resumidamente: é a operação através da qual um empresário permite ou autoriza a outrem o direito de usar a marca de produto ou serviço seu, oferecendo-lhe

¹ Da Franquia Comercial – ‘Franchising’. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1984, p. 13.

assistência técnica para sua implantação e comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração.

O instituto veio regulamentado pela Lei n. 8.955 de 15.12.1994, definido no artigo 2º.

Como se extrai do conceito, no mundo do comércio destacam-se produtos ou serviços de grande aceitação, constituindo marca consagrada, e registrada a marca ou patente, é comum a venda ou cessão do uso da tecnologia e das características mediante uma remuneração direta ou indireta.

A finalidade da operação está na comercialização, mediante o fornecimento de assistência técnica, e em certos casos, financeira, e mesmo instalações e equipamento, de modo a comportar distribuição através de uma rede de lojas. O franqueador exerce controle sobre as atividades do franqueado com relação à assistência técnica, publicidade, auxílio financeiro e acompanhamento contábil.

Há, no entanto, total independência do franqueado, que não fica subordinado ao titular do produto que cede, afastando-se, assim, qualquer vínculo empregatício. Dada a total autonomia de cada contratante, não será aquele uma sucursal do franqueador. Ele é responsável pelos atos que pratica.

Ambos os contraentes devem ser comerciantes, há contrato formal, por escrito, contendo informações na forma da lei que disciplina o instituto.

Como se vê, a caracterização de franquia não proporciona hipótese de responsabilização, pelo franqueador, pelos créditos trabalhistas devidos pelo franqueado aos empregados. Note-se que não há relação entre os trabalhadores e o franqueador, ou aproveitamento, direto por este, do objeto do trabalho.

Assim, entendemos que não se verificam os fundamentos capazes de autorizar a responsabilização do franqueador por verbas trabalhistas devidas pelo empregador franqueado, nem responsabilidade trabalhista do franqueador em face do franqueado, pois se trata de vínculo civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme bastante reprisado, o vínculo direto típico, de acordo com o modelo que inspirou a legislação trabalhista, está cada vez menos ocorrente. As complexas relações empresariais desafiam os conceitos e o direcionamento processual com o qual o juiz encaminha a busca da verdade real sobre o fato apresentado pelo trabalhador em busca da sua parte prometida pelo pacto social, de divisão dos papéis na nossa sociedade capitalista.

Não pode o Juiz ficar restrito aos modelos legais que não mais correspondem à realidade sócio-econômica atual, pois assim fazendo não cumprirá seu papel de dar a cada um o que é seu, frustrando em consequência a finalidade da existência da Justiça do Trabalho.

As novas formas de organização das empresas não pode impedir a atuação da Justiça, a fim de manter o trabalhador inserido na proteção dos direitos mínimos garantidores da dignidade humana.

Há na lei um vácuo que precisamos preencher, inicialmente pela conscientização do fato de que aplicar de forma estanque as fórmulas criadas para uma relação simples e direta irá excluir os mais necessitados da proteção do direito que deveria protegê-los.

Por outro lado, aceitar processar qualquer interveniente em relação comercial com que se relacione o empregador, sem critério, à guisa de proteger o trabalhador, geraria insegurança nas relações e, certamente, uma reação da parte mais forte, tendente a dificultar o cumprimento da legislação do trabalho.

O sentido buscado nos nossos questionamentos é o de, conhecidas as faces mais comuns das novas relações, conscientes da inexistência de fórmulas prontas, e atentos para não excluir quem mais necessita da proteção, restritos apenas pelos fundamentos próprios da nossa disciplina, conforme, ainda que de forma modesta, apontamos a cada caso, de acordo com as diretrizes traçadas pela Constituição da República, a doutrina e a jurisprudência que se vem desenhando sobre os temas, avançar e realizar o objetivo de proteger o homem e a mulher trabalhadora da exploração que as novas formas de relação de trabalho podem propiciar.

Acreditamos que o assunto abordado na presente exposição pode oferecer orientadores para análise da aceitação de litisconsórcio e, conseqüente, abrangência da coisa julgada, o que pode diminuir o tempo de duração de demandas, ou até, preveni-las.

Esperamos com a nossa abordagem ter, pelo menos, contribuído para o debate.

BIBLIOGRAFIA

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1982, p. 566/572.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 414/419.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 417.

LIMA, Rusinete Dantas de. *Aspectos Teóricos e Práticos da Terceirização do Trabalho Rural*. São Paulo: LTr, 1999, p 29.

Jarbas Vasconcelos, citado por José Luiz Ferreira Prunes, *Terceirização do Trabalho*. 1. ed. 3ª tiragem, Curitiba: Juruá, 1997, p. 21. A matéria citada foi publicada no *Jornal Trabalhista*, ano X, n. 478, p. 956.

RIZZARDO, Arnaldo. 1942, *Contratos*. 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.