

ENUNCIADO 331, DO TST: AME-O, OU DEIXE-O!

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

A terceirização, dizem, trata-se de exigência técnica da evolução produtiva, possibilitando que a empresa se preocupe mais detidamente com as atividades que se constituem o objetivo central de seu empreendimento. Justifica-se, ainda, o implemento de tal técnica com base no argumento de que é necessária a especialização dos serviços, para atender ao novo padrão de qualidade exigido pelo mercado consumidor.

Como realidade incontestável do atual mundo do trabalho, a terceirização acabou por influenciar os estudiosos do direito, que passaram a se preocupar em criar um padrão jurídico que pudesse ser apto a regular o fenômeno, abandonando, assim, a orientação estampada no antigo En. 256, do TST, que considerava ilícita qualquer intermediação de mão-de-obra.

Para dar nova visão jurídica ao fenômeno da descentralização do trabalho, o Eg. TST editou o Enunciado 331, pelo qual passou-se a considerar lícita a terceirização desde que não ligada à atividade-fim da empresa, preservando, ainda, a responsabilidade "subsidiária" da empresa tomadora dos serviços.

Compreensível que se tenha pensado em atualizar o direito do trabalho em face das mudanças no mundo do trabalho, mas parece-me, "data venia", que a boa intenção não produziu os resultados esperados.

Primeiro, porque, para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, partiu-se de um pressuposto muitas vezes não demonstrável, qual seja a diferença entre

^(*) Juiz do trabalho, titular da 3a. Vara de Jundiaí. Livre-docente pela Faculdade de Direito da USP.

atividade-fim e atividade-meio. É plenamente inseguro tentar definir o que vem a ser uma e outra. O serviço de limpeza, por exemplo, normalmente apontado como atividade-meio, em se tratando de um hospital, seria realmente uma atividade-meio?¹

Mas, o mais grave é que a definição jurídica, estabelecida no Enunciado 331, do TST, afastou-se da própria realidade produtiva. Em outras palavras, o Enunciado 331, do TST, sob o pretexto de regular o fenômeno da terceirização, acabou legalizando a mera intermediação de mão-de-obra. Explico: a terceirização trata-se, como visto, de técnica administrativa que permite a especialização dos serviços, no entanto, o Enunciado 331, do TST, não vincula a legalidade da terceirização a qualquer especialização. Isto permitiu, concretamente, que empresas de prestação de serviços se constituíssem ("aos montes"), sem qualquer especialização, ou seja, sem qualquer finalidade empresarial específica e, pior, sem qualquer idoneidade econômica.

Além disso, o Enunciado foi fixado apenas sob a ótica do empreendimento empresarial. A perspectiva do trabalhador não foi levada em consideração. Isto fez com que a terceirização, que em tese se apresenta como método de eficiência da produção, passasse a ser vista e utilizada como técnica de precarização das condições de trabalho². Ou seja, não sendo os trabalhadores mais empregados da empresa tomadora e sim de outra empresa, a prestadora dos serviços, a fixação de salários e respeito a normas coletivas saem do

¹. « Terceirização. Serviços de limpeza e conservação. Atividade-fim x atividade-meio. Compreensão. A atividade-meio não se confunde com serviços desvinculados do complexo que deve necessariamente atender, ainda que subsidiariamente, o objetivo final. Vale dizer, não pode a estrutura empresarial prescindir do serviço de limpeza e conservação para que possa razoavelmente completar a atividade-fim. » (TRT/SP 20020158739 RO – Ac. 8ª. T. 20020521167 DOE 27/08/2002, Rel. José Carlos da Silva Arouca).

². Márcio Túlio Viana afirma que, do ponto de vista das empresas, a terceirização apresenta vantagens: redução de custos, crescimento de lucros, ingresso rápido e simples de mão-de-obra, elevação da produtividade com a concentração de forças no foco principal de atividade. Contudo, adverte que, para os trabalhadores, comporta a técnica imensa gama de desvantagens: redução de postos de trabalho, aumento da carga de subordinação, destruição do sentimento de classe, degradação de condições de higiene e segurança e redução de valores salariais. (Fraude à lei em tempos de crise. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 21, p. 61-70, jul./dez. 1996).

âmbito de obrigações da empresa tomadora, transferindo-os à prestadora, que não se encaixando no padrão do direito coletivo sequer possuíam normas coletivas.

Vários são os exemplos desta precarização. Quando era juiz em uma cidade do interior de São Paulo, muitas foram as instruções de processos em que se identificara a figura do "gato", aquela pessoa física que se apresentava formalmente como empregador, mas que em verdade tinha como função apenas angariar mão-de-obra e colocá-la à disposição de alguns produtores rurais. Com a instituição do En. 331, de uma semana para a outra, como um passe de mágica, o Sr. "Gato", também conhecido como João Batista (ou algo parecido), tornou-se empresário, proprietário de uma promissora empresa de prestação de serviços, a JB Serviços Rurais Ltda. (ou algo parecido). E, a partir de então, esta empresa, nos padrões do En. 331, do TST, passou a ser a real empregadora dos trabalhadores rurais, pois conforme se passou a alegar nas lides trabalhistas, cortar cana, ou colher laranja, em fazendas arrendadas não se constituía atividade-fim da empresa rural. E, tempos depois, o proprietário da empresa prestadora de serviços transformou-se em Presidente de uma "cooperativa de trabalho".

Em outra cidade, convivi com a utilização da terceirização para legalização da redução dos salários e da piora das condições de trabalho dos empregados. De empregados da empresa em que os serviços eram executados, os trabalhadores passaram a empregados da empresa prestadora de serviços, com óbvia redução de salário, fenômeno este, aliás, que se reproduzia a cada cessação do contrato de prestação de serviços: uma nova empresa de prestação de serviços era contratada, gerando mais redução salarial.

Sob o ponto de vista da realidade, extraída do cotidiano das Varas do Trabalho, o que se passou a perceber, ainda, foi que a terceirização se transformou em

"quarteirização", e assim por diante, a tal ponto que muitas vezes ao reclamante era difícil identificar seu empregador (isto, respeitando-se o padrão fixado no En. 331). A Justiça do Trabalho que tradicionalmente já se podia identificar como a Justiça do ex-empregado, dada a razoável incidência desta situação, passou a ser a Justiça do "ex-empregado de alguém, só não se sabe quem".

Aliás, este alguém, em geral, depois de algum tempo de atuação na realidade social, e quando seus contratos de prestação de serviços não mais se renovam, começa a não mais comparecer às audiências e vai para LINS (lugar incerto e não sabido), provocando, em geral, adiamento das audiências, para que se tente a sua localização e não raras vezes a tentativa acaba se revertendo em citação por edital. Custo e demora processual, 10, efetividade, 0.

Quando tudo dá certo, ou seja, a empresa prestadora comparece, junto com a empresa tomadora (isto quando não se acumulam pretensões em face de mais de uma tomadora, que teriam se utilizado de forma subsequente dos trabalhos do reclamante, em face de contrato com a mesma empresa prestadora, instaurando-se um verdadeiro tumulto processual) e o juiz consegue ultrapassar as mil e uma preliminares de mérito apresentadas pelas empresas tomadoras, que assumem a postura do "num tô nem aí", preliminares estas que se repetem nas defesas das empresas prestadoras, profere-se decisão condenatória, com declaração da responsabilidade "subsidiária" da empresa tomadora. Na fase de execução, que é a mais complexa, para fins de real efetivação dos direitos declarados judicialmente, inicia-se com a tentativa de executar bens da empresa prestadora (o que pode levar tempo razoável), para somente no caso de não ser esta eficaz buscarem-se bens da empresa tomadora, com nova citação etc.

Não bastassem essas dificuldades jurídicas e econômicas, o fenômeno da terceirização tem servido para

alijar o trabalhador ainda mais dos meios de produção. Sua integração social, que antes se imaginava pelo exercício de trabalho, hoje é impensável. O trabalhador terceirizado não se insere no contexto da empresa tomadora; é sempre deixado meio de lado, até para que não se diga que houve subordinação direta entre a tomadora dos serviços e o trabalhador.

Há, ainda, outro efeito pouco avaliado, mas intensamente perverso que é o da irresponsabilidade concreta quanto à proteção do meio-ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados, não se integrando a CIPAs e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhe são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O meio-ambiente do trabalho, desse modo, é relegado a segundo plano, gerando aumento sensível de doenças profissionais.

Essa foi a realidade criada, ou pelo menos incentivada, pelo Enunciado 331 do TST, razão pela qual torna-se urgente repensá-lo.

Para tanto, a de se enfrentar o desafio proposto pela seguinte indagação: há no ordenamento jurídico uma fórmula que possa ao mesmo tempo proteger os trabalhadores, sem negar a realidade do fenômeno da terceirização?

Parece-me que sim. Aliás, para se chegar a esta resposta não é preciso sequer muita criatividade. Em verdade, o Enunciado 331, do TST, ao dar guarida à reivindicação da economia, no que tange à necessidade da implementação da terceirização, fez letra morta do artigo 2º. da CLT, segundo o qual se fixou que se considera empregador a "empresa" que assume os riscos da atividade econômica³. Ora,

³. Como explica Evaristo de Moraes Filho, "Em nossa legislação fica para a empresa o tratamento abstrato, incorpóreo, de bem complexo, de coisas materiais e imateriais, inclusive relações do trabalho, para o exercício

quem se insere no contexto produtivo de outrem, com a mera prestação de serviços, seja de forma pessoal, seja na forma de uma empresa de prestação de serviços, não assume qualquer risco econômico atinente à produção, daí porque, segundo a definição legal, não pode ser considerado empregador, gerando a formação do vínculo de emprego diretamente com a empresa denominada "tomadora dos serviços".

A vinculação da figura do empregador ao risco da atividade econômica tem sentido porque é este que, gerindo a produção, possui os bens corpóreos e incorpóreos necessários à consecução dos fins empresariais e que, ao mesmo tempo, constituem-se como os garantes naturais do passivo trabalhista que possibilita a satisfação do fim empresarial.

Uma terceirização, ou seja, a transferência de atividade que é indispensável à realização empresarial, de forma permanente - seja ela considerada meio ou fim, pouco importa, - não pode, simplesmente, se transferir a terceiro, sem que se aplique a tal negócio jurídico a regra de definição do empregador fincada no artigo 2º., da CLT, com auxílio do artigo 9º., do mesmo Diploma, para negar validade à formalidade de eventual contrato entre as empresas, que busquem deslocar a formação do vínculo de emprego para a "empresa prestadora de serviços" e até evitar responsabilidades da "empresa tomadora". Neste sentido, a seguinte Ementa: Terceirização Atividade indispensável. Salvo situações expressamente previstas na Lei nº 6.019, o instituto da terceirização não pode alcançar atividade indispensável ao empreendimento econômico, porque desvirtua a aplicação da lei trabalhista (art. 9º). Nesta situação a relação de emprego forma-se com o tomador dos serviços. (TRT

Ainda que a transferência da atividade se faça em estabelecimentos distintos de pessoas jurídicas diversas, a situação pouco se altera, pois a identificação da efetivação de uma produtividade organizada em cadeia, mesmo sem a formação de uma empresa controladora, gera a configuração do grupo de empresas, com responsabilidade solidária entre as empresas pelos créditos trabalhistas.

Assim, a terceirização só se concretiza, validamente, no sentido de manter a relação de emprego entre os trabalhadores e a empresa prestadora, apenas quando a prestadora de serviços possua uma atividade empresarial própria, com o risco econômico próprio da atividade empresarial, e a sua contratação se destine à realização de serviços especializados, isto é, serviços que não sejam indispensáveis ou permanentes no desenvolvimento da atividade produtiva da empresa contratante (tomadora), configurando-se, por isso, uma situação excepcional e com duração determinada dentro do contexto empresarial da empresa tomadora.

Além dessa situação, a terceirização continuaria sendo possível nas hipóteses legalmente previstas do trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e serviços de vigilância (Lei n. 7.102/83), respeitados os limites ali fixados⁴.

⁴ Esses limites impedem, por exemplo, que sejam aplicadas no trabalho rural : “Trabalhador rural – Serviços de plantio, cultivo e colheita da erva-mate – Terceirização da mão-de-obra – Vedação. A utilização de mão-de-obra terceirizada nas atividades de plantio, cultivo e colheita da erva-mate não encontra resguardo na Lei nº 6.019/74, que trata do trabalho temporário nas empresas urbanas. A atividade do trabalhador rural vem disciplinada pela Lei nº 5.889/73, que expressamente inibe a intermediação no campo ao considerar que a utilização de qualquer trabalhador rural, ainda que de forma triangular, gerará o vínculo com o tomador dos serviços. A assertiva de que a sentença afrontou a Carta Magna ao impor óbice ao livre exercício do trabalho ou a de que nas épocas de colheita é necessária a contratação temporária de um número maior de trabalhadores ou, ainda, a de que o Poder Judiciário Trabalhista deve ter presente a necessidade de preservação de empregos não passam de meras alegações, já que a própria Lei nº 5.889/73 estabelece a forma como deve se dar a relação entre o proprietário rural/tomador dos serviços e o trabalhador do campo, restando

Aliás, nos países europeus, as intermediações de mão-de-obra são restritas as hipóteses do trabalho temporário⁵. Na França, por exemplo, a intermediação de mão-de-obra, com fim de lucro da empresa prestadora, é considerada como tráfico de mão-de-obra, nos termos das definições dos artigos 125-1 e 125-3, do Code du Travail⁶.

Na Espanha, segundo informa Roberto Vieira de Almeida Rezende⁷, "a jurisprudência acolhe como autêntica a subcontratação de trabalhadores quando verifica que, além de deter o poder de comando e gerenciamento diretos do trabalho, a empresa subcontratada tem atividade empresarial própria, com patrimônio e instrumental suficiente e compatível para consecução de seus fins".

E, prossegue, o mesmo autor: "Para o Direito Espanhol, a subcontratação de trabalhadores é considerada lícita, mas, normalmente, virá acompanhada da responsabilidade solidária da empresa principal quanto às obrigações da subcontratada com seus trabalhadores e com a Seguridade Social. O art. 42 do Estatuto dos Trabalhadores estabelece que os empresários que contratem ou subcontratem com outros a realização de obras ou serviços correspondentes à própria atividade daqueles deverão comprovar que ditos contratados estejam com o pagamento das cotas de Seguridade Social em dia."

De qualquer modo, ainda que não se queira acolher o padrão jurídico tradicional, fixado na CLT, para o fim de buscar uma interpretação evolutiva da norma, para dar

evidente que essa não se fará mediante o instituto da terceirização." (TRT – 12ª R – 3ª T – Ac. nº 6725/99 – Relª. Juíza Águeda Maria L. Pereira – DJSC 07.07.99 – pág. 339) (RDT 08/99, pág. 65)

⁵. Vide, a respeito, La réglementation des conditions de travail dans les États membres de l'Union européenne, vol. 1, Commission européenne, 1999, p. 28.

⁶. « Toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail, ou 'merchandage', est interdite. » (125-1)

⁷. Em sua dissertação, com a qual obteve o título de mestre junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

uma resposta à prática da terceirização, como forma de possibilitar a "modernização" dos meios de produção, há que se ter em mente que o propósito primordial do direito do trabalho não é este e sim o de preservar a dignidade humana, qualquer que seja o modelo produtivo da moda.

Mesmo neste aspecto alternativo da aplicação do direito do trabalho, é importante reservar a terceirização para as situações concretas em que ela se justifica como forma de maximização da produção e não como mera técnica de redução dos custos do trabalho.

Pessoalmente, não acredito muito que a terceirização atinja este objetivo de melhoria da produção e de eficiência empresarial, sobretudo no que concerne à relação empresa-cliente. Ainda outro dia fui barrado na entrada da minha casa por um trabalhador terceirizado. Esclarecendo: fui a um clube, numa cidade do interior, que frequento há cerca de 30 anos, quase que semanalmente. Na portaria, no entanto, não estava mais lá o "seu Zé", mas um fardado empregado de uma empresa terceirizada, que não me permitiu entrar sem a tal "carteirinha", que há muito tempo não sei onde está. Certamente, o serviço com a terceirização, pode-se dizer, será mais organizado, mas, com certeza, menos humano. Os empregados de 20 (vinte) anos "de casa", que viram crescer todos da minha geração e que tinham conosco uma integração quase que de pais para filhos, foram substituídos pela "eficiência técnica da terceirização", mas o que impulsionou a mudança foi, no fundo, ilusão da redução do custo que esta "técnica" representa.

Aliás, é da própria lógica da terceirização a idéia de precarização das relações de trabalho, já que, como explica Márcio Túlio Viana, as empresas prestadoras de serviço, para garantirem sua condição, porque não têm condições de automatizar sua produção, acabam sendo forçadas a precarizar as relações de trabalho, para que, com a

diminuição do custo-da-obra, ofereçam seus serviços a um preço mais acessível, ganhando, assim, a concorrência perante outras empresas prestadoras de serviço⁸.

O certo é que a implementação desta "técnica administrativa" não pode, em hipótese alguma, representar a impossibilidade dos trabalhadores adquirirem e receberem integralmente os seus direitos trabalhistas pelos serviços que prestem. Assim, deverão ser respeitados os mesmos direitos para os trabalhadores da empresa tomadora e os da empresa prestadora, nos termos das seguintes Ementas:

"A evolução que admite a terceirização não pode, validamente, implicar em desigualdade social, ou em acirrar a sociedade injusta para atrair a prevalência de menor custo em detrimento do trabalhador com aumento de lucratividade do empreendimento. Os objetivos da terceirização não se lastreiam em lucro maior ou menor. Utilizá-la para pagar salários menores que os observados pela tomadora quanto aos seus empregados que exercem a mesma atividade é ilegítimo, constituindo-se em prática voltada à distorção dos preceitos protetivos da legislação trabalhista. Dentre as suas vantagens não se inclui a diversidade salarial ou de direitos individuais do empregado e independente da pessoa que seja seu empregador. O empregado de terceirizante, que desenvolve seu trabalho em atividade terceirizada, tem os mesmos direitos individuais e salários dos empregados da tomadora dos serviços exercentes da mesma função." (TRT - 3ª R - 2ª T - RO nº 16763/95 - Rel. Ricardo A. Mohallem - DJMG 29.03.96 - pág. 40)

"A analogia legis implica no reconhecimento de que a questão sub iudice, apesar de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança de razão (ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio). Se os trabalhadores temporários, por força do artigo 12, a, da Lei nº 6.019/74, fazem jus a remuneração equivalente à paga aos empregados da mesma categoria profissional da empresa tomadora de seus serviços, com muito maior razão os trabalhadores

⁸. O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da lei n. 9.601/98, em coautoria com Luiz Otávio Linhares Renault e Fernanda Melazo Dias. São Paulo, LTr, 1998, p. 27,

contratados de forma permanente por empresa interposta para a prestação de serviços essenciais à empresa cliente terão direito a todas as vantagens asseguradas à categoria dos empregados da mesma. A terceirização de mão-de-obra, mesmo quando lícita, não pode servir de instrumento de redução dos custos de mão-de-obra se isto implicar em violação do princípio constitucional da isonomia. (TRT - 3ª R - 3ª T - RO nº 08157/94 - Rel. Freire Pimenta - DJMG 29.08.95 - pág. 56)

Ora, se é verdade que os pressupostos técnicos produtivos, fixados na idéia da "terceirização", é a especialização dos serviços em nome da qualidade, para atendimento desta característica é essencial que a empresa prestadora tenha uma atividade empresarial própria, sendo, portanto, especializada no serviço a que se propõe prestar. Isto, sob o prisma do direito do trabalho, não pode resultar em redução do ganho do trabalhador ou eliminação de responsabilidades das empresas pelo adimplemento dos direitos trabalhistas.

Assim, quando não se puder vislumbrar, juridicamente, a formação de um grupo econômico entre as diversas empresas que se utilizam dos serviços de um mesmo trabalhador, há de se identificar o fenômeno da terceirização jurídica. A formação de uma cadeia produtiva, que se faz horizontalmente, implica, necessariamente, a construção, na mesma proporção, de uma teia jurídica que possibilite a fixação de uma responsabilidade entre todos aqueles que se aproveitam, conjuntamente, do trabalho exercido pelo trabalhador, seja pelo instituto do grupo econômico (art. 2º., parágrafo 2º., da CLT), seja pela "terceirização".

A responsabilidade imaginada, seja na terceirização interna, quanto na externa, deve ser sempre solidária.

Previsão no sentido pode ser encontrada no artigo 249, da Lei de Contrato de Trabalho da Argentina: "La responsabilidad solidaria consagrada por este artículo, será también de aplicación cuando el cambio de empleador fuese motivado por la transferencia de un contrato de locación de obra, de explotación u otro análogo, cualquiera sea la naturaleza y el carácter de los mismos".

Vale lembrar que há solidariedade quando existe pluralidade de credores ou de devedores. No caso de pluralidade de devedores, a solidariedade, denominada passiva, ocorrerá quando cada um dos devedores for responsável pelo pagamento de toda a dívida.

Nos termos do art. 896, do Código Civil (artigo 265, do novo Código Civil), a solidariedade não se presume e resulta da lei ou da vontade das partes. No entanto, no que se refere à solidariedade passiva, que nos interessa mais de perto, tem ganhado força entre os doutrinadores a noção que admite a presunção da solidariedade, para satisfação mais eficiente da obrigação, como se dá em outros países⁹, muito embora tal noção ainda não tenha sido incorporada pelo nosso ordenamento.

O En. 331, do Eg. TST, alude a uma responsabilidade subsidiária. O termo, "data venia", é infeliz.

Quando há pluralidade de devedores e o credor pode exigir de todos a totalidade da dívida, se está diante da hipótese de solidariedade, instituto jurídico que traduz tal situação. Quando a sentença reconhece a responsabilidade do tomador dos serviços, a sua responsabilidade, perante a Justiça do Trabalho, é por toda a dívida declarada e não por

⁹. "Alguns sistemas, notadamente o francês e o belga, admitem uma extensão da solidariedade afora os casos legalmente previstos, a qual recebeu a denominação anfibológica de *solidariedade jurisprudencial* ou *costumeira*." (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 77).

parte dela¹⁰. Há, portanto, uma hipótese de solidariedade, indiscutivelmente, pois o credor (reclamante) pode exigir de ambos (prestador e tomador) a totalidade da dívida.

O que poderia haver, na relação entre tomador e prestador, como ocorre no caso da fiança, seria o exercício daquilo que se denomina, benefício de ordem (art. 1491, CC), pelo qual o fiador tem direito a requerer que primeiro se executem os bens do devedor principal. Mas, o benefício de ordem depende de iniciativa do fiador - parte no processo - e deve ser requerido, nos moldes do art. 1491, do Código Civil, conforme lembra Caio Mário da Silva Pereira: "Demandado, tem o fiador o *benefício de ordem*, em virtude do qual lhe cabe exigir, até a contestação da lide, que seja primeiramente executado o devedor, e, para que se efetive, deverá ele nomear bens a este pertencentes, sitos no mesmo município, livres e desembargados, suficientes para suportar a solução do débito (Código Civil, art. 1491)."¹¹

Mesmo assim, essa hipótese não se configura no caso da terceirização, pois não há previsão legal expressa neste sentido e uma vez declarada a solidariedade o benefício de ordem se exclui, como regra. Ensina Caio Mário: "é da essência da solidariedade que o devedor possa ser demandado pela totalidade da dívida (*totum et totaliter*) e sem benefício de ordem"¹².

Assim, por imperativo jurídico, a responsabilidade do tomador dos serviços trata-se de uma responsabilidade solidária, sem benefício de ordem. Solidariedade esta que não seria presumida, mas declarada

¹⁰. Não seria divisível a obrigação porque nas prestações divisíveis, ocorrendo insolvência de um dos co-devedores o credor perde a cota-parte do insolvente (Caio Mário, p. 72), e isso, notoriamente, não ocorre nas dívidas trabalhistas.

Lembre-se, ademais, que a indivisibilidade não é material, mas jurídica. "Às vezes importa, e outras não importa que o objeto possa fracionar-se." (Caio Mário, p. 67)

¹¹. *Op. cit.*, Vol. III, p. 462.

¹². *Ibidem*, p. 463.

judicialmente, com base no postulado jurídico da culpa "in eligendo".

Aliás, mesmo o elemento culpa pode ser abandonado, atraindo-se a noção de culpa objetiva decorrente de responsabilidade civil, nos termos do artigo 927 do novo Código Civil e seu parágrafo único, que passaram a considerar o ato que antes é ato meramente culposo (vide o artigo 186, do novo Código) como ato ilícito.

E, para aqueles mais renitentes, que se apegam a um formalismo jurídico, extraído do teor do art. 896, do Código Civil, formalismo este que em concreto não existe, vale lembrar o disposto no artigo 455, da CLT, que pode ser aplicado analogicamente ao presente caso.

Dispõe tal artigo: "Nos contratos de subempreiteira 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.

Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo."

Vê-se, portanto, que a lei trabalhista fixou a solidariedade nas relações de terceirização, na medida em que conferiu ao trabalhador o direito de ação em face do tomador dos serviços - empreiteiro - e sem benefício de ordem, pois o que se garantiu a este foi a ação regressiva contra o prestador - subempreiteiro. Neste sentido, a seguinte Ementa: Destituída a intermediadora de mão-de-obra de idoneidade econômica e financeira, tem-se a empresa

tomadora do serviço como responsável solidária pelos ônus do contrato de trabalho, pelo princípio da culpa in eligendo, o mesmo que informa e fundamenta a regra do art. 455, do estatuto obreiro. (TRT - 8ª R - Ac. nº 4947/95 - Rel. Juiz Itair Sá da Silva - DJPA 23.01.96 - pág. 05)

Aliás, a solidariedade entre tomador e prestador de serviços está expressamente prevista em outros dispositivos legais, a saber: art. 15, parágrafo 1o. da Lei n. 8.036/90 e art. 2o., I, do Decreto n. 99.684/90, sobre FGTS; e Ordem de Serviço n. 87/83, sobre contribuições previdenciárias.

Frise-se ainda que eventual cláusula do contrato firmado entre as empresas, que negue qualquer tipo de solidariedade, é nula de pleno direito, pois sua aplicabilidade pode impedir o adimplemento de obrigações trabalhistas (art. 9o., da CLT). Neste sentido, aliás, merece destaque o disposto no artigo 187, do novo Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Ora, realizar negócios jurídicos cujo propósito é afastar-se de responsabilidade pelo adimplemento de direitos daqueles que lhe prestam serviços, evidentemente, não pode ser considerado como ato lícito, nos termos da atual visão social do próprio direito civil.

Vale lembrar, ademais, que já na Declaração dos Objetivos da Organização Internacional do Trabalho, de 1944, foi firmado o princípio, até hoje não superado no contexto jurídico internacional, de que o trabalho não é mercadoria.

Tal sentido pode ser encontrado, também, na Declaração da OIT, relativa aos princípios fundamentais do trabalho, ao dispor que "a justiça social é essencial para

assegurar uma paz universal e durável” e que “o crescimento econômico é essencial mas não é suficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, e que isto confirma a necessidade para a OIT de promover políticas sociais sólidas, a justiça e instituições democráticas”.

Esses preceitos, aliás, foram o fundamento para que a OIT, em 1949, adotasse a Convenção n. 96, estabelecendo que as agências de colocação de mão-de-obra, com finalidade lucrativa, deveriam ser suprimidas da realidade social dos países membros de forma progressiva e definitiva

Mas, como esclarece Bruno Siau: « Une pays, le Brésil, n'est plus signataire de la convention n. 96 mais l'a été de 1957 à 1972. Les raisons de la dénonciation de cette convention par le Brésil ne sont pas une surprise : ce pays n'a pas réussi à tenir la date limite de suppression des bureaux de placement payants à but lucratif... »^{13 14}

O fato concreto é que, não se reservando um tratamento jurídico à terceirização, que preserve a função primordial do direito do trabalho de proteção da dignidade do trabalhador, ao mesmo tempo que lhe garanta a possibilidade da melhoria de sua condição social, esta, a terceirização, continuará sendo utilizada como mera técnica para fraudar direitos trabalhistas - e, muitas vezes, para desviar obrigações administrativas, quando formuladas no setor público¹⁵.

¹³. Bruno Siau, *Le travail temporaire en droit comparé européen et international*, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 57.

¹⁴. « Um país, o Brasil, não é mais signatário da convenção n. 96, embora o tenha sido de 1957 a 1972. As razões da denúncia desta convenção pelo Brasil não são uma surpresa : este país não conseguiu cumprir a data limite para supressão das agências de colocação com objetivo lucrativo ».

¹⁵. “Terceirização ilícita efetivada por entidades estatais – Efeitos jurídicos diferenciados. A terceirização ilícita perpetrada por entes do Estado propicia três efeitos jurídicos distintos: em primeiro lugar, não autoriza o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços estatal, em virtude de expressa proibição constitucional a respeito (art. 37, II e parágrafo 2º, CF/88; Enunciado nº 331, II, TST). Em

A constatação da realidade de como a terceirização vem sendo, seguindo o caminho aberto pelo Enunciado n. 331, do TST, e a verificação de que o ordenamento jurídico reserva fundamentos sólidos para que esta realidade seja alterada impõem que se faça uma revisão do dito Enunciado ou, pelo menos, que os juízes, reconhecendo a sua função social e assumindo a parcela do poder que lhes é conferida constitucionalmente, afastem-se do entendimento do Enunciado, para o fim de apresentarem à técnica administrativa da terceirização uma resposta jurídica que reafirme a necessidade de que toda "modernidade" não se introduza na realidade de forma a negar a dignidade e a ética nas relações de trabalho.

São Paulo, 02 de outubro de 2002.

segundo lugar, implica na indubitosa responsabilidade subsidiária da entidade estatal tomadora dos serviços pelas verbas devidas ao empregado pelo empregador terceirizante (Enunciado nº 331, IV, TST). Nesta linha, é ineficaz a isenção de responsabilidade pretendida pela Lei nº 8.666/93 (art. 71) por afrontar critério de responsabilidade clássico do Estado existente no direito do país (art. 37, parágrafo 6º, CF/88). Por fim, em terceiro lugar, a ilicitude da terceirização repara-se através do pagamento ao obreiro de todas as verbas incidentes sobre empregados da empresa estatal que realizem função semelhante ou sejam da mesma categoria (salário equitativo), conforme critério isonômico classicamente incorporado pela ordem jurídica (art. 12, a, Lei nº 6.019/74, por analogia; art. 5º, caput e I, CF/88; art. 7º, XXXII, CF/88)." (TRT – 3ª R – 3ª T – RO nº 20515/97 – Rel. Maurício J. Godinho Delgado – DJMG 21.07.98 – pág. 12)

"Terceirização – Sociedade de economia mista – Responsabilidade subsidiária. A sociedade de economia mista deve responder, subsidiariamente, pelos créditos trabalhistas do empregado contratado pela empresa fornecedora de mão-de-obra para prestar-lhe serviços. A licitação, se existente, que teria precedido a celebração do contrato pelas empresas, pode excluir a culpa in eligendo, mas não a culpa in vigilando, vez que cumpre à beneficiária dos serviços fiscalizar o cumprimento do contrato de trabalho pela empresa interposta. A isenção de responsabilidade prevista no art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitui privilégio inadmissível, por afrontar o disposto no art. 5º e art. 173, § 1º, da Constituição Federal." (TRT – 3ª R – 4ª T – RO nº 1707/2000 – Rel. Juiz Luiz Otávio L. Renault – DJMG 23.09.2000 – pág. 18) (RDT 10/00, pág.63)

