

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho
Metodologia do Ensino e da Pesquisa em Direito

JOENY GOMIDE SANTOS

**A Insegurança Jurídica como Consequência da Ausência de
Normatização para a Terceirização de Serviços, em
Contratos de Empreitada, nas Hipóteses de Dona da Obra**

Julho/2012

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

JOENY GOMIDE SANTOS

**A Insegurança Jurídica como Consequência da Ausência de
Normatização para a Terceirização de Serviços, em
Contratos de Empreitada, nas Hipóteses de Dona da Obra**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Pós-Graduação em Direito do
Trabalho e Processo do Trabalho. IDP.

Julho/2012

A INSEGURANÇA JURÍDICA COMO CONSEQUÊNCIA DA AUSÊNCIA
DE NORMATIZAÇÃO PARA A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS, EM
CONTRATOS DE EMPREITADA, NAS HIPÓTESES DE DONA DA OBRA

JOENY GOMIDE SANTOS

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e
Processo do Trabalho.

Semestre/Ano: 2/2012

RESULTADO: _____

Brasília, 15 de outubro de 2012.

Professor(a):

Professor(a):

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu amado filho Victor Gomide, pois em virtude das noites necessárias para a conclusão desta especialização, foi privado por vários dias de minha atenção e companhia, que pra ele foram muito mais longos do que os demais dias. Ao meu marido Luiz Roberto e aos meus pais, Ângela e Adão, que sempre me apoiaram, especialmente, durante o período deste curso, desdobrando-se em carinho e amor para cuidar do Victor nas minhas ausências e por transmitirem-me toda serenidade e conforto para encarar este desafio e o concluir.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo evidenciar situações em que a ausência de normas acerca da terceirização de serviços, especificamente, nos contratos de empreitada, cuja contratação se enquadre na hipótese de dono da obra, altere-se, ampliativamente, o entendimento acerca da responsabilidade subsidiária, acarretando em insegurança jurídica nas relações de empregos e contratuais estabelecidas. A jurisprudência do egrégio Tribunal Superior do Trabalho, há uma década firmou-se no sentido explicitado pela Súmula 331, apesar deste grande lapso temporal, a referida Súmula não esgota todas as hipóteses de lesão a direitos que a inexistência normativa enseja aos trabalhadores terceirizados. Ao contrário, algumas vezes elastece tanto a interpretação de responsabilização subsidiária, agindo com uma postura protecionista, como se verificará no decorrer deste trabalho, nos casos de Petrobras dona da obra, em favor do empregado-terceirizado, concorrendo para a insegurança jurídica dos jurisdicionados, remanescendo, ainda, a necessidade positivamente das normas para que rejam a terceirização de forma legal, mais equânime e justa a todos, sejam os envolvidos na relação de emprego, sejam as partes envolvidas no contrato de empreitada.

Palavras-chave: Responsabilidade Subsidiária. Dono da obra. Ausência de norma. Insegurança jurídica.

SUMÁRIO

I. Introdução	1
I.1. Evolução Histórica da Terceirização	1
I.2. Justificativas para a Terceirização	2
I.3. Casos Geradores da Insegurança Jurídica nos Contratos de Terceirização, na Modalidade Empreitada	2
I.3.1. Caso Gerador 1	3
I.3.2. Caso Gerador 2	4
II. Desenvolvimento	6
II.1. Normas Suporte Utilizadas na Terceirização	6
II.2. Casos Geradores - Interpretação Ampliativa de Normas pelo Judiciário	9
II.3. Confronto de Princípios	13
II.3.1. Princípio da Legalidade	13
II.3.2. Princípio da Moralidade	14
II.3.3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	15
II.3.4. Princípio do Valor Social do Trabalho	16
II.3.4.1. Princípio do Pleno Emprego	18
II.3.5. Princípio da Livre Iniciativa	18
II.3.6. Princípio da Proporcionalidade	19
III. Conclusão	22
III.1. A Edição de Lei como Solução para Insegurança Jurídica Detectada	22
III.2. Anteprojeto de Lei elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego	23
Referências Bibliográficas	26

Anexos:

Acórdão TST-RR-1125/2006-021-21-00.7	28
Acórdão TST-RR-812/2005-126-15-00.7	38
Minuta do Anteprojeto de Lei	44

I. INTRODUÇÃO

I.1. Evolução Histórica da Terceirização

A terceirização é um fenômeno recente no Direito do Trabalho, ainda não positivado, mas com origem no final da década de 1960 quando a ordem jurídica criou a primeira referência normativa, limitada ao setor público, com a edição do Decreto-Lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70.

Com a edição da Lei do Trabalho Temporário, Lei nº 6.019/74, surge legislação especialmente para tratar da terceirização, estendendo à iniciativa privada esta possibilidade de contratação de pessoal. Na década seguinte, com a edição da Lei nº 7.102/83, cria-se normatização para a terceirização, de caráter permanente, do trabalho de vigilância bancária, contrapondo-se à temporária, prevista na primeira.

A terceirização é uma forma moderna de desenvolvimento, que permite ao empresariado flexibilizar a gestão da empresa para enfrentar problemas e custos de mão-de-obra necessária para a prestação de serviços ou para o oferecimento de produtos.

Para o professor Sérgio Pinto Martins, a terceirização possibilita contratar terceiro para a realização de atividades que não são o objeto principal da empresa contratante daquele serviço contratado. Tal contratação pode ou não envolver a produção de bens, ou a prestação de serviços, surgindo a necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

Apesar das vantagens econômicas em benefício do desenvolvimento capitalista empresarial, apresenta-se conflitante, na forma de garantir os direitos provenientes da relação de emprego, originalmente tutelados.

Considerando que a maioria dos empregados não postula em juízo os direitos - fundados em direitos decorrentes direitos positivados, eventualmente, não pagos pelos empregadores, e considerando, ainda, que quando tais pleitos ocorrem, são poucos os que conseguem transito na à Corte Superior Trabalhista, não raro deparar com a insegurança jurídica.

Na hipótese da terceirização, ante a ausência normativa, evidencia-se de forma mais alarmante a dimensão da insegurança jurídica e da litigiosidade instaurada.

I.2. Justificativas para a Terceirização

As justificativas apontadas para justificar a escolha da terceirização é a possibilidade da empresa focar-se em sua atividade principal ou em seu objeto específico, ou seja, na produção ou comercialização ou desenvolvimento de seus produtos e/ou serviços; permitindo que tarefas acessórias sejam desempenhas por empresas especializadas em prestar estes serviços, e, portanto, a vinculação entre a contratante da mão de obra e a contratada fornecedora dessa mão de obra seja limitada, correspondendo apenas às obrigações do contrato, e não das relações de trabalho estabelecidas entre o empregado e sua empregadora.

A opção de reduzir os quadros da empresa, atendendo-se a proposta de priorizar atenção às atividades-fim, confere ao empresariado desenvolvimento do objeto principal fornecido por aquela empresa.

As empresas tomadoras dos serviços terceirizados delegam onerosamente a uma empresa contratada as obrigações referentes às atividades-meio da empresa, ensejando a otimização de tempo e de recursos humanos, promovendo alavancar resultados superiores.

I.3. Casos Geradores de Insegurança Jurídica nos Contratos de Terceirização, Modalidade Empreitada

A ausência regulamentar enseja a insegurança jurídica em diversos contextos. A abordagem que o presente trabalho enquadrará a insegurança jurídica provém de casos concretos, onde Petrobras figura como recorrente em recursos trabalhistas em instância extraordinária, onde, em virtude do lapso regulamentar acerca da terceirização, motivou os julgadores a ampliarem os limites da responsabilização subsidiária, ao contrário do que a jurisprudência do próprio Tribunal Superior do Trabalho - TST vem entendendo, nos contratos de empreitada, configurada e reconhecida a hipótese de dona da obra.

A indesejada insegurança jurídica pôde ser verificada, em recentes julgados do egrégio Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento de Recursos de Revista de Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, pela colenda 4ª Turma, que ante a inexistência regulamentadora acerca da terceirização, amplia irrestritamente a aplicação da Súmula nº 331, entendendo deverem ser mantidas a responsabilidade subsidiária mesmo na

hipótese de dona da obra, em franca desarmonia com o preceituado na Orientação Jurisprudencial nº 191, da Subseção de Dissídios Individuais I – SDI-1, vejamos:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (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 personalidade 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, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e le-gais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela em-presa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

OJ-SDI1-191 CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

I.3.1. Caso Gerador 1:

Acórdão TST- RR - 812/2005-126-15-00.7, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 15/04/2009, 4ª Turma, Data de Publicação: 30/04/2009

“RECURSO DE REVISTA. PETROBRAS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VOLTADOS À ATIVIDADE FIM. RESPONSABILIDADE

SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR. DECISÃO REGIONAL EM CONFORMIDADE COM A SÚMULA N.º 331, INCISO IV, DO COLENDO TST. Não merece ser conhecido o Recurso de Revista quando a decisão guerreada apresenta-se em consonância com a Súmula da Jurisprudência Uniforme do col. TST. Aplicação do disposto no art. 896, § 4.º, da CLT e Súmula 333 do TST. Recurso de Revista não conhecido.”

I.1.2. Caso Gerador 2:

Acórdão TST- RR - 1125/2006-021-21-00.7, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 03/06/2009, 4ª Turma, Data de Publicação: 19/06/2009.

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. I - A decisão recorrida encontra-se de acordo com o entendimento desta Corte, ou seja, de que a responsabilidade subsidiária da administração pública acha-se materializada na esteira das culpas in vigilando e in eligendo, não infirmáveis pelo fato de a controvérsia ter envolvido direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora do serviço, pois ambas as culpas estão associadas à concepção mais ampla de inobservância do dever da empresa tomadora de zelar pela higidez dos direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora, independentemente da verificação de fraude na terceirização ou de eventual inidoneidade econômico-financeira. II - Os entes públicos não se encontram imunes desse dever, pois o princípio da culpabilidade por danos causados pela empresa contratada é princípio geral de direito, aplicável à universalidade das pessoas, quer sejam naturais quer jurídicas, de direito privado ou de direito público, sobretudo quando se trata de órgãos da administração pública, autarquia, empresa pública e de sociedade de economia mista, por conta da regra insculpida no artigo 173, § 1º, inciso I, da Constituição Federal, em razão da qual se apresenta juridicamente indiferente a norma contida no artigo 61 do Decreto-Lei nº 2.300/86 ou no artigo 71 da Lei nº 8.666/93. III - Mesmo porque a norma do artigo 173, § 1º, inciso III, da Carta de 1988, ao dispor sobre a observância dos princípios da administração pública, traz consigo a dos princípios da legalidade e moralidade, pelos quais é incontrastável a responsabilidade subsidiária dos entes estatais. IV - Recurso não conhecido. MULTA DE 40% DO FGTS E MULTA PREVISTA NO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT (...) III - Recurso não conhecido.”

Em suma, a recente orientação, **unânime**, da 4ª Turma do TST, cujo teor é no sentido ampliativo da responsabilidade subsidiária, desrespeitando-se a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI, e a uníssona jurisprudência pacificada naquele Tribunal acerca de dono da obra, instaurando-se, mais uma vez, em virtude da ausência

normativa, a prática da insegurança jurídica, encorajando o julgador a erigir norma própria de direito diametralmente oposta, o que lhe é vedado pelo princípio da separação dos poderes, posto no art. 2º da CF, eis que o Poder Judiciário invadiu a esfera legislativa atribuída a outro Poder.

Trata-se de hipóteses de má aplicação do Enunciado 331, IV, do TST, que diz respeito à locação de mão-de-obra voltada para as atividades acessórias e de apoio da empresa principal (Leis nº 6.019/74 e 7.102/83), o que não ocorre nas situações exemplo, em que a Petrobras contratou empresa de construção civil para execução de obra certa.

II. DESENVOLVIMENTO

II.1. Normas Suporte para a Terceirização

O marco evolutivo da terceirização foi o Dec.-lei 200/67, especificamente, no art. 10, § 7º, recomendava a terceirização, nos seguintes termos:

"Capítulo III - da descentralização"

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

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

Apesar do vazio legal quanto ao tema terceirização de serviços, vem se construindo teses adotando a Lei n. 6.019/74, Lei do Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas e a Lei n. 7.102/83, lei que versa acerca da exploração de serviços de vigilância e de transporte de valores. Tudo isso para adequar-se à previsão do artigo 445 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

“Art. 445. O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do Art. 451.”

Em decorrência da ausência normativa, mediante as práticas reiteradas de contratações sem assegurar direitos mínimos, e da avalanche de reclamações trabalhistas propostas por estes trabalhadores desamparados legalmente, o TST, depois de julgar inúmeros processos em 1999 editou a Súmula 331, para nortear a contratação de prestação de serviços, no entanto, delimitando-se premissas mínimas.

Vejamos a Súmula 331, do TST:

"SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho tem-porário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não ge-ra 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 ine-xistente 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, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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

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

Os tribunais trabalhistas buscam, ainda hoje, assegurar da forma mais abrangente possível os direitos trabalhistas provenientes da terceirização, antigamente o faziam para repelir esta prática recorrente, atualmente, por ser impossível impedir a terceirização, continua a agir de forma mais protetiva.

No que tange à realidade vivenciada nessas contratações, ensina-nos Rafael Caldera, acerca do gigante fenômeno da terceirização:

(...) não pode ser inimigo do progresso, porque é fonte e instrumento do progresso. Não pode ser inimigo da riqueza, porque sua aspiração é que ela alcance um número cada vez maior de pessoas. Não pode ser hostil aos avanços tecnológicos, pois eles são efeitos do trabalho. Sua grande responsabilidade atual é conciliar este veloz processo de invenções que, a cada instante, nos apresenta novas maravilhas com o destino próprio de seus resultados, que deve ser não o de

enriquecer unicamente uma minoria de inventores, mas o de gerar empregos que possam atender os demais e oferecer a todos a possibilidade de uma vida melhor.

É pertinente salientar que apesar da excessiva proteção à relação empregatícia reconhecida pela Justiça do Trabalho, a Súmula prevê que não há o reconhecimento judicial de relação de emprego entre empregado terceirizado e ente do poder público.

No entanto, é válido reforçar que a aplicação indiscriminada da Súmula enseja insegurança jurídica para os trabalhadores e para o empresariado em geral, haja vista que ainda não regulamentação da matéria terceirização, que preveja direitos e obrigações definidos, permitindo que muitos julgados sejam interpretados de forma extensivamente protetiva ao empregado, em casos onde não seria cabível a aplicação da Súmula 331, como nos casos geradores, outrora citados.

O contrato de subempreitada encontra previsão no artigo 455, da CLT, no entanto, caracteriza-se como uma espécie de terceirização de serviços, algumas muitas vezes, interpretada como uma terceirização simples de serviços, equivocadamente, sendo alvo da Súmula 331. Verifique-se o teor do artigo:

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

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

A positivação insuficiente permite interpretações errôneas, que na maioria das vezes, oneram indevidamente, o subempreiteiro, que acaba por ter que responder subsidiariamente.

Na tentativa de suprir as lacunas que a ausência regulamentar permite, há construção de regras pela jurisprudência trabalhista, propostas e aprovadas, através de 3 Enunciados sobre "terceirização", durante a "1ª **Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**", encerrada no dia 23.11.07, no TST. São eles:

"**Enunciado n. 10 — "Terceirização. Limites. Responsabilidade solidária.** A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades

permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas";

"Enunciado n. 11 — "Terceirização. Serviços públicos. Responsabilidade solidária. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público";

"Enunciado n. 16 — "Salário. I – Salário. Princípio da isonomia. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos artigos 5º, caput, e 7º, inc. XXX, da Constituição da República e das Convenções 100 e 111 da OIT. II – Terceirização. Salário eqüitativo. Princípio da não-discriminação. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à tomadora que exercerem função similar".

Perceba-se os entendimentos propostos são no sentido de que a terceirização não se há de restringir às atividades-meio de uma empresa, como consta da Súmula n. 331, do TST.

No entanto, deve competir ao gestor do empreendimento reconhecer o que mais lhe aprouver, ou seja, se a terceirização deve limitar-se a algo que não se relacione com a sua atividade principal ou se esta poderá, também, ser incluída no processo.

O certo é que não há regulamentação e desde muito tempo vem competindo à jurisprudência e à doutrina orientarem os caminhos a serem seguidos pela terceirização, interpretando normas esparsas, as quais não atendem completamente, o que oportuniza frequentes e indesejados episódios de insegurança jurídica.

II.2. Casos Geradores - Interpretação Ampliativa de Normas pelo Judiciário

Foram trazidos para análise dois acórdãos provenientes da egrégia 4ª Turma, do TST, nos quais Petrobras, dona da obra, contrata uma empresa terceirizada, mediante regular procedimento licitatório, para executar contrato de empreitada para execução de obra certa. Em ambos os acórdãos a interpretação ampliativa de normas, princípios e principalmente da Súmula 331, do TST, tem como decorrência a insegurança jurídica da

Reclamada Petrobras, uma vez que os julgadores optaram por afastar, injustificadamente, a aplicação da OJ 191 SDI-1, e reconhecer a responsabilidade subsidiária de Petrobras.

A orientação do TST, em casos idênticos aos trazidos, vem sendo no sentido diametralmente oposto, como se vê:

RECURSO DE REVISTA. 1. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. Com o cancelamento da Súmula 310/TST, a decisão do TRT de origem harmonizou-se com o entendimento desta Corte, quanto à substituição processual ampla pelo sindicato. Recurso de revista não conhecido. 2. DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INEXISTÊNCIA. **A teor da Orientação Jurisprudencial 191 da SBDI-1, "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".** Recurso de revista conhecido e provido. (TST- RR - 943/2007-191-17-00.4, Relator Alberto Bresciani, Data de Julgamento, 13/05/2009, 3ª Turma, Data de Publicação 31/07/2009.)

RECURSO DE REVISTA. PETROBRÁS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. **Decisão regional que, ao imputar ao dono da obra, que não é empresa construtora nem incorporadora, forte em exegese que emprestou ao art. 455 da CLT, responsabilidade subsidiária pelos efeitos do contrato de trabalho celebrado entre a subempreiteira e seu empregado, contraria a jurisprudência sedimentada desta Corte na OJ 191 da SDI-I do TST.** Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 705939/2000.0, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Data de Julgamento: 02/08/2006, 6ª Turma, Data de Publicação: 18/08/2006)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRAS - DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. **Reconhecida a condição de dono da obra da recorrente, inviável a responsabilização subsidiária, nos termos da Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1, o que afasta a caracterização do contrato de prestação de serviço e, conseqüentemente, a incidência da Súmula 331, item IV, desta Corte.** Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (...). (RR - 334/2005-161-17-00.1, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 04/02/2009, 5ª Turma, Data de Publicação: 13/02/2009)

Resta evidente que o entendimento da douda 4ª Turma diverge substancialmente das decisões sedimentadas na Jurisprudência da Corte Trabalhista, de modo que fica

caracterizada a insegurança jurídica, neste caso, para o subempreiteiro, fundamentalmente pela ausência de regulamentação acerca da terceirização de serviços e da precária regulamentação acerca do contrato de empreitada.

É certo que há um parâmetro diferenciador da prestação de serviços gênero e o contrato de empreitada, o qual reside no fato de que no primeiro contrata-se uma atividade e, no segundo, uma obra, torna-se assim nítido que a relação contratual não seria a de uma mera prestação de serviços, o que seria amparado pela Súmula 331, e, sim, a de um contrato de empreitada, respaldado pelo teor da Orientação Jurisprudencial 191 da SBI-1, do TST.

O contrato de empreiteira entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro principal, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou uma empresa de incorporação imobiliária, o que não é o caso, pois, PETROBRAS, foi criada por lei específica, para a execução do monopólio estatal do petróleo (art. 37, XIX, 173, **caput** e § 1^a, 177, incs. I **usque** III, e §§ 1^o e 2^o, da CF, e 61 da Lei nº 9478/1997).

A natureza do contrato de empreitada é a contratação da prestação laboral autônoma, que prestigia o objeto resultante do trabalho pactuado, no caso a execução de obra certa, diverso do contrato de locação de serviços.

Assevere-se que é distinta a relação jurídica que existe entre o empreiteiro e o dono da obra, esta de natureza eminentemente civil, e aquela que se estabelece entre o empreiteiro e seus empregados, integralmente regida pela legislação trabalhista. O dono da obra não é empregador dos trabalhadores, que laboram para o empreiteiro, e, em relação a eles, não é titular de nenhum direito ou obrigação de cunho trabalhista.

O contrato de empreitada tem natureza civil, diferentemente do contrato de emprego que tem proteção do Direito do Trabalho. Outra diferença é o resultado de cada um destes contratos, enquanto a empreitada tem como resultado a obra concretizada pelo serviço, a relação de emprego tem relativa indeterminação no que tange ao resultado, apesar da vinculação do empregado a desempenhar certas tarefas, não há um resultado próprio a ser atingido.

Mas as diferenças não acabaram, há outro elemento diferenciador destes contratos, qual seja, a personalidade. O contrato de empreitada não guarda fungibilidade do prestador ao longo da execução da obra.

Nos acórdãos ilustrativos, o voto do Ministro Barros Levenhagen apresenta-se dissonante à consolidada jurisprudência do TST, vez que aduz que os entes públicos não se encontram imunes ao dever de responsabilizar-se, pois o princípio da culpabilidade por danos causados pela empresa contratada, no caso a empreiteira, é princípio geral de direito, aplicável à universalidade das pessoas, quer sejam naturais quer jurídicas, de direito privado ou de direito público, sobretudo quando se trata de órgãos da administração pública, autarquia, empresa pública e de sociedade de economia mista, por conta da regra prevista no artigo 173, § 1º, inciso I, da Constituição Federal, em razão da qual se apresenta juridicamente indiferente a norma contida no artigo 61 do Decreto-Lei nº 2.300/86 ou no artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

E mais, admite que o artigo 173, § 1º, inciso III, da Carta de 1988, ao dispor sobre a observância dos princípios da administração pública, traz consigo a dos princípios da legalidade e moralidade, pelos quais é incontestável a responsabilidade subsidiária dos entes estatais.

A decisão incorre em equívoco, desobedece ao previsto na Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1, que não elenca distinção entre ente público ou ente privado para o dono da obra, excetuando qualquer responsabilidade, seja solidária, seja subsidiária, perante as obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro.

Conforme se depreende do acórdão regional, a Petrobras firmou contrato de natureza civil com a empresa, primeira demandada, visando à execução de serviços de construção civil.

Assim, resta claro que a hipótese do processo autos se refere à realização de contrato de empreitada, onde a Petrobrás ostenta a condição de dona da obra, hipótese que não é regulada pela Súmula nº 331 da Corte, que foi mal aplicado ao caso, já que reflete o entendimento deste Tribunal acerca da responsabilidade subsidiária relativamente a contratos de prestação de serviços terceirizados.

A ampliação de direitos, indevidamente verificada, fundamentada no princípio da legalidade e moralidade, imporia ao julgador a mitigação entre tais princípios, e os demais princípios do direito do trabalho, tais como o princípio do valor social do trabalho, o

princípio da livre iniciativa, resultantes do princípio da dignidade da pessoa humana, além do princípio da proporcionalidade, que permite nivelar os demais.

II.3. Do Confronto de Princípios

O Princípio da Proporcionalidade vem sendo a ferramenta hábil para equalizar os efeitos do confronto entre o Princípio do Valor Social do Trabalho e o Princípio da Livre Iniciativa, ambos resultantes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

No contexto abordado há que serem considerados outros princípios além desses citados, como o Princípio da Legalidade e o Princípio Moralidade, aduzidos pelos Ministros para estenderem à dona da obra, *in casu*, ente da administração pública, a responsabilidade subsidiária, em flagrante hipótese de má aplicação da Súmula 331, do TST.

O inciso IV do artigo 1º da CRFB, enuncia que os fundamentos de sustentação do Estado brasileiro são o valor social do trabalho, bem como a livre iniciativa, que foram elevados à condição de Princípios Constitucionais, decorrentes dos Direitos Fundamentais, no entanto de gerações diversas.

II.3.1. Princípio da Legalidade

É premissa no Estado Democrático de Direito que a Administração Pública tem sua atuação vinculada a observância ao princípio da legalidade, ou qual prevê aos atuantes no âmbito do poder público exclusivamente práticas autorizadas pelo ordenamento jurídico.

A distinção entre a legalidade estrita, que limita a atuação no âmbito do poder público e o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, II, da Constituição da República, é que enquanto ao particular admite-se fazer tudo aquilo que não for proibido, ao Estado está permitido praticar os atos que lhe são autorizados.

O princípio da legalidade, trazido pela Constituição, determina para o particular: "**este é livre de praticar o ato desde que não seja proibido por lei**", enquanto que para o Estado, ou melhor, o Poder Público, tem outro significado, "**ele só pode praticar aquilo que estiver previsto em lei**".

Em outras palavras seria dizer, o princípio da legalidade nada mais é que a necessidade de o poder público agir em conformidade com a autorização prévia advinda da lei.

A terceirização vem sendo utilizada, em sua maioria, pelo Poder Público que se encontra obrigado constitucionalmente a observar o princípio da legalidade, no entanto, não há no ordenamento jurídico a regulamentação que se necessita, ou exige a Constituição.

No que tange à terceirização, o comando previsto no artigo 10, §7º do Decreto-Lei n.º 200/67, é o que parece autorizar a contratação junto a terceiros para prestação de serviços que sejam de apoio às atividades próprias da Administração.

A lei 8.666/93, que rege as licitações e contratações no âmbito do poder público, também sugere autorizar a contratação de terceiros para a prestação de serviços necessários ao desenvolvimento de atividades administrativas.

No entanto, tratam-se autorizações genéricas, uma vez que a terceirização, a princípio, estaria vedada no âmbito do poder público. Nas hipóteses de situações excepcionais, onde houvesse necessidades extraordinárias, não supridas pelos quadros de pessoal do ente público, seria possível a contratação.

Depois da edição da Súmula 331, do TST, pacificou-se entendimento no sentido de que permanece a exigência constitucional de realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos, não sendo possível a conversão de um empregado terceirizado em um empregado do ente que lhe contratou através da terceirização, em obediência ao previsto no artigo 37, II da Carta da República.

De todo exposto, o que se reforça é a importância de elaboração da norma legal, na forma da Constituição, no sentido de positivar a contratação por uma empresa de todas suas atividades empresarias - fim ou meio - para serem executadas por uma ou mais outras empresas, especialmente para legitimar a prática da terceirização pelo Poder Público.

II.3.2. Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade é o dever conferido à Administração Pública de atuar segundo os padrões impostos pela transparência, pela lealdade, pela boa-fé, pautando as relações jurídicas estabelecidas conforme o propósito de não causar ou possibilitar vantagens em prejuízo dos direitos de terceiros, impedindo expectativas legítimas, como leciona Jorge Guilherme Giacomuzzi:

"Da moralidade insculpida no art. 37 da Constituição Federal de 1988 se deve – não só, mas sobretudo – extrair deveres objetivos de conduta

administrativa a serem seguidos, proibindo-se a contradição de informações, a indolência, a leviandade de propósitos. Com o perigoso risco das simplificações, mas com o cuidado do alerta, posso dizer que a moralidade administrativa do art. 37 da Constituição Federal de 1988 obriga a um dever de transparência e lealdade por parte da Administração Pública."

II.3.3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou no art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Consagrando expressamente a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático de Direito, o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (SARLET, 2002, p. 68).

Dizer o que significa exatamente a dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, no entanto, Alexandre de Moraes define-a como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto humanos (MORAES, 2005, p. 48).

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. Aliás, o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se também após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanções da própria dignidade, funcionando como "atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano" Tais direitos, reconhecidos a todo ser humano e consagrados pelos textos constitucionais modernos em geral, são

oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado (BARROSO. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>).

Segundo Alexandre de Moraes o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção:

Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria (MORAES, 2005, p. 48).

Quanto às conseqüências do respeito à dignidade da pessoa humana, é interessante citar o ensinamento de Joaquín Arce y Flores-Valdés, segundo o qual há quatro importantes conseqüências:

- a) a igualdade de direitos entre todos os indivíduos (art. 5º, inciso I, CF);
- b) a garantia da independência e autonomia do ser humano, não podendo ser utilizado como instrumento ou objeto;
- c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; e
- d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida (garantia de um patamar existencial mínimo) (FLORES-VALDÉS, 1990, p. 149).

Na lição da doutrinadora Flávia Piovesan:

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. (...) À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores

éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN. Disponível em:

http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1896785571/Envio2.doc?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_1896785571%2FEnvio2.doc.

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é o valor fonte de todo o sistema jurídico e social. Constituindo, no Direito Constitucional, a vertente de toda e qualquer atividade estatal. Esse é o princípio que inspira os direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e íntima de cada ser humano e à segurança.

No ordenamento jurídico pátrio não há qualquer vedação à terceirização, ao contrário, a Constituição da República Federativa do Brasil admite que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º XIII, CRFB)", condicionando, no entanto, que "a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social... (art. 170, CRFB)", inexistindo, portanto, e legislação infraconstitucional que proíba tal prática.

Deve-se asseverar ainda a importância do valor social do trabalho, decorrente do vetor da dignidade da pessoa humana, ensejando conjugar relações complementares, quais sejam a necessidade do empregador da mão-de-obra do empregado, o qual por sua vez recebe a contraprestação que o possibilita a subsistência.

II.3.4. Princípio do Valor Social do Trabalho

Imperativo se faz destacar que a Constituição da República erigiu o trabalho como um valor social, isto é, trata-se de um valor a ser praticados socialmente, pautando-se por ser o trabalho parte da evolução da humanidade, enfim, da evolução do trabalho.

Foi necessária a objetivação do trabalho no sentido de ter valor, para que como parcela da dignidade, seja capaz de oferecer às pessoas e aos grupos sociais a real importância desse valor.

Muitas vezes as decisões da Justiça do Trabalho têm papel fundamental no balizamento desse princípio, face aos demais princípios constitucionais.

Figura como um critério de ponderação, costumeiramente reconhecido e defendido pela doutrina constitucionalista majoritária, que entende que ser o valor social do trabalho a diretriz orientadora, que o trabalho foi colocado ao lado da livre iniciativa como fundamentos do Estado de Direito Brasileiro, sendo um valor que deve ser, por mais essa razão, sempre mitigado em razão daquele primeiro, sem que haja exclusão de qualquer um deles, mas sim uma valoração circunstancial dada pelo aplicador do direito.

Para que a letra fria do texto constitucional concretize-se, oferecida pela prolação de decisão judicial, o entendimento de que o valor social do trabalho permite ao homem a exata percepção desse valor e norteia que deve ser seguido pela sociedade que pretenda ser livre, justa e solidária.

II.3.4.1. Princípio da Busca do Pleno Emprego

Trata-se de um desdobramento do princípio constitucional fundamental do valor social do trabalho, localizado no inciso VIII do artigo 170, no capítulo referente aos princípios gerais, atinentes ao Título da Ordem Econômica e Financeira da República. Tal dispositivo constitucional é uma norma específica dos Direitos Sociais, estando submetida ao princípio da igualdade que, de fato, é seu instrumento efetivador, através do “dever de atuação do Estado, através de prestações positivas associadas à promoção e participação do interessados” (Peña, 1997, PP. 166-167).

A qualidade dos direitos fundamentais sociotrabalhistas – como direito de defesa (liberdades públicas) ou direitos sociais prestacionais (de cunho programático ou não) – demonstram que indubitavelmente gozam de eficácia.

Este princípio, um dos referenciais do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, desmistifica o certo do errado, trazido pela norma vetorial, permitindo através da hermenêutica observar que a uniformidade na escolha do valor social do trabalho humano firmou-se não pelo constituinte originário, mas pelo fato de o emprego ser uma necessidade de todos, e bom a todos também.

II.3.5. Princípio da Livre Iniciativa

A livre iniciativa é um corolário natural do direito fundamental à liberdade (incisos II, XIII, e XVII do art. 5º, CRFB), enquanto o valor social do trabalho funda-se na igualdade (*caput*, do art. 5º).

Mas essa a liberdade não é irrestrita, condiciona-se, ainda no plano constitucional, certa limitação. É o que deflui do segundo dispositivo citado (art. 170) da Lex Legum.

A liberdade econômica ou a livre iniciativa não podem ser absolutas ou importariam no desrespeito as normas mínimas do trabalho humano. Os assalariados encontram-se limitados a exigir vantagens e privilégios, em virtude da condição do mercado de trabalho que se apresenta, com uma mão-de-obra desqualificada, afoita por trabalho, que se dispõe a trabalhar por qualquer salário, inobservadas normas de segurança, higiene e segurança, além dos salários miseráveis. Como se vê, vários são os planos da liberdade que se limitam reciprocamente.

II.3.6. Princípio da Proporcionalidade

Paulo Bonavides traz a definição feita por Pierre Muller em duas acepções:

Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.

Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

Nesta última acepção, entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta (BONAVIDES, 2006, p. 393).

O princípio da proporcionalidade, portanto, permite harmonizar os princípios colidentes através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de apenas um deles, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

De acordo com o doutrinador Paulo Bonavides:

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e afigura um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade (BONAVIDES, 2006, p. 395).

Mais adiante afirma o mencionado autor:

Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Européia, já não vacilam em fazer uso freqüente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição.

A doutrina divide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios ou elementos, quais sejam: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação consiste em saber se a medida que implica no limite à determinado direito atinge o fim almejado. Para o doutrinador Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2006, p. 396), este é o elemento da pertinência ou aptidão, que deve nos dizer se determinada medida é o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público.

O segundo elemento ou subprincípio é o da necessidade, que, por sua vez, implica em saber se inexistente outra medida tão eficaz quanto a pretendida, porém menos danosa ao direito limitado. Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2006, p. 397), citando o publicista francês Xavier Philippe, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”. E acrescenta que pela necessidade não se questiona a escolha operada “mas o meio empregado” e que este “deve ser dosado para chegar ao fim pretendido”.

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito resume-se em verificar se os ganhos oferecidos pela medida limitadora do direito justificam as limitações impostas ao direito em questão. Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2006, p. 397), citando Pierre Muller, afirma que a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo. Nas palavras de Paulo Bonavides:

Quem utiliza o princípio, segundo esse constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer usos de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados.

Ministra-nos ele, em síntese lapidar, a latitude dessa reflexão: “É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptarem todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição da legalidade”(BONAVIDES, 2006, p. 398).

Nas palavras do doutrinador Paulo Bonavides:

O princípio da proporcionalidade, como só acontece com todos os princípios inovadores, ainda se defronta com obstáculos e resistências doutrinárias, em geral derivadas de quantos alimentam desconfiança sobre sua utilização enquanto instrumento de ampliação concreta das faculdades do juiz, fazendo por conseguinte indistintas as fronteiras que o separam do legislador e ao mesmo passo alterando, por via de consequência, o equilíbrio constitucional dos poderes. (BONAVIDES, 2006, p. 433).

Ainda de acordo com Paulo Bonavides:

Sem o princípio da proporcionalidade, aquela constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas de lei (BONAVIDES, 2006, p. 425).

É certo que o emprego abusivo do princípio da proporcionalidade poderá comprometer o equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário. No entanto, é preciso levar em conta o real objetivo desse princípio, que é garantir que as leis estejam em consonância com os valores superiores básicos da ordem fundamental.

III. CONCLUSÃO

III.1. Edição de Lei como Solução para Insegurança Jurídica Detectada

A insegurança jurídica, decorrente da convivência próxima com as ilegalidades provenientes da ausência de regulamentação, permite a ocorrência de má-fé, muitas vezes adotada pelas grandes empresas que utilizam a terceirização com o intuito de furtar-se dos encargos trabalhistas e previdenciários oriundos das relações trabalhistas, optando-se, cada vez mais, pela terceirização de serviços e reduzindo os quadros de funcionários.

Diante de toda incerteza retratada, conclui-se pela urgente necessidade de positivação da matéria atinente à terceirização no ordenamento jurídico pátrio, como única alternativa para o restabelecimento da segurança jurídica, há muito maculada.

As relações jurídicas, sejam as civis, sejam as trabalhistas, estabelecidas por meio da terceirização encontram-se vigendo na sociedade, integrando o cotidiano. Infelizmente, a dinâmica das contratações não fora acompanhada pelo direito.

Na tentativa de organizar, o Judiciário, por intermédio do Tribunal Superior do Trabalho ensaia legislar sobre a matéria, editando Súmulas descompassadas. Primeiro a Súmula 256, que restringe as hipóteses cabíveis para a terceirização, para depois amplia indiscriminadamente as proposições da terceirização, com o parâmetro indefinido da atividade-meio, através da Súmula 331. Reconhece a impossibilidade de reconhecimento da responsabilidade subsidiária nos contratos de empreitada, pelo subempreiteiro, com a Orientação Jurisprudencial 191.

Entretanto, conforme demonstrado, no afã de fazer justiça, ante o colapso normativo, a Justiça do Trabalho tem prestado jurisdição de forma ampliativa, extrapolando sua competência material, no caso do TST, que em diversos julgados revolve fatos e provas em favor do empregado terceirizado, para conferir-lhes direitos, e em diversas outras ocasiões faz má aplicação da Súmula 331, onerando o subempreiteiro a assunção de responsabilidade subsidiária, reconhecidamente incabível, por tratar-se de entendimento pacificado naquela Corte.

A alternativa para solucionar de vez o problema é a edição de uma legislação que regule, definitivamente, os limites para a terceirização regular e lícita, esclarecendo quais as

atividades empresariais são passíveis de serem terceirizadas ou o meio pelo que deverão ser desenvolvidas essas relações de emprego.

III.2. Anteprojeto de Lei da Terceirização

O Ministério do Trabalho disponibilizou, em dezembro de 2008, para consulta pública uma minuta de anteprojeto de lei para contratação de serviços terceirizados por pessoas de natureza jurídica de direito privado.

Esclareça-se que o problema da terceirização de serviços no âmbito do poder público não estaria de todo resolvido, haja vista que há entes da Administração Pública que são pessoas jurídicas de direito privado, tais como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, não havendo previsão legal para as pessoas jurídicas de direito público, as quais também se utilizam da terceirização para o desenvolvimento de suas atividades-meio.

Trata-se, portanto, de uma regulamentação capenga, a qual atende em parte, e que muito possivelmente será mais uma das normas a juntar-se com o Decreto-Lei nº 200/67, a lei do trabalho temporário, a lei nº 8.666/93 e formar nova colcha de retalhos legais, juntamente com a jurisprudência consolidada, para regular a terceirização para as pessoas jurídicas de direito público.

Alguns aspectos positivos verificados:

- O anteprojeto de lei elimina a precarização do trabalho e faculta tanto ao empregado, como ao empregador maior segurança jurídica na relação estabelecida, além de garantir ao tomador do serviço maior controle na fiscalização dos serviços;
- O anteprojeto de lei propõe a terceirização de serviços, seja da atividade-meio, seja da atividade-fim;
- O anteprojeto de lei admite apenas a terceirização de serviços especializados;
- O anteprojeto de lei estabelece a distinção entre responsabilidades, seja esta subsidiária e seja esta solidária por parte da empresa contratante;
- O anteprojeto de lei garante aos empregados terceirizados os benefícios próprios da sua categoria profissional.

- O anteprojeto de lei propõe que a regulamentação seja aplicável a todos os contratos civis de prestação de serviços, mesmo quando prestados fora do estabelecimento da contratante.

Para que a regulamentação apresente-se de maneira satisfatória, necessário seria que o anteprojeto contemplasse ainda:

- É necessário definir se as multas contratuais e/ou legais, tais como as multas previstas nos artigos 467 e 477, da CLT, pelo seu caráter personalíssimo, ou de qualquer natureza, deverão ser suportadas pela contratante tomadora dos serviços, nas hipóteses em que a contratada incorra em decorrência do inadimplemento das obrigações oriundas do contrato celebrado sob a égide na nova lei, não sendo a previsão sumular suficiente para criar tal responsabilidade, ante a ausência de previsão legal, afrontando, portanto, o artigo 2º, II, da Constituição Federal.
- É necessário também que haja previsão limitativa da responsabilização da contratante tomadora de serviços por atos ou omissões da contratada.
- Na hipótese de recuperação judicial, ou falência da contratada, durante a vigência do contrato celebrado com a contratante tomadora de serviços definir os limites de responsabilidade subsidiária da empresa contratante;
- Necessária a previsão de que a responsabilidade solidária da contratante não se presume, devendo ser apurada na forma da legislação civil vigente, ou criada a responsabilidade solidária pela nova lei, que deverá observar as particularidades da terceirização.

A regulamentação expressa da responsabilidade solidária faz-se necessária, uma vez que, as empresas participantes da terceirização, na tentativa de eximirem da responsabilidade subsidiária, muitas vezes frustram a execução trabalhista, pela protelação. Sendo que atualmente, a legislação vigente ampara mais a condenação solidária das empresas do que a subsidiária.

De todo modo, a proposta do anteprojeto já significa que a legalização da terceirização está a caminho, e que apesar do imenso lapso temporal sem regulamentação, há preocupação por parte de vários braços da sociedade, seja o empresariado, os empregados, o poder público em buscar uma solução para a insegurança jurídica instaurada, pela inércia legislativa.

Toda a sociedade clama por um rápido posicionamento, não podendo o Poder Legislativo e o Poder Executivo ficarem inertes diante de tão delicada e complexa matéria, devendo inclusive editar normas tanto para contratação de serviços por pessoas jurídicas de direito privado, como por pessoas jurídicas de direito público, impedindo, assim, que a anomalia da terceirização prorrogue neste hiato legislativo.

Referências Bibliográficas

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- FLORES-VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madri: Civitas, 1990.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública**. 1ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 270
- MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo : Atlas, 2007.
- RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1ª. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 68.

ARTIGOS

- ABDALA, Vantuil. Terceirização: Normatização, Questionamentos. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 74, n. 4, p. 17-25, out./dez. 2008.
- BARROSO. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em 19/02/2008.
- CARRARO, Ulisses. Terceirização. É hora de avançar. Jornal Trabalhista Consulex, v.22, n.1082, p.9, ago., 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000. **A proteção dos direitos humanos no sistema**

constitucional

brasileiro.

Disponível

em:<http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1896785571/Envio2.doc?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_1896785571%2FEnvio2.doc>.

Acesso em: 17/02/2008.

Anexos:

Acórdão - PROCESSO Nº TST-RR-1125/2006-021-21-00.7

Fls.1

PROCESSO Nº TST-RR-1125/2006-021-21-00.7

A C Ó R D ã O

(4ª Turma)

BL/sp

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. I - A decisão recorrida encontra-se de acordo com o entendimento desta Corte, ou seja, de que a responsabilidade subsidiária da administração pública acha-se materializada na esteira das culpas *in vigilando* e *in eligendo*, não infirmáveis pelo fato de a controvérsia ter envolvido direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora do serviço, pois ambas as culpas estão associadas à concepção mais ampla de inobservância do dever da empresa tomadora de zelar pela higidez dos direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora, independentemente da verificação de fraude na terceirização ou de eventual inidoneidade econômico-financeira. **II** - Os entes públicos não se encontram imunes desse dever, pois o princípio da culpabilidade por danos causados pela empresa contratada é princípio geral de direito, aplicável à universalidade das pessoas, quer

sejam naturais quer jurídicas, de direito privado ou de direito público, sobretudo quando se trata de órgãos da administração pública, autarquia, empresa pública e de sociedade de economia mista, por conta da regra insculpida no artigo 173, § 1º, inciso I, da Constituição Federal, em razão da qual se apresenta juridicamente indiferente a norma contida no artigo 61 do Decreto-Lei nº 2.300/86 ou no artigo 71 da Lei nº 8.666/93. **III -** Mesmo porque a norma do artigo 173, § 1º, inciso III, da Carta de 1988, ao dispor sobre a observância dos princípios da administração pública, traz consigo a dos princípios da legalidade e moralidade, pelos quais é incontestável a responsabilidade subsidiária dos entes estatais. **IV -** Recurso não conhecido. **MULTA DE 40% DO FGTS E MULTA PREVISTA NO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT . I -** A condenação subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas devidas pelo devedor principal, até mesmo as referidas multas, pois, tal como ocorre com as demais verbas, é devida em razão da culpa *in vigilando*, que está associada à concepção de inobservância do dever da empresa tomadora de zelar pela higidez dos direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora, independentemente da verificação de fraude na terceirização ou de eventual inidoneidade econômico-financeira. Precedentes da SBDI-1. **II -** Divergência não apta para o conhecimento do recurso de revista, pois ultrapassada pela iterativa e notória jurisprudência do TST, nos termos da Súmula nº 333 e artigo 896, § 4º, da CLT. **III -** Recurso não conhecido. **INDENIZAÇÃO DE SEGURO-DESEMPREGO. I -** As razões recursais apresentam-se desconectadas do decidido. Com efeito, a argumentação da recorrente é de que a recusa do empregador em fornecer as guias de seguro-desemprego ao empregado demitido sem justa causa assegura ao mesmo o direito de ser indenizado, nos termos da OJ nº 211 do TST. **II -** No entanto, da transcrição do acórdão recorrido, percebe-se que o Regional limitou-se a enfrentar a matéria pela ótica da responsabilização subsidiária unicamente. **III -** Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1125/2006-021-21-00.7**, em que é Recorrente **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS** e são Recorridos **FRANCISCO ATELMO SALES FERNANDES** e **BELMARES SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES LTDA**.

O TRT da 21ª Região, pelo acórdão de fls. 111/122, negou provimento ao recurso ordinário da reclamada para manter sua responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas não

adimplidos pela empregadora. O Regional ainda manteve a condenação ao pagamento da multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT.

A reclamada interpôs recurso de revista, às fls. 126/140, com arrimo nas alíneas "a" e "c" do artigo 896 da CLT, pretendendo a reforma da decisão recorrida.

A revista foi admitida pelo despacho de fls. 147/148.

Não foram apresentadas razões de contrariedade, consoante certidão de fls. 150.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, na forma do art. 83 do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

1.1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A recorrente sustenta a inexistência de previsão legal que implique responsabilidade subsidiária do dono da obra, muito menos da administração pública (sociedade de economia mista) por débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços. Invoca a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e da Orientação Jurisprudencial nº 191 do TST, ao argumento de que era tão-somente a dona da obra.

Argumenta ser impertinente a Súmula 331 do TST, -conquanto não se vislumbra a figura do tomador direto dos serviços, a enseja a aplicação do inciso IV da referida orientação-. Aponta vulnerados os arts. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, 5º, inciso II, da Constituição Federal e contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-1. Transcreve arestos à divergência.

O Colegiado de origem decidiu pela responsabilização subsidiária da Petrobras na condenação das parcelas decorrentes da relação de emprego, com base nos seguintes fundamentos (fls. 113/118):

...como é sabido, foi editada a Súmula nº 331, pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, constando em seu item IV, o seguinte: 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).

benefícios.

Da leitura da Súmula em referência, denota-se que não se trata de reconhecimento de vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador de serviços, estando a discussão adstrita apenas à subsidiariedade que alcança a contratante, diante da constatação de que foi beneficiária do trabalho prestado por aquele.

Na hipótese em comento, vê-se que não há o que se falar em ilegitimidade passiva da litisconsorte, como também não há como se afastar a responsabilização subsidiária reconhecida pelo Juízo a quo, visto que restou devidamente comprovado nos autos, através da prova documental juntada com a contestação (fls. 50/65), que a recorrente, na qualidade de tomadora de serviço, beneficiou-se dos serviços executados pelo recorrido já que este era empregado da empresa prestadora, atraindo, assim, a incidência do disposto no item IV, da Súmula nº 331, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Em conseqüência, restam prejudicadas as alegações contidas na peça recursal relativas à ausência de prova de que o recorrido tenha prestado serviços que lhe beneficiaram, à ausência de amparo legal que justifique tal forma de responsabilidade, e à inaplicabilidade da responsabilidade subsidiária prevista na Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

Neste ponto, cumpre explicitar que a referência da recorrente a suposto contrato de empreitada é completamente inócua, o que se constata, inclusive, da documentação juntada por ela própria às fls. 50/65.

Quanto ao pedido para, caso perdure alguma condenação em seu desfavor, que seja limitada ao tempo em que efetivamente o recorrido lhe prestou serviços e exclusivamente no que pertine às verbas de caráter remuneratório, não há como se albergar a pretensão, tendo em vista que tal forma de responsabilização implica na transferência ao tomador de serviços da obrigação de adimplir com a totalidade do crédito apurado em favor do empregado e não pago pela reclamada principal, de forma que não há que se falar em limitação

Ainda, especificamente em relação à administração pública, não se pode falar em violação às disposições contidas no artigo 265, do Código Civil, no artigo 71, da Lei nº 8.666/93, e no Decreto-Lei nº 200/67, diante dos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece que: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Impende ressaltar que as normas apontadas, além de considerar a idoneidade dos envolvidos nos contratos por elas regidos, são direcionadas à administração pública e suas contratadas, não sendo aplicáveis aos empregados, porque não abrangidos pela contratação, além do que, a legislação acima

mencionada é de hierarquia inferior à Constituição, não podendo, sob pena de inconstitucionalidade, dispor de maneira contrária àquela.

Assim, vê-se que não há que se falar em ilegitimidade passiva da litisconsorte, ora recorrente, devendo ser mantida, ainda, a sua responsabilidade subsidiária, como reconhecida na sentença e nos termos da fundamentação acima esposada.

Discute-se a responsabilidade do ente público, tomador dos serviços do reclamante, pelos débitos trabalhistas impostos à empresa prestadora dos serviços.

A decisão recorrida encontra-se de acordo com o entendimento desta Corte de que a responsabilidade subsidiária da administração pública acha-se materializada na esteira das culpas *in vigilando* e *in eligendo*, não infirmáveis pelo fato de a controvérsia ter envolvido direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora do serviço.

É que ambas as culpas estão associadas à concepção mais ampla de inobservância do dever da empresa tomadora de zelar pela higidez dos direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora, independentemente da verificação de fraude na terceirização ou de eventual inidoneidade econômico-financeira.

Dessa responsabilidade não se encontram imunes nem mesmo os entes da Administração Pública, visto tratar-se de princípio geral de direito, aplicável à universalidade das pessoas, quer sejam naturais quer jurídicas, de direito privado ou de direito público, sobretudo no caso de sociedade de economia mista, por conta da regra insculpida no artigo 173, § 1º, inciso I, da Constituição Federal, em razão da qual se apresenta juridicamente indiferente a norma contida no artigo 61 do Decreto-Lei nº 2.300/86 ou no artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

Mesmo porque a norma do artigo 173, § 1º, inciso III, da Carta de 1988, ao dispor sobre a observância dos princípios da administração pública, traz consigo a dos princípios da legalidade e moralidade, pelos quais é incontrastável a responsabilidade subsidiária atribuída à recorrente.

Nesse sentido está a orientação desta Corte, conforme se constata da redação dada ao item IV da Súmula/TST nº 331, *in verbis*:

"Contrato de prestação de serviços. Legalidade. 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 pública, 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 (Lei nº 8.666/93, art. 71)."

Imperioso, de outro lado, registrar que não foi reconhecido o vínculo empregatício entre a recorrente e o recorrido-autor, mas a sua responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas advindos do contrato de trabalho firmado com a prestadora de serviços.

Estando a decisão recorrida em consonância com o precedente Sumulado deste Tribunal, o recurso não logra conhecimento por divergência jurisprudencial nem por violação a preceitos de lei e da Constituição, por injunção do artigo 896, §§ 4º e 5º, da CLT.

Vale ressaltar, por sinal, que a responsabilidade subsidiária, no âmbito da Administração Pública, foi objeto de decisão do Pleno desta Corte, na conformidade do artigo 97 da Constituição e da Súmula Vinculante nº 10 do STF, na época do julgamento do IUJ-RR-297751/1996, cujo acórdão foi publicado no DJ de 20/10/2000, no qual se deixou consignada a seguinte ementa:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, dentre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que causar danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

Não é demais registrar a impertinência da discussão acerca da inexistência de vínculo, uma vez que a controvérsia envolve a responsabilização subsidiária da tomadora de serviços.

Não conheço.

1.2 - MULTA DE 40% DO FGTS E MULTA PREVISTA NO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT

A recorrente argumenta que não pode ser responsabilizada pelo pagamento das multas em epígrafe porque sendo a reclamada principal efetiva empregadora do recorrido, só a ela cabe efetuar o pagamento das verbas rescisórias no prazo do art. 477, § 6º da CLT, bem como na primeira oportunidade perante a Justiça do Trabalho, das verbas incontroversas, não sendo lícito comunicar à recorrente as multa em epígrafe ora impugnadas. Transcreve arestos para estabelecer o conflito jurisprudencial.

O Tribunal Regional manteve a condenação ao pagamento das multas, com base nos seguintes fundamentos (fls. 119):

2.2. Das Multas.

Pugna a recorrente que sejam excluídas da condenação as multas dos artigos 477, § 8º, 467, da Consolidação das Leis do Trabalho, e da multa de 40% do FGTS, argumentando que estas veiculam cominação ao efetivo empregador, por descumprimento de obrigações somente a ele atribuíveis; defende, pois, o caráter personalíssimo das referidas multas.

Ocorre que não há como se dar guarida às insurgências da recorrente quanto a este aspecto da demanda, visto que, como restou reconhecida sua responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento de todas obrigações contraídas pela reclamada principal, tem-se que tal reconhecimento abrange, inclusive, as multas em comento, de modo que não deve ser modificada a decisão de origem.

Efetivamente, a condenação subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas devidas pelo devedor principal, pois, tal como ocorre com as demais verbas, é devida em razão da culpa *in vigilando*, que está associada à concepção de inobservância do dever da empresa tomadora de zelar pela higidez dos direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora.

Nesse sentido é o posicionamento da SBDI-1, conforme se denota dos seguintes precedentes:

"[...] RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 8.666/93. VERBAS RESCISÓRIAS E MULTAS. 1. [...] 2. Incluindo-se as verbas rescisórias, as multas (art. 477 da CLT) e o acréscimo de 40% sobre o saldo do FGTS dentre as verbas inadimplidas pela prestadora, e não havendo nenhuma ressalva na Súmula 331 do TST acerca do alcance da

responsabilidade nela regulamentada, as referidas parcelas se inserem na responsabilidade subsidiária prevista na citada Súmula. Recurso de Embargos de que não se conhece." (E-ED-RR-1063/2004-016-06-00, SBDI-1, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DJ - 23/11/2007)

"RECURSO DE EMBARGOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO TOMADOR DOS SERVIÇOS, INCLUSIVE PELO PAGAMENTO DAS MULTAS DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 331, IV, E 333 DO TST. Inviável se mostra o conhecimento do Recurso de Embargos, por violação, quando a egr. Turma, invocando Precedentes da SBDI-1 do TST, adota posicionamento pacífico nesta Seção Especializada no sentido de que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços não o exime da obrigação correspondente ao pagamento das multas dos arts. 467 e 477 da CLT. Aplicação das Súmulas 331, IV, e 333 do TST." (E-RR-667/2004-013-15-00, SBDI-1, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DJ-9/11/2007)

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. SÚMULA 331, IV, DO C. TST. O entendimento desta Corte Superior, consubstanciado no inciso IV, da Súmula nº 331 do c. TST, não restringe a responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras de serviços, como quer a embargante. Ao contrário, determina, expressamente, que em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, não havendo que se cogitar de exclusão das parcelas de índole indenizatória. Tal abrangência tem razão de ser tendo em vista a culpa in eligendo e in vigilando da tomadora de serviços, não podendo o trabalhador arcar com os prejuízos decorrentes do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, cuja contratação e fiscalização não lhe competiam. Embargos não conhecidos." (E-ED-RR-1344/2003-018-04-00, SBDI-1, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DJ - 05/10/2007)

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DO TST. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CARACTERIZADA. [...]. MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A condenação subsidiária do tomador dos serviços abrange todas as parcelas devidas pelo devedor principal, incluindo-se as verbas rescisórias. Referida condenação decorre da culpa in eligendo e in vigilando (Súmula nº 331, IV, do TST) e implica a assunção de responsabilidade pela totalidade dos créditos devidos ao reclamante, não havendo razão para se cogitar da limitação da responsabilidade quanto às verbas rescisórias. Embargos não conhecidos." (E-ED-RR-715443/2000, SBDI-1, Relator Lelio Bentes Corrêa, DJ-30/3/2007)

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 8.666/93. MULTA PREVISTA NOS ARTS. 467 E 477 DA CLT. 1. A terceirização da realização de serviços pela Administração Pública, ainda que precedida de regular processo licitatório, não exime a tomadora de serviços da responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas devidas pela prestadora de serviços aos empregados que os executaram e deram cumprimento ao contrato celebrado entre aquela e esta. Assim, na hipótese de inadimplemento pela empresa prestadora de serviços, a tomadora responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, desde que haja integrado a relação processual e figure no título executivo judicial." (E-RR-199/2004-014-10-00, SBDI-1, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DJ - 16/3/2007)

Desse modo, a divergência apresentada não é apta a ensejar o conhecimento do recurso de revista, porque ultrapassada pela iterativa e notória jurisprudência deste Tribunal, nos termos da Súmula nº 333 do TST e do artigo 896, § 4º, da CLT.

1.3 - INDENIZAÇÃO DE SEGURO-DESEMPREGO

O Tribunal Regional dirimiu a controvérsia nos seguintes termos:

Quanto à pretensão de não responsabilização da litisconsorte em relação a indenização do seguro-desemprego, tem-se que não há como eximir a recorrente de tal condenação, visto que, como restou reconhecida sua responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento de todas as obrigações contraídas pela reclamada principal, de onde se conclui que tal reconhecimento abrange, inclusive, o título em comento, de modo que não deve ser modificada a decisão de origem.

As razões recursais apresentam-se desconectadas do decidido. Com efeito, a argumentação da recorrente é de que a recusa do empregador em fornecer as guias de seguro-desemprego ao empregado demitido sem justa causa assegura ao mesmo o direito de ser indenizado, nos termos da OJ nº 211 do TST.

No entanto, da transcrição do acórdão recorrido, percebe-se que o Regional limitou-se a enfrentar a matéria unicamente pela ótica da responsabilização subsidiária.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso.

Brasília, 03 de junho de 2009.

MINISTRO BARROS LEVENHAGEN

Relator

Sp/mssc/rr

Acórdão - PROC. Nº TST-RR-812/2005-126-15-00.7

fls.1

PROC. Nº TST-RR-812/2005-126-15-00.7

A C Ó R D ã O

4.ª TURMA

GMMAC/r2/kr/mdr

RECURSO DE REVISTA. PETROBRAS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VOLTADOS À ATIVIDADE FIM. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR. DECISÃO REGIONAL EM CONFORMIDADE COM A SÚMULA N.º 331, INCISO IV, DO COLENDO TST. Não merece ser conhecido o Recurso de Revista quando a decisão guerreada apresenta-se em consonância com a Súmula da Jurisprudência Uniforme do col. TST. Aplicação do disposto no art. 896, § 4.º, da CLT e Súmula 333 do TST. **Recurso de Revista não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º **TST-RR-812/2005-126-15-00.7**, em que é Recorrente **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS** e são Recorridos **ODAIR APARECIDO DOS SANTOS** e **CONFAB MONTAGENS LTDA.**

R E L A T Ó R I O

A decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região, proferida a fls. 274/280, apreciando Recurso Ordinário da 2.ª Reclamada, Petrobras, concluiu pela negativa de provimento para

manter a sentença que a condenou, subsidiariamente, pelos direitos trabalhistas reconhecidos ao empregado.

Contra tal decisão, a Petrobras recorre de Revista, a fls. 282/305, insistindo na sua condição de dona da obra. Para justificar o conhecimento do Apelo, a Recorrente articula com violação dos arts. 22, XXVI, 173, § 1.º, III, 37, XXI e 5.º, II, todos da CF; 67 da Lei n.º 9.478/97; e 71, da Lei n.º 8.666/93. Aponta, ainda, contrariedade à OJ-SBD11 191 e à Súmula 331, ambas do TST e divergência com os arestos transcritos a fls. 291/305.

Admitido o Apelo (a fls. 312), não foram apresentadas contrarrazões (certidão, a fls. 313).

Sem remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Preenchidos os requisitos gerais de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos intrínsecos.

CONHECIMENTO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - DONA DA OBRA

O TRT de origem rejeitou o pedido de isenção da responsabilidade subsidiária, formulado pela Reclamada Petrobras, em razão dos seguintes fundamentos, a fls. 275/276:

-1. RECURSO DA 2.ª RECLAMADA.

1.1. DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

Não assiste razão à 2.ª reclamada.

Isso porque embora o atual entendimento desta 5ª Turma seja de que a dona da obra não possui responsabilidade, no presente caso ocorreu uma situação diferente. Vejamos: é certo que o conceito abrangente da função social que toda empresa deve observar - isto em face dos artigos 5.º, XXIII e 170, III, ambos da Constituição Federal de 1988 - não permite que o trabalhador fique sem garantias quanto à possibilidade de um dia ver seus créditos integralmente satisfeitos. Afinal de contas, o objetivo traçado pela Carta Republicana busca conferir o máximo equilíbrio entre os atores sociais, justamente para que o benefício obtido por um não implique em prejuízo absoluto ao outro.

Por isso, essa idéia de que o `dono da obra- jamais poderia vir a ser responsabilizado por eventuais dívidas trabalhistas reconhecidamente contraídas pelo empreiteiro principal (Enunciado 191 do TST), somente adquirirá valor nas hipóteses em que o contratante for pessoa física, cuja finalidade para contratação do principal prestador de serviços foi em decorrência da construção de sua própria residência.

Notadamente, no caso da PETROBRAS, a empresa se utiliza de obras constantes para manutenção de sua atividade fim, já que não possui tal atividade própria, contratando terceiros de forma constante e consecutiva.

Assim, é igualmente coerente pensar que a regra contida no artigo 71 da Lei 8.666/1993 não pode ser aplicada separadamente do contexto de suas outras normas, além daquelas previstas no Código Civil Brasileiro - principalmente as dos artigos 186 e 927 - dada sua patente responsabilidade em vigiar e em fiscalizar os atos praticados por pessoas contratadas por entidades com capital público.

Os princípios encontrados tanto no *caput* do artigo 37 da Carta Magna como em seu § 6.º, são taxativos ao impor aos entes públicos, incluídas aí aquelas empresas de economia mista - o dever de reparação pelos danos causados por seus agentes a terceiros.

Trata-se, aliás, de idéia que tem valor ainda maior quando o assunto é direitos trabalhistas. Seus princípios e regras jurídicas não permitem que o trabalhador arque com os prejuízos decorrentes da má administração promovida por seus empregadores, muito menos das ilicitudes praticadas por aqueles que contratam com o Estado.

Esclarece-se que, ainda que lícita a contratação de mão-de-obra pela mesma e independentemente da existência da relação de emprego com a tomadora de serviços, esta deverá responder pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, por culpa `in eligendo- e `in vigilando- (art. 159, do CCB, atual 927, Cód. Civil), já que se beneficiou do trabalho do Reclamante, o qual não pode ficar sem a devida contraprestação.

Mais que razoável, então, fazer prevalecer `in casu- a subsidiariedade imposta à recorrente, em função da jurisprudência dominante no COLENO TST, estampada no inciso IV da Súmula n.º 331.-

A Reclamada não se conforma com a decisão do TRT e interpõe o presente Recurso de Revista. Sustenta, em síntese, haver celebrado com a Primeira Reclamada, mediante regular procedimento licitatório, um contrato de empreitada, com termo certo para o término e preço fixo. Diz que, na condição de -dona da obra-, pouco lhe importa qual ou quais empregados da empresa realmente contratada para a prestação dos serviços, ou quais as empresas por esta subcontratadas eram designados para a prestação dos serviços ajustados, razão pela qual não

lhe cabe qualquer responsabilidade, solidária ou subsidiária, na forma da Orientação Jurisprudencial n.º 191 da SBDI, desta Corte. Afirma que, no caso, não houve intermediação de mão de obra, o que torna inaplicável a Súmula 331, do TST. Para justificar o conhecimento da Revista, a Recorrente articula com violação dos artigos 22, XXVI, 173, § 1.º, III, 37, XXI e 5.º, II todos da CF; 67 da Lei n.º 9.478/97; e 71, da Lei n.º 8.666/93. Apontou, ainda, contrariedade à OJ-SBDI1 191 e à Súmula 331, ambas do TST e divergência com os arestos transcritos a fls. 291/305.

À análise.

O Regional rechaçou a condição de dona da obra, por considerar que a empresa, 2.ª Reclamada, vem contratando terceiros, de forma constante e consecutiva, para execução de serviços destinados a atender atividades próprias do seu regular funcionamento, ou melhor, -para manutenção de sua atividade fim-, constatação esta que, por certo, não pode ser revisada, segundo disciplina da Súmula n.º 126/TST.

Nesse raciocínio, a aplicação da Orientação Jurisprudencial n.º 191 da SBDI-1/TST mostra-se inapropriada no presente caso, já que não houve contrato de empreitada para execução de obra certa, como defende a Reclamada, e sim prestação de serviços.

Considerando tal contexto fático, o Recurso de Revista não merece ser admitido, pois a decisão do Regional está em consonância com os termos da Súmula n.º 331 do col. TST, restando claro que a hipótese dos autos está entre as contempladas pelo inciso IV da referida Súmula, que assim dispõe:

SÚMULA N.º 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

.....
 IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.- (artigo 71 da Lei n.º 8666/93.)

Cumprido transcrever a ementa do referido julgado, que resume o motivo que ensejou este entendimento:

-INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA ENUNCIADO N.º 331, IV, DO TST RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ARTIGO 71 DA LEI N.º 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei n.º 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e

comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautouse nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, decorrente desse seu comportamento omissivo ou irregular em não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6.º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano origine diretamente da Administração, ou indiretamente, ou seja, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.-

Dessa maneira, a condição de ente público não pode servir para extrair a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto aos créditos de natureza trabalhista imputados à empresa contratada.

A decisão recorrida encontra-se, pois, em consonância com a Súmula n.º 331, inciso IV, do TST, o qual responsabiliza subsidiariamente o tomador dos serviços, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, que é o caso da Reclamada, onde expressamente aprecia tanto o art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93 quanto o restante da legislação referente à matéria, à luz dos princípios constitucionais vigentes.

Não se conhece, portanto, do Recurso de Revista, nos termos do art. 896, § 4.º, da CLT e da Súmula 333 do col. TST, ficando afastada qualquer violação do dispositivo constitucional e legal apontados, assim como a possibilidade de divergência jurisprudencial a autorizar o conhecimento do Recurso de Revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, não conhecer do Recurso de Revista.

Brasília, 15 de abril de 2009.

MARIA DE ASSIS CALSING

Ministra Relatora

C:\TEMP\APTSEDWT\TempMinu.doc

C:\TEMP\APTSEDWT\TempMinu.doc

MINUTA

PROJETO DE LEI Nº DE DE DE 2008

Dispõe sobre a contratação de serviços terceirizados por pessoas de natureza jurídica de direito privado.

Art. 1º Os contratos de prestação de serviços terceirizados, assim considerados aqueles executados por uma contratada, pessoa jurídica especializada, para uma contratante, pessoa física ou jurídica de direito privado, serão pactuados na forma desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se pessoa jurídica especializada aquela que possua em seu objeto social atividades específicas relacionadas ao serviço contratado.

Art. 2º O contrato regulado por esta Lei deverá possuir cláusulas que contenham:

I – a especificação dos serviços a ser executados;

II – o prazo de vigência;

III – o controle pela contratante, na forma definida no regulamento previsto no art. 12, do pagamento da remuneração aos empregados da contratada, individualmente identificados, que participaram da execução dos serviços, bem como dos respectivos recolhimentos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e contribuição previdenciária; e

IV – a possibilidade de resolução do contrato, pela contratante, quando identificado o inadimplemento das obrigações previstas no inciso III.

Parágrafo único. Será nula a cláusula contratual que proíba ou imponha condição à contratação de empregados da contratada pela contratante.

Art. 3º Integrarão o contrato os seguintes documentos comprobatórios da regularidade da contratada, dentre outros que possam ser exigidos pela contratante:

I – registro como pessoa jurídica, na forma da lei;

II – inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ do Ministério da Fazenda;

III – alvará de localização e funcionamento;

IV – comprovante de entrega da última Relação Anual de Informações Sociais – RAIS devida;

V – Certidão Negativa de Débito - CND ou Certidão Positiva de Débitos com efeito Negativo - CPD-EN, da Previdência Social;

VI – Certificado de Regularidade do FGTS; e

VII – Contrato Social atualizado, com capital social integralizado considerado, pela

contratante, compatível com a execução do serviço.

Art. 4º O contrato será regido pelas disposições gerais dos contratos, exceto se, na prestação de serviços, ficar configurada relação de emprego, nos termos do *caput* do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 5º A contratante será subsidiariamente responsável pelo adimplemento das verbas e encargos trabalhistas durante o período e nos limites da execução do serviço contratado, inclusive se houver subcontratação de serviços, nos termos do art. 6º.

§ 1º A responsabilidade será subsidiária se a contratante comprovar que na celebração e durante a vigência do contrato cumpriu o disposto nos arts. 2º, 3º e 7º, e transmudar-se-á para solidária diante da não comprovação, pela contratante, do cumprimento dessas obrigações.

§2º A imputação de responsabilidade subsidiária ou solidária refere-se a obrigações pecuniárias, sem gerar vínculo empregatício entre a contratante e o empregado da contratada.

Art. 6º A contratada poderá subcontratar a realização de parte dos serviços, desde que previsto no contrato originário e com autorização da contratante, que deverá exercer, na subcontratação, a obrigação prevista no inciso III do art. 2º.

Parágrafo único. O contrato de subcontratação será regido pelas disposições desta lei, cabendo à contratada assumir todos direitos e obrigações de contratante.

Art. 7º O local da prestação de serviços deverá ser especificado no contrato e, quando o serviço for executado em suas dependências, deverá a contratante:

I - manter ambiente de trabalho, inclusive seus equipamentos e instalações, em condições adequadas ao cumprimento, pela contratada, das normas de segurança e saúde no trabalho; e

II – assegurar aos empregados da contratada o acesso às instalações disponíveis, de forma geral, a seus empregados, no que se refere a alimentação, transporte, atendimento ambulatorial e condições sanitárias.

Art. 8º Aos empregados da empresa contratada serão assegurados os direitos instituídos em dissídio coletivo ou convenção coletiva celebrada pelo sindicato representativo da categoria profissional respectiva.

Art. 9º A contratação de prestação de serviços com empresa não especializada configura locação e fornecimento de mão-de-obra, importando na existência de relação de emprego entre os empregados contratados e a contratante, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 10. O descumprimento do disposto no parágrafo único do art. 1º, nos arts. 2º, 3º e *caput* do art. 6º, implicará a aplicação de multa administrativa, à contratante e à contratada, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por trabalhador envolvido, dobrado na reincidência.

Parágrafo único. O descumprimento das obrigações previstas no art. 7º implicará a aplicação de multa administrativa, à contratante, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador envolvido, dobrado na reincidência.

Art. 11. O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 12. O Ministério do Trabalho e Emprego editará normas regulamentares necessárias à execução desta Lei, assim como instruções à fiscalização.

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.