

Responsabilidade das construtoras por créditos resultantes dos contratos de subempreitada: uma análise crítica

Luziene Aparecida Silva Borges¹

Maria Conceição Martins Ferreira Castro²

265

Sumário: 1. Introdução. 2. Relação de trabalho e relação de emprego e seus elementos caracterizadores. 3. Sujeitos do contrato de trabalho: empregador e empregado. 3.1. Conceito e caracterização. 3.2. Tipos de responsabilidade. 3.2.1. Responsabilidade solidária. 3.2.2. Responsabilidade subsidiária. 3.3. Terceirização. 4. Contrato de subempreitada. 4.1. Responsabilidade do dono da obra: construtoras. 4.2. Responsabilidade do empreiteiro principal no caso de subempreitada. 4.3. Responsabilidade da construtora no caso de subempreitada. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Resumo: Busca-se com esta pesquisa analisar alguns aspectos da relação de trabalho e emprego entre os empregados de subempreiteiros e o empreiteiro principal, sendo este último uma construtora, considerando para isso as características da responsabilidade solidária ou subsidiária, em contratos subempreitada, no que tange as obrigações trabalhistas eventualmente descumpridas pelos subempreiteiros. A problemática visa definir qual o tipo de responsabilidade das construtoras em relação aos funcionários de subempreiteiros nos contratos de subempreitada inadimplidos. A discussão está pautada na Súmula 331, IV do TST o artigo 455 da CLT colaborada com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como com os artigos 593 a 609 que se trata da prestação de serviços, artigos. 610 a 626 do contrato de Empreitada como também dos artigos 927 a 954 da obrigação de indenizar, todos do Código Civil de 2002. Trata-se uma pesquisa qualitativa e exploratória, com levantamento bibliográfico na produção e análise empírica de dados factuais. Pretendemos, portanto, levantar a discussão quanto à responsabilidade civil das construtoras por créditos resultantes dos contratos de subempreitada à luz da legislação e jurisprudências atuais a fim de vislumbrar a realidade das empresas dessa área, principalmente as construtoras, no que tange a responsabilização de suas atividades em relação ao inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Palavras-chave: Relação de trabalho e emprego; Responsabilidade Civil, Construtoras e Subempreiteiros.

1. Introdução

¹ Aluna do 10º Período do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unitri. E-mail: luzborges69@gmail.com.

² Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo - Unitri. Mestra em Direito das Relações Sociais. E-mail: conceicao.jur@gmail.com.

Esta pesquisa busca analisar alguns aspectos da relação de trabalho e emprego entre os empregados de empreiteiros e o empreiteiro principal, sendo este último uma construtora, considerando para isso as características da responsabilidade solidária ou subsidiária, em contratos de empreitada, no que tange as obrigações trabalhistas eventualmente descumpridas pelos subempreiteiros.

A problemática visa definir qual o tipo de reponsabilidade das construtoras em relação aos funcionários de subempreiteiros nos contratos de subempreitada inadimplentes.

O objetivo geral deste trabalho é, portanto o de definir se há responsabilidade solidária ou subsidiária entre as construtoras e os empregados de subempreiteiros na relação trabalhista e como ela se apresenta diante da legislação. Seguindo com os objetivos específicos de conceituar relação de trabalho e emprego e seus elementos caracterizadores, enfocando os sujeitos do contrato de trabalho, os poderes do empregador e os tipos de responsabilidade civil aplicadas. Busca-se também compreender o contrato de subempreitada com seus tipos de atividades e as responsabilidades envolvidas.

O método utilizado será o levantamento bibliográfico em que faremos uma análise crítica da legislação como a Súmula 331, IV do TST que trata do Contrato de Prestação de Serviços e sua Legalidade e o Artigo 455 da CLT que abrange a responsabilidade solidária e subsidiária das construtoras em contratos de subempreitada e os Artigos 264 a 285 do CC que trata da Responsabilidade Solidária.

A responsabilidade solidária diferencia-se da subsidiária por ser a primeira uma obrigação que não se presume, pois se resulta da vontade das partes, expressa, ou da lei, já a segunda que é subsidiária, é tida como uma responsabilidade “reserva”, que após o exaurimento da obrigação de outro devedor, dito principal, busca-se com o “reserva” que a obrigação do pagamento seja cumprida.

Esta subsidiariedade é a que mais tem embasado as jurisprudências em resolução de conflitos trabalhistas, seguindo principalmente o princípio da hipossuficiência, em que o empregado fica refém dos interesses dos seus empregadores.

A necessidade de se entender essa relação de responsabilidade solidária e subsidiária entre as construtoras e os empregados de subempreiteiros na relação trabalhista é que permeia esta pesquisa, pois se busca analisar como a legislação e a jurisprudência vem sendo utilizada pelo judiciário na resolução dos conflitos de responsabilidade das construtoras em relação aos funcionários de subempreiteiros nos contratos de subempreitada.

Teremos como base nessa pesquisa os ensinamentos de MARTINEZ (2011), que traz nos seus capítulos 4, 5 e 6 uma abordagem complexa e bastante abrangente da relação de emprego e contrato de emprego e a distinção entre empregado e empregados nesta relação e BARROS (2012), que engrandece nosso trabalho com informações bastante impertinente nos Capítulos VII a XVIII, com destaque para o contrato de trabalho sua classificação e elementos integrantes.

Temos também a obra de DELGADO (2014) que se tratando do Direito do Trabalho traz no seu Livro II, Capítulos IX, X, XI, XII e XIII, contribuição significativa para nossa discussão no que tange a questão da relação de trabalho e emprego, a caracterização do

empregado e do empregador e os tipos de responsabilidades que envolve esta relação como também a questão da terceirização trabalhista.

Nossa análise nas fontes secundárias teremos como base GONÇALVES (2014), em seu volume 4 que trata exclusivamente da Responsabilidade Civil, onde traz uma abordagem muito importante quanto à responsabilidade dos empreiteiros e construtores (p. 270-279) na questão dos contratos de empreitada.

Utilizaremos também dos ensinamentos de Maria Helena DINIZ (2010) quanto aos conceitos, origem, evolução, formas, espécies e elementos da responsabilidade civil objetiva e contratual, o que também será colaborado com as ideias de DIAS (2007), CAVALIERI (2015), GONÇALVES (2014) e TARTUCE (2015).

2. Relação de trabalho e relação de emprego e seus elementos característicos

Na concepção jurídica a relação de trabalho é o gênero, enquanto a relação de emprego é a espécie, isto porque, a primeira é mais genérica e abrange todos os vínculos jurídicos que permeiam o labor humano, enquanto a segunda é um tipo jurídico específico dentre vários da relação de trabalho o que a identifica como uma espécie.

Nesta diferenciação vale ressaltar que nem toda relação de trabalho contém uma relação de emprego, mas toda relação de emprego envolve uma relação de trabalho. A dependência da relação de emprego com a relação de trabalho está na questão da subordinação do empregado em relação ao seu empregador como veremos adiante (MARTINEZ, 2011, p. 132).

Ambas mesmo estando inseridas na discussão das questões do labor humano são tratadas de forma especial e distinta pela legislação brasileira. Destaca-se a relação de emprego que é o foco de nossa pesquisa, constantes na CLT e na legislação complementar.

De acordo com MARTINEZ (2011, p. 116):

A relação de emprego é caracterizada pela necessária cumulação de alguns elementos. São, portanto, configuradores dessa especial relação a conjunção dos seguintes elementos: personalidade, onerosidade, não assunção (pelo prestador) dos riscos da atividade do tomador de serviços, duração contínua ou não eventual e subordinação.

Desta forma é notório que as relações de trabalho e de emprego se diferenciam no mundo jurídico, especialmente, em função da legislação aplicável e, conseqüentemente, pela intenção do legislador na forma de tutelar o “trabalho” ou definir quem é empregado e quem é empregador.

A relação de emprego é uma das modalidades da relação de trabalho e esta se caracteriza pela prestação de serviços por pessoa física, ou seja, pessoa natural; levando em conta todas suas qualidades e aptidões pessoais, portanto com personalidade; contratado conforme a CLT, sob a dependência do empregador e mediante salário que caracteriza ser de forma não eventual; efetuada com onerosidade que caracteriza pela

existência de uma retribuição em pecúnia com meta à subsistência humana e por fim em caráter de subordinação que significa ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior aquele onde se encontra outro sujeito, ou seja, estar sob ordens de outrem(MARTINEZ, 2011, p. 116-119)

A discussão sobre a diferenciação entre relação de trabalho e de emprego ganhou maior relevância após a alteração do artigo 114, I da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, em que a Justiça de Trabalho não era competente para julgar litígios da relação de trabalho, mas somente que envolvessem relações de emprego. Com essa ampliação as relações de trabalho e emprego estão sob a esfera da Justiça do Trabalho de forma total e completa, sendo ela a responsável direta para dirigir sobre estes conflitos.

3. Sujeito do contrato de trabalho: empregados e empregadores

3.1. Conceito e caracterização

Empregado é o sujeito que presta algum tipo de trabalho a outrem. É aquele que está subordinado ao tempo e ao local da execução de uma determinada atividade. Ele não tem autonomia sobre suas tarefas, pois quem as ordena e as qualifica é seu empregador (MARTINEZ, 2011, p. 135).

De acordo com o artigo 3º da Consolidação das Leis do trabalho:

Artigo 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (Parágrafo incluído pela Lei nº 4.072, de 16-06-62)

Para MARTINEZ (2011, p. 153), a definição de empregado se caracteriza:

No contexto do contrato de emprego, o empregado aparece como sujeito prestador do trabalho, vale dizer, aquele que pessoalmente, sem auxílio de terceiros, depende, em caráter não eventual e sob direção alheia, sua energia laboral em troca de salário; aquele que, por não exercer atividade por conta própria, não assume riscos da atividade na qual está incurso.

Levando em conta estas definições devemos considerar cinco requisitos essenciais para a caracterização da figura do empregado, qual seja: ser pessoa física, ter caráter de não eventualidade na prestação dos seus serviços, apresentar dependência do

empregador em relação a ordens e subordinação, obter pagamento de salário e prestação pessoal de serviços, todas de forma comum e conjunta.

Existem vários tipos de empregados que podemos destacar como o empregado em domicílio que é aquele que presta serviços em sua residência ou em oficina de família (artigo 83 da CLT); o empregado aprendiz que conforme parágrafo único do artigo 80 da CLT define aprendiz como “o menor de 12 a 18 anos sujeito a formação profissional metódica do ofício em que exerça o seu trabalho”; o empregado doméstico que de acordo com a Lei 5.859/72 “é aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa a pessoa ou família, no âmbito residencial destas”; o empregado rural que segundo a Lei 5.889/73 “é a pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços com continuidade a empregador rural, mediante dependência e salário”; o empregado público que é aquele funcionário da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, suas autarquias e fundações, que seja regido pela CLT e que possuem os mesmos direitos do empregado comum. Temos que considerar também como empregado o Trabalhador Autônomo, Trabalhador Eventual, o Estagiário e o Trabalhador Avulso (BARROS, 2012, p. 172).

Empregador, por sua vez, é aquele que concede a outrem a oportunidade de um trabalho e que nesta relação assume os riscos da atividade, tem o poder de admitir, demitir, assalariar e ordenar a prestação pessoal de serviços de outra pessoa sendo este seu empregado (BARROS, 2012, p. 207).

Esta subordinação está relacionada à capacidade de deter o capital o que com isso, consegue ter em seu poder a atividade de outrem sob condições de pagamento de um salário e subordinação de suas ordens e desordens.

MARTINEZ leciona (2011, p. 183):

No contexto do contrato de emprego, o empregador aparece como sujeito concedente da oportunidade de trabalho. Ele pode materializar a forma de pessoa física, de pessoa jurídica (entes políticos, associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos) ou até de ente despersonalizado, excepcionalmente autorizado a contratar (condomínios, massa falida, espólio, família etc.). Em qualquer circunstância, porém, o empregador assumirá os riscos da atividade desenvolvida e orientará o modo de execução das tarefas de que será destinatário. Como contrapartida pela execução dessas tarefas, o empregador oferecerá uma retribuição pecuniária intitulado salário, aqui identificado em sentido amplo.

De acordo com o artigo 2º da Consolidação das Leis do trabalho (CLT), também se verifica esta condição,

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

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiver sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Podemos destacar, portanto que a característica do empregador ao assumir os riscos da atividade desenvolvida traz consigo uma carga diferenciadora da característica do empregado, que sede sua força de trabalho em troca de pagamento de um salário e de sua subordinação (MARTINEZ, 2011, p. 185).

3.2. Tipos de responsabilidade civil

A Responsabilidade Civil se divide em responsabilidade solidária e subsidiária, e serão abordadas, pois estão relacionadas ao tema em questão.

3.2.1. Responsabilidade solidária

A Responsabilidade solidária é aquela em que na mesma obrigação há mais de um responsável e cada um é obrigado pela totalidade.

De acordo com o artigo 264 do Código Civil: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

Neste sentido o artigo 265, também do Código Civil estabelece que “A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes”.

Assim diante de uma situação de responsabilidade solidária o credor poderá exigir o cumprimento de todos os devedores arrolados no processo, bem como de só um deles. E no caso de só um deles cumprir a obrigação, caberá a ele o direito de regresso quanto aos outros, por se tratar de obrigação solidária, ou seja, não haverá prejuízo individual.

Reforça este entendimento o artigo 942 do Código Civil:

Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no artigo 932.

No caso das construtoras nas relações de trabalho com empregado de empreiteiro essa responsabilidade não se aplica, uma vez que, não é ela o responsável direto pelo vínculo empregatício do empregado, mas sim seu empregador, que no caso será o subempreiteiro.

As construtoras, portanto, diante do que preconizam os artigos 264, 265 e 942 do Código Civil não terão responsabilidade solidária quanto a empregado de subempreiteiros mesmo tendo elas usufruído dos benefícios do trabalho do empregado.

A CLT, em seu artigo 455, traz um exemplo de responsabilidade solidária:

271

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.

As construtoras não respondem solidariamente por não serem consideradas, nesse caso, o empreiteiro principal, mas sim a tomadora da obra.

Aplicar o artigo 455 da CLT para responsabilizar as construtoras nos casos de inadimplementos das questões trabalhistas em relação a empregados de subempreiteiros não é lícito e tem causado grandes controvérsias, pois, já houve casos em que alguns magistrados entenderam serem as construtoras responsáveis solidárias com empregados de subempreiteiros, porém, como veremos em julgados recentes o que tem sido aplicado não é a responsabilidade solidária, mas sim a responsabilidade subsidiária.

Portanto, a Responsabilidade Solidária só se dará nas questões trabalhistas diante de previsão expressa em contrato de prestação de serviço para responsabilizar tanto, direta, como, indiretamente, a construtora como a empreiteira e a subempreiteira de acordo com o caso concreto.

3.2.2. Responsabilidade subsidiária

A responsabilidade subsidiária é tida como uma responsabilidade “reserva”, que após o exaurimento da obrigação de outro devedor, dito principal, busca-se com o “reserva” que a obrigação do pagamento seja cumprida.

Nesta modalidade a obrigação não é compartilhada entre dois ou mais devedores, pois existe apenas um devedor principal, só na hipótese do não cumprimento da obrigação por parte deste, e que o outro, ou outros, poderão responder subsidiariamente pela obrigação e neste caso terá direito de regresso quanto ao devedor principal (RODRIGUES, 2003, p. 126-127).

Esta subsidiariedade é a que mais tem embasado as jurisprudências em resolução de conflitos trabalhistas, seguindo principalmente o princípio da hipossuficiência, em que o empregado fica refém dos interesses dos empregadores.

Os contratos de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro, diante da inexistência de previsão legal específica, não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraída pelos empreiteiros, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora (GONÇALVES, 2014, p. 222-223).

É visto que a relação de emprego só existe entre o obreiro e a empresa contratada, ou seja, seu empregador direto, que no caso que estamos tratando é o empreiteiro ou subempreiteiro e não entre o obreiro e a construtora. Entre estes últimos a relação é meramente civil por isso não cabe a responsabilidade solidária, mas sim no máximo a responsabilidade subsidiária como vislumbra a Súmula Nº 331, em seu inciso IV o que é bastante controverso pela doutrina.

Extraí-se o entendimento de que não arcando a empresa empregadora com suas responsabilidades trabalhistas perante seu empregado, a obrigação transmite-se subsidiariamente à empresa tomadora.

Diversos são os julgados que corroboram a tese de que aplica a responsabilidade subsidiária nos casos em que o tomador tenha se beneficiado da força do trabalhador: Frise-se que a responsabilidade subsidiária implica na observância do benefício de ordem e não se restringe apenas aos casos de irregularidade ou fraude na terceirização, abrangendo todas as situações em que o tomador se beneficiou da força de trabalho e deixou de fiscalizar e acompanhar a atuação da contratada (artigo 1º da CF/88 e Súmula 331, VI, C. TST).

Nesta análise vimos que a responsabilização subsidiária pelas verbas trabalhistas não quitadas pela empresa prestadora de serviços, empreiteira, ao seu empregado e cujo labor teve como beneficiário a empresa tomadora de serviços, construtora, será atribuído a esta, ainda que inexistentes a subordinação e a pessoalidade.

Porém, esta responsabilidade deverá ser limitada ao pagamento de valores referentes ao período em que foi beneficiada por aquela mão de obra, visto que o tomador está eximido de cobrir as dívidas trabalhistas construídas pelo subcontratado em períodos em que o trabalhador não tenha prestado serviço diretamente na sua obra, seja porque ainda não havia contrato entre as pessoas jurídicas, seja porque o trabalhador ainda não estava registrado na empresa ou mesmo que estava lotado em outra atividade desenvolvida por seu empregador.

Nestes casos o ônus da prova é do empregado que deve comprovar que esteve a serviço do terceirizado por aquele determinado período, ou mesmo exigir de seu empregador que o faça, para fins de ter seus direitos atendidos seja pelo seu empregador direto ou mesmo pela construtora dentro da responsabilidade subsidiária, caso contrário entende-se por inexistência de relação de emprego (GONÇALVES, 2014, p. 235-236).

3.3. Terceirização

Com a evolução tecnológica as empresas vem buscando melhorias na gestão de seus negócios e com isso viram no processo de terceirização uma solução que possibilita que se contratem empresas prestadoras de serviços, permitindo incorporar melhor técnica e tecnologia, obtendo produtividade e qualidade e diminuir custos.

Porém não existe legislação que defina a terceirização, cabendo apenas às doutrinas administrativas e jurídicas a tarefa da conceituação, o que de forma geral dificulta sua aplicabilidade principalmente no que tange sua licitude ou ilicitude nas prestações de serviços em relação à construção civil, assunto em questão (TARTUCE, 2015, p. 315).

Este processo de terceirização consiste na contratação de serviços por meio de empresa intermediária entre o tomador de serviços e a mão-de-obra, mediante contrato de prestação de serviços, no caso os contratos de subempreitada.

Nesta contratação a relação de emprego, discussão em curso, não acontece entre o empregado e o tomador da obra, mas sim entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços que seria o subempreiteiro. Isso significa, portanto, atribuir a outrem parte das etapas do processo produtivo. Que nesse caso acontece via contrato de prestação de serviços e não contrato de emprego, os chamados contratos de subempreitada, totalmente lícito diante da legislação vigente (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 115).

É visto que a terceirização se tornou hoje uma importante ferramenta na gestão empresarial, dentro da esfera trabalhista, no qual menos custo gera maior demanda, e, portanto, necessidade de maiores investimentos das empresas, criando-se também mais oportunidades de emprego, num regime contratual ou de parceria, o que favorece sobremaneira o mercado de trabalho desta categoria (DELGADO, 2014, p. 328-329).

Desta forma é importante frisar que ao terceirizar parte de suas atividades secundárias ou meio, como preconiza a legislação, as empresas terão a possibilidade de direcionar seus esforços na atividade fim ou principal, objetivando assim maior produtividade e qualidade e diminuindo custos, o que acarretaria mais circulação de capital nestas atividades.

Neste caso a sociedade empresarial poderá deixar as atividades secundárias ou meio para um terceiro realizar, através de um contrato de subempreitada, como é o caso da produção de bens, como de serviços, como de limpeza e de vigilância, ficando a seu cargo somente a contratação direta de mão de obra para sua atividade fim.

É visto que só poderão ser terceirizadas as atividades que não tem nada em comum com a atividade-fim, as quais são caracterizadas como acessórias, ou de suporte à atividade principal. Já a atividade fim é aquela considerada constante no contrato social da empresa, pela qual foi organizada e que só poderá ser cumprida exclusivamente por pessoal diretamente contratado por ela (DELGADO, 2014, p. 333).

Nesta concepção podemos vislumbrar a terceirização como um instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas, tornando mais capacitada as mãos de obras secundárias por dar ênfase, a atividades únicas, e permitir maior empenho e dedicação das empresas em suas atividades fins.

Porém tem-se discutido muito esse assunto principalmente no que tange a questão da legislação que diante do vácuo legal sobre o tema levou o Tribunal Superior do Trabalho editar há mais de 10 anos, a Súmula nº 331, que estabelece uma limitação à terceirização das atividades denominadas “fim”, permitindo apenas a terceirização das atividades “meio”, bem como as já permitidas como as atividades temporárias, de limpeza e vigilância.

Conforme orientações do TST – Tribunal Superior do Trabalho a empresa que for contratada para a realização da prestação de serviços em forma de terceirização não pode ser uma simples locação de mão de obra, mas sim uma prestação de serviços especializada, específica naquele tipo de serviço, com pessoal capacitado e qualificado naquele seguimento, para que não seja enquadrado na ilicitude da subordinação estrutural, trazendo para a empresa a obrigação do vínculo empregatício.

Para a construção civil no caso das construtoras a inexistência de uma conceituação e possibilidade de verificação objetiva do que efetivamente seja atividade-meio e atividade-fim causa insegurança jurídica e uma série de transtornos às empresas, com fiscalizações e decisões judiciais extremamente discrepantes (TARTUCE, 2015, p. 341).

Em relação à construção civil, vimos que a legislação avançou de maneira tímida e conservadora na regulação das questões envolvidas a terceirização, já a jurisprudência avançou de forma negativa e contundente estabelecendo limites imaginários e subjetivos de atividades meio e fim, através da edição da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, o que tornou confuso o que seria atividade fim ou atividade meio principalmente.

Existe no Congresso Nacional um Projeto de Lei de Nº 4.330 que está parado há mais de 11 anos, que tem como objetivo a regulamentação da atividade de terceirização, e entre os pontos mais polêmicos da matéria está à emenda que permite que as empresas contratem terceirizadas para atividades-fim, liberando os empresários para a contratação de funcionários terceirizados inclusive para a atividade principal da companhia, e também a questão da responsabilidade subsidiária das empresas contratantes de empregados terceirizados, o que poderá favorecer e muito a questão da empregabilidade no país, visto que abrirá mais campo de trabalho e propiciará às empresas maior qualidade com menor custo.

É visto que tal liberalização deverá vislumbrar a questão da isonomia dos trabalhadores seja os registrados pelas empresas como os contratados via terceirização principalmente para exercerem a mesma atividade dentro das empresas em geral e principalmente nas atividades da construção civil.

Fato é que não estando caracterizada terceirização ilícita decorrente de contratação por empresa interposta, não há que se falar em responsabilização solidária nem mesmo em vínculo empregatício no caso de subordinação estrutural.

No máximo, a prestação de serviços a favor das construtoras implicaria na sua responsabilização subsidiária e não solidária. É este o entendimento consolidado na Súmula 331, IV do TST.

Neste sentido não é justo e nem jurídico a uma empresa que tenha que responder integralmente pelos créditos vindicados em questões trabalhistas, por empregado de subempreiteiro que confessa ter trabalhado em várias empresas durante seu contrato de trabalho, o que se exige a determinação de período de responsabilização em relação ao que se busca, dividindo com as demais empresas beneficiadoras da prestação dos serviços do empregado do subempreiteiro, a responsabilidade solidária em relação aos dividendos do subempreiteiro.

O processo de terceirização, portanto, ainda merece análise específica e profunda, principalmente diante do que se questiona na construção civil que é o que se entende por atividade “fim” ou atividade “meio” e sua ilicitude.

A interpretação emprestada pelos tribunais a esse assunto deve se restringir às hipóteses previstas e delineadas na legislação vigente e garantir os direitos e assegurar os deveres de todos os envolvidos, principalmente no que tange a questão da responsabilidade subsidiárias das construtoras em relação a créditos resultantes dos contratos de subempreitada, o que poderia ser discutível, quando se toma todas as precauções em relação a estes inadimplementos, e não ser responsabilizada de forma absoluta mesmo na subsidiariedade.

4. Contrato de subempreitada

A contratação de subempreiteiros é uma realidade irreversível no setor da construção civil. Revendo a história, vimos que as empresas têm recorrido aos contratos de subempreitada para atender as particularidades do seu segmento, em especial o processo transitório por quem vem passando a atividade da construção civil e principalmente pela intensa especialização em cada etapa do processo produtivo.

De acordo com DELGADO (2015. p. 616):

Empreitada é o contrato mediante o qual uma (ou mais) pessoa(s) compromete(m)-se a realizar ou mandar realizar uma obra certa e especificada para outrem, sob a imediata direção do próprio prestador, em contraponto a retribuição material predeterminada ou proporcional aos serviços concretizados.

Este contrato é regulado pelo artigo 610 e seguintes do CC/02, que se restringem ao fornecimento pelo empreiteiro ou subempreiteiro do trabalho necessário à conclusão da obra em si, não podendo estender para outros fins:

CC - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 - Institui o Código Civil.

Artigo 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.

§ 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

§ 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução.

Para BARROS (2012, p. 402), trata-se de um contrato “bilateral, oneroso, consensual, comutativo, em regra, podendo, entretanto, ajustar-se com caráter aleatório”, o que o distingue do contrato empregatício, sendo que neste destaca-se a subordinação e a não eventualidade nas atividades contratadas.

O contrato de empreitada e subempreitada se diferenciam do contrato empregatício em três pontos principais: quanto ao objeto da prestação dos serviços; a pessoalidade sendo que na empreitada não se pactua a cláusula de infungibilidade

podendo o prestador dos serviços ser substituído ao longo do contrato; e no binômio autonomia versus subordinação em que o empreiteiro isento da subordinação quanto à execução de suas atividades utiliza somente de orientação quanto ao cumprimento do contrato, caracterizando assim a sua autonomia sobre suas atividades (DELGADO, 2014, p. 617).

Assim nos afirma BARROS (2012, p. 403):

O critério mais preciso para distinguir o contrato de trabalho da empreitada é a subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, presente no primeiro e ausente na empreitada, já que o empreiteiro trabalha com autonomia, sem qualquer fiscalização de quem o pagará.

276

Podemos ressaltar que no contrato de subempreitada é apenas uma parte, podendo ser entendida como uma empreitada parcial. É contrato especialmente previsto na lei civil, um tipo contratual legal, e que vem sendo utilizado de forma bastante reiterada nas atividades da construção civil (DELGADO (2015, p. 625).

Além disso, nos ensina BARROS (2012, p. 403) em relação à legislação ou falta dela quanto à questão dos contratos de empreitada na construção civil qual seja:

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 (OJ n. 191, SDI-1).

O que não se vê é a aplicação desta OJ no regramento jurídico, pois, a dificuldade de se entender a diferença entre o tomador dos serviços e o dono da obra está impregnando grande parte dos julgados em relação a este assunto.

Neste caso excluem-se as construtoras que deverão seguir o que está determinado na Súmula nº 331 do TST, qual seja a aplicação da responsabilidade contratual subsidiária como predominante nestes casos.

As atividades que estão estabelecidas nos contratos de empreitadas estão relacionadas às atividades meio da construção civil, seguindo o que estipula a legislação na questão da terceirização lícita não podendo ser as atividades fins, exceto quanto se tratar de trabalho temporário, de segurança e de limpeza.

A empreitada está disciplinada nos artigos 610 a 626 do Código Civil, cujas disposições devem ser observadas para a contratação e a execução dos serviços, que poderá ser empreitada unicamente de mão de obra ou poderá abranger o fornecimento de materiais, o que definirá cláusulas diferenciadas no contrato, e que desta forma deverá estar pactuado em cláusulas específicas para que as atividades de mão de obra e materiais não se comunguem e fiquem claras a sua forma de execução como também o recolhimento tributário.

4.1. Responsabilidade do dono da obra: construtoras

Diante da análise da súmula 331 do TST e seus incisos, podemos concluir que a responsabilização subsidiária do tomador de serviços no caso as construtoras é lícito, e deverá arcar com o pagamento das questões trabalhistas não cumpridas pelo empregador, diante do entendimento de configurações das chamadas culpa *in eligendo* (má escolha da empresa contratada) e culpa *in vigilando* (ausência de fiscalização quanto ao cumprimento por parte desta em relação a suas obrigações para com os empregados que atuaram junto à tomadora de serviços)(DELGADO, 2015, p. 635).

277

Neste sentido, o entendimento que na hipótese de inadimplemento da obrigação pelo devedor principal, segundo a doutrina, incidirá a plena responsabilidade do tomador de serviços, no que tange a questão subsidiária.

Nestes casos as construtoras não podem simplesmente alegar a isenção de responsabilidade na falta de cumprimento das questões trabalhistas pelos subempreiteiros, visto que é de sua responsabilidade ao contratar prestadores de serviços, verificar sua idoneidade financeira e econômica bem como estar atento ao cumprimento de toda obrigação trabalhista de seus empregados, mesmo sendo indireta a sua gerência. Isto porque os mesmos podem vir a se tornar inadimplentes e suas responsabilidades correrão às suas expensas.

Mesmo assim, são frequentes nas apresentações de defesa, as empresas tomadoras de serviços, bem como as construtoras, tentarem se eximir de qualquer obrigação, afirmando serem regulares as contratações das empreiteiras e que tendo agido com boa fé e cumprido com suas obrigações nos pagamentos dos seus serviços não é cabível a questão da responsabilidade quanto a funcionários que não estão sobre sua ingerência e que não tem sobre ele nenhum vínculo empregatício.

O entendimento do TST encontra amparo legal no artigo 186, combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil, que versa sobre a culpa extracontratual, bem como por analogia, o disposto no artigo 455 da CLT, que como vimos responsabiliza o empreiteiro principal pelos débitos trabalhistas do subempreiteiro no caso de inadimplemento.

Desta forma é notório que para o Direito Trabalhista, tendo as construtoras se beneficiado do trabalho do obreiro, mesmo não sendo seu empregado, a responsabilidade quanto às obrigações trabalhistas se impõe de forma objetiva, fazendo com que o trabalhador não seja prejudicado por questões de caráter civil e econômico entre as empresas, que deverão ser resolvidos em outra esfera.

Não há, portanto, ilegalidade na adoção do entendimento constante da Súmula nº 331 do TST para estabelecer a responsabilização subsidiária das construtoras em relação a empregados de empreiteiros e subempreiteiros, visto que a lei é apenas uma das fontes que compõe o ordenamento jurídico, sendo que na Justiça do Trabalho há expressa definição, pelo artigo 8º da CLT, de utilização da jurisprudência como fonte a ser adotada para dirimir as questões postas na falta de disposições legais.

Às construtoras, portanto, resta buscar de forma bastante robusta colocar cláusulas específicas nos contratos de prestação de serviços quanto ao inadimplemento nas questões trabalhistas para que assim, caso sejam responsabilizadas subsidiariamente

em relação a estes, possa em primeiro plano reter valores a fim deste cumprimento, como também buscar na esfera civil, o seu direito de regresso.

É visto que mesmo as construtoras tendo se precavido nas questões de buscar empresas idôneas quanto as suas questões econômicas e financeiras, esta inidoneidade pode se demonstrar simplesmente na revelia ou ausência de audiências trabalhistas, como também na não apresentação da documentação exigida por lei, tanto durante a prestação de serviços que é feito pela empresa tomadora dos serviços como durante o processo trabalhista, o que acarretará de forma direta a condenação subsidiária da construtora (BARROS, 2012, p. 441).

De toda forma pelo que aqui analisamos é visto que à construtora cabe tomar precauções, seja quanto à terceirização ilícita ou mesmo à contratação de prestadores de serviços que ao se tornar inadimplente com seus empregados, lhe imputarão a responsabilidade subsidiária quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas.

Percebe-se, pois, ser bastante cômodo para os empreiteiros ou subempreiteiros que agindo de má fé, ou não, quanto ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas, terá como subsídios e garantias a seus empregados da responsabilização da lei em relação às construtoras, uma vez que elas são a parte que melhor se apresentam em condições econômicas de não deixar desamparados à parte hipossuficiente que é seus empregados.

Neste sentido a Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1 do TST, segundo a qual “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”, vem sofrendo mitigação em razão do tomador e o fim a que se presta a construção civil, fazendo com que independente de ser ou não o dono da obra, a responsabilização subsidiária é recorrente.

Isto porque este entendimento só é aplicado em caso de pessoa física, e sendo a tomadora dos serviços empresa de pequeno porte e cuja construção seja para essencial valor de uso pessoal e mesmo com empresa jurídica de forma eventual.

Tratando-se, portanto de contratos de empreitada ou de prestação de serviços firmados entre duas empresas, em que o dono da obra seja empresa de médio e grande porte e necessite normalmente de tal trabalho, mesmo que seja apenas questão de manutenção e de infraestrutura cabe à responsabilização subsidiária, não se aplicando a regra de não responsabilização que pondera o artigo 455 da CLT, mas sim a teoria do risco próprio do empreendimento que se extrai do artigo 2º da CLT, muito utilizado pela jurisprudência nos dias atuais.

4.2. Responsabilidade do empreiteiro principal no caso de subempreitada

Como citado no parágrafo único do artigo 455 da CLT, tanto o empreiteiro principal quanto o subempreiteiro que restou inadimplente, responderão solidariamente pelas obrigações oriundas do contrato de trabalho.

Como podemos analisar no texto do artigo 455 da CLT:

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.

Pensando no protecionismo do direito do trabalho em relação ao empregado por ser ele a parte hipossuficiente da relação de trabalhista, justificaria a conclusão de que o mesmo não poderia ficar entregue ao inadimplemento e as dificuldades econômicas do seu empregador sendo ele um subempreiteiro ou mesmo empreiteiro, devendo o empreiteiro principal, ou até mesmo as construtoras, que geralmente possui maiores recursos, serem também responsabilizadas mesmo que subsidiariamente (NASCIMENTO, 2004, p. 167).

A questão e as divergências continuam em entender que tipo de responsabilidade deve ser atribuído a estas empreiteiras principais ou construtoras, o que não ficou claro no texto do artigo 455 da CLT. Por isso, a partir da uniformização jurisprudencial sedimentada pela Súmula 331, IV do TST, o tipo de responsabilidade que vem sendo aplicada é a subsidiária e não a solidária como se tinha entendido primeiramente.

Isso principalmente por entender que somente, e se o empregador principal não cumprir com suas obrigações trabalhistas é que o tomador do serviço seja ele empreiteira ou construtora será responsabilizada, e neste caso de forma subsidiária, ou seja, em substituição ao não pagamento dos direitos trabalhistas do empregador e também, somente ao período em que tenha auferido dos benefícios dos serviços do empregado.

4.3. Responsabilidade da construtora no caso de subempreitada

Diante de tudo o exposto fica evidente a responsabilidade contratual objetiva subsidiária das construtoras em relação aos contratos de subempreitada nas suas relações empresariais.

Apesar de serem lícitos e necessários tais contratos a responsabilidade evidenciada pela legislação acaba dificultando a forma com que as construtoras organizam tais atividades, uma vez que mesmo agindo de forma completa em relação à fiscalização da prestação de serviços com as empreiteiras ou subempreiteiras, as construtoras serão responsabilizadas subsidiariamente por estes cumprimentos e/ou descumprimentos trabalhistas (NASCIMENTO, 2004, p. 183).

OJ-sDI1-191, deixa claro que na ausência de lei específica, não se pode exigir responsabilidade solidária nem mesmo subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelos empreiteiros, nos contratos de empreitada, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora. A questão é que na maioria dos contratos o dono da obra não é a construtora, ela na verdade é uma empreiteira que adquiriu a obrigação de fazer por força de uma licitação e que a partir daí utilizou-se de contrato de subempreiteira em suas atividades meio.

Porém na atualidade o que se tem visto é que entende por dono da obra a construtora e não o contratante da atividade global, como exemplo na construção de uma

loja do Carrefour. No entendimento geral seria o dono da obra o próprio Carrefour, e a construtora seria a empreiteira e os demais contratos seriam de subempreitada.

A Súmula Nº 331 veio dessa forma corrigir esse entendimento e colocou na esfera da responsabilidade civil objetiva subsidiária o tomador do serviço, que no caso se entende ser a construtora, em relação ao empregador que no caso será o subempreiteiro, no que tange as obrigações trabalhistas inadimplidas.

E esse entendimento é que vem predominando nas decisões do judiciário trabalhista envolvendo essas questões, como vimos através das ementas anteriormente destacadas, o que não permite às construtoras nenhum meio de defesa ou de proteção diante de suas práticas. Neste caso fica evidenciada a questão da atividade do risco, onde se entende que a responsabilização subsidiária faz parte desta atividade.

O artigo 455 da CLT confirmar a legalização do contrato de subempreitada e nele imputar a responsabilização subsidiária do empreiteiro principal, que no caso seria as construtoras, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas dos subempreiteiros, assegurando, podendo, às construtoras, o direito de regresso contra o mesmo, resguardando a questão patrimonial.

Desta forma a responsabilidade das construtoras no caso de contrato de subempreitada será sempre a subsidiária, seguindo os entendimentos quanto à legislação pertinente, bem como a questão da hipossuficiência e da proteção ao trabalhador nos casos em que seus direitos estejam em risco.

5. Conclusão

O tomador dos serviços seja ele empreiteira ou construtora, não pode simplesmente alegar isenção de responsabilidade pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelas prestadoras de serviço. Isto porque, ao contratar prestação de serviços, deve o tomador, além de outras condições exigidas, verificar a idoneidade da empresa contratada, uma vez que esta última pode tornar-se, no curso do contrato de prestação de serviços, incapaz financeiramente e assim repassar a ele suas obrigações.

Dentro da análise geral em relação às responsabilidades solidárias que é aquela que não se presume, resultando da vontade das partes, expressa, ou por lei, e a responsabilidade subsidiária que é aquela em que é tida como responsabilidade “reserva”, que após o exaurimento da obrigação de outro devedor, dito principal, busca-se com o “reserva” que a obrigação do pagamento seja cumprida, entendemos que nos casos das construtoras em relação a empregados de empreiteiros tal responsabilidade será subsidiária e não solidária, por força principalmente da Súmula Nº 331 do TST.

Observa-se que diante do que foi analisado em relação à legislação, não resta às construtoras senão, assumir a responsabilidade subsidiária em relação aos inadimplementos de seus empreiteiros e ou subempreiteiros para com os empregados, envolvendo as questões trabalhistas. E ainda, que a alegação de não ser o dono da obra, mas sim uma empreiteira por força contratual, não a exime da obrigação aqui estabelecida, salvo o que regulamenta os artigos 188 e 393 do CC/02, no que tange a questão de caso fortuito e força maior, em que também é exigível a questão da prova da não culpabilidade quanto ao inadimplemento.

Fundada na Teoria do Risco, independente de dolo ou culpa, o empregador, ou a empresa, assume os riscos da atividade econômica, em qualquer circunstância, conforme dispõem os artigos 501 e 502 da CLT, onde a responsabilidade é sempre da empresa que deve arcar com o risco do negócio e assim indenizar seu empregado de toda e qualquer dano que tenha ou venha sofrer em relação às questões trabalhistas, seja ele também um empregado indireto como é o caso de funcionários de subempreiteiros, como preconiza a Sumula Nº 331.

Isto posto temos que, mesmo agindo com toda a precaução quanto a exaurir-se de sua culpa, não será contemplada pela legislação trabalhista, quanto a não se responsabilizar pelas faltas de cumprimento de obrigações por parte de seus empreiteiros ou subempreiteiros.

Assim, resta em caso de inadimplemento em relação aos empregados dos empreiteiros ou subempreiteiros, a retenção de valores ou mesmo colocar em contrato firmado entre as partes cláusulas que contemple esta retenção, bem como que o permita buscar na esfera civil o regresso quanto as suas despesas excedentes ao pactuado na prestação de serviços quanto a responsabilização subsidiária em relação às questões de caráter trabalhistas.

As dificuldades das construtoras em relação ao descumprimento das obrigações trabalhistas dos empreiteiros são notórias principalmente pela ingerência em relação a estes trabalhadores. Porém é necessário estar atento à fiscalização fundamentada no Artigo 932 inciso III do CC/02, bem como a Súmula 341 do STF, mas mesmo assim, não tem respaldo na lei que facilite esta relação, levando em consideração que a legislação trabalhista visando a questão da hipossuficiência, sempre visa o atendimento do interesse do empregado, independente de quem inadimpliu com suas obrigações, buscando sempre uma responsabilização para que o mesmo não fique com o prejuízo e tenha seus direitos adimplidos.

Na responsabilidade contratual o ônus da prova em relação à culpa do inadimplemento competirá ao devedor, no caso as construtoras, que deverá provar a inexistência de sua culpa ou mesmo a presença de qualquer excludente do dever de indenizar que se fundamenta no artigo 188 do CC/02, e que a desobrigação só ocorrerá se ficar provadas a ocorrência de caso fortuito ou força maior, principalmente cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir, como preconiza o artigo 393 do CC e seu parágrafo único.

O que se destaca então é que mesmo estando às construtoras atenta ao seu dever de fiscalizar a contratada, dela exigindo a observação das normas trabalhistas e previdenciárias, bem como dos instrumentos normativos aplicáveis, a lei bem como entendimento jurisprudencial ainda assim determina que a obrigação das mesmas seja subsidiária, não lhes restando alternativa se não se valer do que preconiza os Artigo 188 e 393 do CC/02.

Neste sentido a culpa concorrente e a culpa comum poderão atenuar a responsabilidade da empresa, influenciando na extensão da reparação, mas não serão excludentes o que levará a empresa na responsabilização subsidiária em relação ao período da prestação dos serviços do contrato de empreitada com seu subempreiteiro, como também, do período em que foi beneficiária dos serviços do referido empregado do subempreiteiro, o que se limita, e restando também, o pedido de regresso do valor empenhado, quando constar em clausula contratual, ou mesmo, em retenções na prestação dos serviços.

6. Referências bibliográficas

- ALVES, Giovanni. **Dimensões da precarização do trabalho**: ensaios de sociologia trabalho. Bauru: Práxis, 2013a.
- BARRETO, Margarida. **Assédio moral e saúde do trabalho**. Disponível em: <<http://assediomoralesaudenotrabalho.blogspot.com.br/2011/03/margarida-barreto-em-entrevista-para-o.html>>. Acesso em: 15 maio 2016.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- BASTOS, Roseli Quaresma. **Diferenças entre a relação de trabalho e a relação de emprego a partir da análise da legislação**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10829&revista_caderno=25>. Acesso em: 15 maio 2016.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTR, 2014.
- DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Renovar, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.4.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo**. São Paulo: LTr, 2009.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Silva. **Responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Método, 2015.