

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO - FGV DIREITO SP
GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINE MARIA DE FREITAS GOMES

**RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇO E OS ACIDENTES DE
TRABALHO À LUZ DAS LEIS 13.429/17 E 13.467/17**

São Paulo

Dezembro/2017

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO - FGV DIREITO SP
GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINE MARIA DE FREITAS GOMES

**RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇO E OS ACIDENTES DE
TRABALHO À LUZ DAS LEIS 13.429 E 13.467**

Trabalho de conclusão de curso, sob orientação do professor Paulo Sérgio João apresentado à FGV DIREITO SP como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito

São Paulo

Dezembro/2017

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO - FGV DIREITO SP
GRADUAÇÃO EM DIREITO

**RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇO E OS ACIDENTES DE
TRABALHO À LUZ DAS LEIS 13.429 E 13.467**

CAROLINE MARIA DE FREITAS GOMES

Trabalho de conclusão de curso, sob orientação do professor Paulo Sérgio João apresentado à FGV DIREITO SP como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: _____

Nome do Examinador 1: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1

Resultado Final: _____

São Paulo, _____ de _____ de 201__.

À Irmã Célia, que me fez despertar o gosto pela leitura desde a mais tenra idade.

Ao meu avô, Pedro Freitas, sem o qual tudo isso não seria possível e, principalmente, à minha mãe que sempre apoiou todas as minhas escolhas.

“O capitalismo não é nem bom, nem mau, nem moral ou imoral. É o que é. O problema não é julgá-lo, mas compreendê-lo.” Fernand Braudel

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	2
1 TERCEIRIZAÇÃO.....	3
1.1 Conceito e evolução legislativa.....	3
1.2 Tipos de Terceirização.....	7
1.2.1 Terceirização interna.....	7
1.2.2 Terceirização externa.....	7
1.2.3 Terceirização em cadeia.....	8
1.2.4 Terceirização ilícita e a Súmula nº 331 do TST.....	8
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	10
2.1 Conceito de Responsabilidade civil.....	11
2.2 Responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho.....	15
3 O QUE MUDOU COM AS LEIS 13.429/17 E 13.467/17.....	18
4 RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DO SERVIÇO.....	20
4.1 Características da Responsabilidade do Tomador.....	21
CONCLUSÃO.....	35
BIBLIOGRAFIA.....	37

Resumo: O presente trabalho tem o propósito de analisar a terceirização dos serviços, com foco na responsabilidade do tomador em casos de acidentes de trabalho que vitimize o empregado da empresa prestadora. A terceirização merece especial destaque, tendo em vista as mudanças trazidas pelas Leis 13.429/17 e 13.467/17 e o aumento substancial dessa prática nas relações de trabalho. Ainda não há consenso na jurisprudência e na doutrina sobre a responsabilidade civil do tomador em situações envolvendo acidente de trabalho, por isso analisamos os critérios que definem a regularidade desse tipo de contratação e buscamos identificar os limites de atuação da empresa contratante, com foco na terceirização externa e a terceirização em cadeia.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, reparação de danos, acidente de trabalho, contrato de trabalho, terceirização de serviços, tomador dos serviços.

Abstract: The present dissertation aims to analyse outsourcing and the responsibilities of the contractor when dealing with work related accidents. This subject requires special attention since there are major changes in our legal system through the Laws 13.429/17 and 13.467/17 and also due to the substantial increase of such practice in labor relations. There are still no general agreements in jurisprudence and legal doctrine with authority on the subject, for this reason, there is a need to analyse the criteria defining the lawfulness of such practice and identify the limits of the contractor's performance when dealing with different types of outsourcing provided outside the contractor's establishment.

Keywords: Civil liability, damage redress, labor accident, employment contract, Outsourcing, contracting company.

INTRODUÇÃO

A proposta do trabalho é realizar uma análise da responsabilidade do tomador dos serviços em situações envolvendo acidente de trabalho, tendo em vista as mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista e pela Lei 13.429/2017. O tema será desenvolvido em quatro capítulos, a saber: (i) o conceito de terceirização dos serviços e os tipos existentes, (ii) o conceito de responsabilidade civil e como ela se relaciona com a empresa em casos de acidente de trabalho, (iii) as mudanças trazidas pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 no tocante à terceirização dos serviços e, por fim (iv) a responsabilidade do tomador.

A presente pesquisa será embasada na doutrina, na legislação e na jurisprudência pátria, atinente à responsabilidade do tomador e à terceirização dos serviços

No primeiro capítulo, será abordado o conceito e a delimitação evolutiva da terceirização dos serviços no Brasil, além da caracterização dos diferentes tipos de terceirização aceitos atualmente.

No segundo capítulo, haverá o esclarecimento acerca de responsabilidade civil, com foco na responsabilidade patronal em casos de acidente de trabalho.

No terceiro capítulo, serão apresentadas as mudanças trazidas pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 no tocante à terceirização e como elas se relacionam com a jurisprudência atual.

Por fim, no quarto capítulo, será abordada a responsabilidade do tomador do serviço, com enfoque nos casos envolvendo formas complexas de terceirização e excludentes de responsabilização, observando o limite entre o que a nova legislação e a jurisprudência estipulam.

A escolha da temática ocorreu pela relevância social crescente da terceirização dos serviços, por se tratar de uma prática cada vez mais utilizada, além da relevância jurídica, tendo em vista as alterações trazidas pelas Leis em comento. A tendência mundial à especialização em todas as áreas transformou a terceirização em uma realidade crescente em quase todos os países. No Brasil não foi diferente, o debate em torno da regulamentação da terceirização teve início em 2004, com o Projeto de Lei 4.330, e se acalorou em 2011, quando este chegou ao Congresso Nacional. Desde então, as discussões acerca do direcionamento da terceirização eram ferrenhas, principalmente entre o movimento sindical e as entidades patronais.

Mesmo com a promulgação das Leis 13.429/17 e 13.467/17 e com a liberalização do regime de terceirização dos serviços no Brasil, ainda surgirão muitos questionamentos. Ainda assim, as recentes alterações trazidas pela Leis ampliaram o leque de possibilidades relacionadas à terceirização de atividades, criando um cenário de maior segurança jurídica para as empresas.

1. TERCEIRIZAÇÃO

A proposta deste capítulo é esclarecer o conceito de terceirização dos serviços no âmbito do Direito do Trabalho, delimitar sua evolução no Brasil nas últimas três décadas e caracterizar os diferentes tipos de terceirização aceitos atualmente.

1.1 Conceito e evolução legislativa

A terceirização é um modo de gestão de empresa, onde há a contratação de uma empresa prestadora de serviços para realização de atividades específicas estipuladas pela empresa contratante.

Apesar de muitos defenderem que a terceirização se pauta no entendimento de que as empresas tomadoras de serviços devem focar nas atividades que têm vantagem competitiva e delegar a terceiros as demais atividades secundárias, esse não é o entendimento do presente trabalho. A finalidade da terceirização está em possibilitar que empresas especializadas prestem serviços para outras empresas de forma cada vez mais capacitada. Ou seja, o instituto deve focar em capacitar empresas em determinados tipos de serviços, de modo que tornaria inviável uma empresa suprir a própria demanda de modo igualmente eficiente.

Assim sendo, a terceirização dos serviços está intimamente ligada à ideia de desconcentração da unidade produtiva da empresa, delegando serviços a um terceiro especializado, de modo a conferir mais eficiência, produtividade e, na maioria dos casos, diminuição de custos na gerência dos negócios, aumentando o potencial competitivo da empresa. Sergio Pinto Martins dialoga com essa questão, entendendo

existir na terceirização uma forma de parceria,¹ cujo objetivo comum seria, além da redução dos custos, a qualidade dos serviços oferecidos ao mercado:

O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade, competitividade à empresa e também para vencer no mercado. Esta pretende, com a terceirização, a transformação dos seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência de numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento, e também em novos produtos.²

Esse modelo de relação socioeconômica e jurídica foi bastante inovador, pois possibilitou a diminuição dos custos com a mão de obra e uma maior especialização do serviço prestado, cuja principal característica é a inexistência de vínculo empregatício entre o tomador dos serviços e o empregado da prestadora. Nesse tocante, Mauricio Godinho Delgado ensina que:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.³

As partes da relação supracitada são a *empresa prestadora dos serviços*, que fornece os serviços na pessoa do trabalhador e a *empresa contratante*, ou tomadora dos serviços, que possui relação socioeconômica e jurídica com a empresa prestadora, visando unicamente o cumprimento das obrigações do contrato de prestação dos serviços.

A diferença primordial entre a subordinação presente no contrato de trabalho clássico e a terceirização reside na relação interempresarial entre o prestador de serviços e a empresa tomadora. Não há contratação de modo personalíssimo ou subordinação direta, mas simples orientações de padronização e de métodos sobre como deverá ser prestado determinado serviço.

Diante disso, entre a empresa prestadora e o trabalhador firma-se um contrato de trabalho e entre a empresa prestadora e a empresa contratante estabelece-se um

¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Terceirização no direito do trabalho*: inteiramente revista à luz da Lei 13.429/2017. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 31-32.

² MARTINS, Sergio Pinto. *Terceirização no direito do trabalho*: inteiramente revista à luz da Lei 13.429/2017, p. 32.

³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 452.

contrato de natureza civil ou empresarial, na forma de um contrato de prestação de serviços. Esse contrato pode ser um contrato comum ou vários tipos contratuais inseridos em um só, gerando um contrato completamente novo. É o caso envolvendo, por exemplo, a indústria automobilística, mais especificadamente empresas montadoras de veículos, em que se tem uma combinação de elementos provenientes do direito de propriedade industrial, como a utilização de determinada patente na fabricação das peças, com elementos do contrato de fornecimento de peças.

Levando em conta que a Constituição foi criada tendo em mente o vínculo trabalhista tradicional, esse modelo relação socioeconômica e jurídica ensejou diversos debates acerca de sua viabilidade institucional. Um exemplo encontra-se no inciso VIII do artigo 170 da Constituição, que estabelece o princípio de que a ordem econômica busca o pleno emprego, visando a valorização do trabalho humano, outro encontra-se no artigo 7.º, I, do mesmo dispositivo e dispõe sobre o direito à relação de emprego. Logicamente que a terceirização não deve ser considerada inconstitucional apenas com base nesses dispositivos, uma vez que, além de genéricos, devem ser lidos com outros princípios igualmente importantes, como a livre-iniciativa privada. Ainda assim, o que a Constituição intenciona é que o trabalho não seja tratado como um bem meramente econômico, uma moeda de troca sujeita às leis da oferta e da demanda. Não obstante, o Direito do Trabalho não pode ser contrário às inovações e ao progresso, visto que são ensejadores da geração de novos empregos e fontes de renda, o que não afasta a obrigatoriedade de estar ligado às garantias dos direitos do trabalhador, visando a preservação destes em todos os tipos de contratos laborais.

Historicamente, a terceirização teve início na Segunda Guerra Mundial, quando as empresas de armamento bélico norte-americanas delegavam algumas atividades, visando o suporte da produção, para outras empresas, sempre reservando para si as atividades fundamentais. Isso ocorreu em razão da sobrecarga com a demanda, em função da guerra, de modo que a terceirização foi a saída viável encontrada pelos produtores para aumentar a produção e diminuir os custos. Essa prática se consolidou e foi posteriormente conhecida como *downsizing*, achatamento das estruturas da empresa, ou *outsourcing*, descarte de atividades-meio ou contratação de terceiros, de modo a afastar atividades improdutivas.

No Brasil, esse modelo de relação socioeconômica e jurídica é um fenômeno relativamente novo que obteve relevância no cenário nacional apenas em meados da década de 70, com o advento da Lei 5.645/1970. A primeira aparição do instituto da

terceirização ocorreu por volta de 1950, com os rumos internacionalizantes que tomou a economia, trazendo para o País as primeiras montadoras de automóveis e a implementação do que ficou conhecido como contratação de serviços de terceiros.⁴ No final da década de 60 e início da década de 70, foi criado arcabouço normativo que iniciava a delimitação do que viria a ser o fenômeno da terceirização. Esse início ocorreu com o advento do Decreto-lei 200/1967 e da Lei 5.645/1970, porém não englobava todos, limitando-se a tratar da contratação via ente estatal, com a justificativa de que as atividades da Administração Pública deveriam ser descentralizadas, pois isso possibilitaria uma melhor gestão da máquina administrativa:

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 de 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 (art. 10, § 7.º, Decreto-lei 200/1967).

Com o advento da Lei 7.102/1983, foi autorizada à iniciativa privada a possibilidade de terceirização permanente de uma categoria específica de profissionais, aqueles que prestavam serviços de vigilância bancária.⁵ A justificativa para a promulgação da referida lei se pautou na necessidade de os bancos terem pessoal extremamente especializado atuando na segurança, permitindo assim a contratação de terceiros para essa finalidade.

Em 1994, com as alterações propiciadas pela Lei 8.863, essa limitação foi superada para possibilitar a terceirização permanente da vigilância para além do setor bancário, englobando também outros estabelecimentos, públicos ou privados.

Interessante atentar para o fato de que nos últimos 20 anos do século XX, apesar da lenta evolução legislativa, o segmento privado da economia passou a utilizar a terceirização laboral permanente, independentemente da falta de regulação expressa

⁴ CAVALCANTE, Ophir Júnior. *A terceirização das relações laborais*. São Paulo: LTr, 1996. p. 70.

⁵ Em meados da década de 1960 foram outorgados os Decretos-leis 1.212/1966 e 1.216/1966 que permitiram aos bancos contratar empresas particulares para prestar serviços de segurança. Em 1969, com o Decreto-lei 1.034, foi possibilitado aos bancos contratar empresas especializadas para prestar serviços de vigilância ostensiva (artigos 2.º, I, e 4.º), ainda que com algumas ressalvas em relação à necessidade do serviço de guarda ser composto por pessoas sem antecedentes criminais, mediante aprovação de seus nomes pela Polícia Federal e dando-se ciência ao Serviço Nacional de Informações.

sobre o tema. Um exemplo clássico está no trabalho de conservação e limpeza, terceirizado em larga escala e de forma cada vez mais genérica ao longo dos últimos anos. Diante da inércia legislativa, a jurisprudência trabalhista tentou uniformizar o tema, editando as Súmulas 256 e 331, de 1986 e 1993, respectivamente.

Embora as alterações normativas supracitadas tenham influenciado bastante o setor privado e os tribunais, atualmente a jurisprudência está consolidada no tocante à pertinência do entendimento presente na Súmula 331, que será abordada em detalhes adiante.

1.2 Tipos de terceirização

A terceirização pode ser dividida em terceirização interna, terceirização externa, terceirização em cadeia. Esses quatro tipos são os mais utilizados, ainda que exemplificativos, podendo existir outras formas de terceirização menos utilizadas que não serão abordadas no presente trabalho.

1.2.1 Terceirização interna

Essa modalidade pode ser entendida como a terceirização clássica, sendo caracterizada pela contratação do empregado para atuar dentro do estabelecimento do tomador dos serviços. Tendo em vista essa especificidade, o prestador de serviço, em geral, deverá respeitar os horários de funcionamento e o regulamento interno da empresa.

1.2.2 Terceirização externa

Essa modalidade é o oposto da terceirização interna, ocorrendo quando a empresa tomadora contrata os serviços de uma empresa prestadora, que executa as atividades em estabelecimento próprio. Nesses casos, os trabalhadores realizam os serviços acordados pelo tomador, porém no estabelecimento da empresa prestadora, com quem eles possuem relação direta de emprego. Tendo em vista o avanço da tecnologia, esse tipo de serviço está sendo cada vez mais utilizado, como é o caso das centrais de atendimento, onde é possível centralizar o recebimento de ligações telefônicas, de

modo a tentar solucionar as dúvidas e os problemas que os clientes têm com determinada empresa.

Nos casos envolvendo terceirização externa, os trabalhadores executam o serviço de acordo com as instruções da empresa contratante, que pode incluir até mesmo metas e níveis de produtividade previamente acordados. Ademais, é possível que a empresa tomadora dos serviços estipule códigos de ética e de responsabilidade, principalmente tratando-se da prestação de serviços de central de atendimento, em que se espera determinado decoro no tratamento com o cliente.

1.2.3 Terceirização em cadeia

Essa modalidade envolve a contratação de uma empresa prestadora, que subcontrata outra empresa do mesmo ramo para realizar o serviço para o qual tinha sido contratada inicialmente e permanecendo o contratante principal como o destinatário final do serviço objeto da terceirização. Essa modalidade pode envolver inúmeras subcontratações; não há limite, de modo que, muitas vezes, a contratante principal sequer tem conhecimento do número de subcontratos existentes – o que não a exime de qualquer responsabilidade sobre os empregados da empresa prestadora integrantes da cadeia. Não há distinção no tocante à localidade da prestação dos serviços, na medida em que cada etapa do processo pode ser prestada unicamente no estabelecimento do contratante ou mesmo nos diferentes estabelecimentos das prestadoras. Essa modalidade é comum na indústria têxtil, mais especificamente na confecção das roupas e na indústria dos eventos públicos, como organização de *shows* e concertos.

Nessa modalidade não há qualquer tipo de coordenação das empresas prestadoras pela contratante principal, pelo contrário, há uma dispersão da gestão entre as diversas prestadoras integrantes da cadeia produtiva, de modo que cada prestadora é responsável pela sua subcontratada e assim por diante.

1.2.4 Terceirização ilícita e a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

A classificação perante a licitude da terceirização leva em consideração o cumprimento do ordenamento jurídico vigente que, até então, era pautado unicamente pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Essa Súmula prevê a existência

de vínculo empregatício em casos envolvendo a fraude na contratação de serviços em que se forme vínculo direto com o tomador e em casos envolvendo contratação de serviços ligados à atividade-fim do tomador:

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.

Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” (Incisos I e III, Súmula 331 do TST).

Os Embargos em Recurso de Revista TST-E-RR-0211/90.6, precedente utilizado na elaboração da referida Súmula, são bastante elucidativos nesse aspecto. Esse acórdão tratou do pedido de reconhecimento de vínculo empregatício entre o Banco do Brasil e Normélia Fraga Inácio, funcionária da Empresa Orbram. A decisão levou em consideração o fato de a Empresa Orbram estar regularmente registrada e se responsabilizar pelas obrigações trabalhistas decorrentes dos contratos de trabalho que celebra. Ademais, a remuneração e a direção dos trabalhos realizados eram feitas pela empresa prestadora de serviço, sem interferência do Banco do Brasil, o que ensejou o entendimento de que inexistente vínculo empregatício entre o Banco do Brasil e a Reclamante. Por fim, foi auferida interpretação exemplificativa e não taxativa à Súmula 256 do TST⁶, de modo a não desencorajar o incremento desse ramo de atividade.

De acordo com a análise do acórdão supracitado, é possível perceber que a Súmula 331 do TST foi criada levando em conta a necessidade de adequação da terceirização às demandas das empresas tomadoras e de proteger o empregado diante da fraude laboral e da consequente perda de direitos e benefícios que isso poderia ensejar.

Portanto, a terceirização ilícita não observa o ordenamento jurídico vigente relativo aos direitos dos trabalhadores, tratando-se de uma relação fraudulenta, em que são encontrados elementos caracterizadores da relação de emprego,

⁶ CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) – Res. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.ºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

principalmente a subordinação e a pessoalidade. Não há como existir terceirização lícita se a empresa contratante não se exime do poder diretivo e disciplinar, não devendo existir controle de horário e pessoalidade. Nesse tocante, Sergio Pinto Martins estipula que deve haver total autonomia entre o empregado e a empresa contratante: “Na verdade a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte”.⁷ .

Ao Direito do Trabalho é aplicado o princípio da primazia da realidade, ou seja, a veracidade dos fatos deve prevalecer sobre a forma atribuída ao negócio jurídico. Diante disso, caso sejam reconhecidas a subordinação, a pessoalidade ou quaisquer outros elementos caracterizadores da relação de emprego, será reconhecido vínculo empregatício entre o trabalhador e a empresa tomadora dos serviços, e não mais entre a empresa prestadora dos serviços, uma vez que esta somente intermediou a mão de obra, ainda que figure formalmente como contratante do trabalhador. Essa é a consequência de a terceirização ser considerada ilícita, uma vez que relações fraudulentas não produzem efeitos em razão da nulidade incidente presente no artigo 9.º da CLT.

Nessa esteira, sempre houve debate acerca da existência da subordinação entre o empregado da prestadora e o contratante dos serviços, conquanto muitos doutrinadores entendem que determinadas especificações impostas ao serviço prestado poderiam ser entendidas como um tipo de subordinação indireta, como é o caso do estabelecimento de metas e níveis de produtividade ou de códigos de ética e de responsabilidade, de modo que cada modalidade da terceirização pode evidenciar algum grau de subordinação, tendo em vista os diferentes tipos de hierarquização da estrutura laboral. Ainda assim, não seria possível entender qualquer grau de subordinação indireta como determinante de vínculo empregatício, pois isso descaracterizaria o instituto da terceirização completamente.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A proposta deste capítulo é esclarecer o conceito de responsabilidade civil e como ela se relaciona com a empresa em casos de acidente de trabalho.

⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 163.

2.1 Conceito de responsabilidade civil

A responsabilidade civil no direito brasileiro está intimamente ligada ao dever de reparação do dano. Não há dever de indenizar quando inexistente dano. No passado, além do dano, era necessário provar a existência de ato ilícito para imputar o dever de indenizar. A evolução jurisprudencial e legislativa foi pacificada nesse sentido, considerando a existência de situações passíveis de indenização, independentemente de culpa, o que fortalece a máxima de que a responsabilidade civil se pauta na existência de dano e na consequente reparação deste.

Logo, a finalidade da responsabilidade civil será o pleno ressarcimento dos danos, restabelecendo-se sempre que possível o *status quo ante*. Alguns autores, como a Maria Helena Diniz,⁸ entendem que há na responsabilidade civil outra finalidade, além da compensatória, de sanção civil para com o causador do dano. Essa natureza sancionatória tem o intuito de desmotivar o causador do dano e obrigá-lo a se precaver e se prevenir contra futuras ocorrências.

Inicialmente, a responsabilidade civil tinha como base três institutos: a culpa, o nexo causal e o dano. Essa ideologia era pautada pelo viés mais individualista e liberal que regia a sociedade e concedia maior espaço à atuação dos particulares. Essa concepção encontrou sérios obstáculos na medida em que a culpa se tornou um elemento difícil de comprovação. Com o advento do capitalismo industrial e com o crescimento do número de acidentes no trabalho, essa dificuldade se intensificou, gerando intensa rejeição social.

Essa necessidade de ligação direta entre o dano e os atos do empregador onerou demasiadamente o empregado e foi o grande agente que suscitou na criação da responsabilidade objetiva. Esse instituto foi fundamentado na teoria do risco, que buscou encontrar elementos objetivos para substituir o papel da culpa e instituir a imputação da responsabilidade civil em setores e situações específicas.

No Brasil, a Constituição de 1988 se comprometeu com a teoria do risco especificadamente em alguns artigos (artigo 21, XXIII, *d*, e artigo 37, § 6.º), assumindo um viés reparador, inclinado à adoção de uma responsabilidade desligada da noção de culpa e mais comprometida com a compensação do dano, quase sempre marcada pela solidariedade social:

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7, p. 7.

Com efeito, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3.º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. *Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação do dano e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social.*⁹

Seguindo o viés constitucional, o Código Civil instituiu a responsabilidade objetiva por atividades de risco, por meio da cláusula geral presente no parágrafo único do artigo 927, que estipulou a obrigação de reparação, independentemente da existência de culpa, nos casos especificados em lei ou nos casos envolvendo atividades de risco.

Essa construção teórica iniciada pela teoria do risco atualmente possui várias vertentes distintas. Entre elas a teoria do risco-proveito, que estabelece que aquele que extrai proveitos de certa atividade deve responder pelos riscos que ela produz, a qual é utilizada, muitas vezes, para justificar a responsabilização do tomador dos serviços, tendo em vista os benefícios econômicos adquiridos com o serviço prestado pela empresa contratada.¹⁰

Ainda que, comparativamente, a culpa tenha perdido certo espaço dentro do instituto da responsabilidade civil, ela continua relevante, visto que ainda permanece como regra, e a responsabilidade objetiva como exceção. Caio Mário da Silva Pereira já versava sobre a relevância do estudo da culpa na responsabilidade civil, advertindo que:

A abolição total do conceito da culpa vai dar num resultado antissocial e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação da boa ou má conduta, uma

⁹ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 191-121.

¹⁰ Entre as teorias do risco, estão a teoria do risco-criado, que amplia a teoria do risco-proveito e entende que qualquer atividade, econômica ou não, é criadora de risco; a teoria do risco de empresa (ou risco profissional) que aplica essa ideia à realidade da empresa, obrigando o empregador a reparar os danos causados aos empregados, no exercício do trabalho ou em função dele; e a teoria do risco integral que relativiza a responsabilidade objetiva ao extremo, entendendo ser dever do Estado indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que derive de culpa da própria vítima.

vez que o dever de reparar tanto corre para aquele que procede na conformidade da lei quanto para aquele outro que age ao seu arrepio.¹¹

Como regra geral, a responsabilidade civil se fundamenta pela máxima: dano causado por ato ilícito é passível de ressarcimento, se verificado o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso. O entendimento é de que do ato ilícito decorreria o dever de indenizar. A regra geral da responsabilidade civil está disposta no artigo 927, *caput*, do Código Civil e delimita a obrigação do causador, mediante ato ilícito, de reparar o dano, já denotando a responsabilidade direta pelo ato lesivo – responsabilidade por ato próprio.

Esse entendimento é respaldado pelo TST, tendo em vista que a responsabilidade objetiva não é predominante na sua jurisprudência, ainda respaldada majoritariamente na necessidade de demonstração de culpa do empregador ou tomador para que se reconheça o dever de indenizar:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. A empresa terceirizada e a tomadora de serviços devem responder solidariamente pelos danos sofridos pelo empregado decorrente do acidente do trabalho quando *comprovada a negligência e culpa in vigilando na fiscalização dos serviços contratados*.(RR 250700-86.2005.5.02.0471, 7.^a Turma, Rel. Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, j. 03.03.2010, DJ 05.03.2010)

Apesar de o instituto da culpa sempre ter sido um dos pilares da responsabilidade civil, a evolução da responsabilidade objetiva¹² modificou radicalmente esse sistema. Levando em consideração esse enfraquecimento, o nexo de causalidade figura, muitas vezes, como único caminho passível de isenção da responsabilização do tomador. Entre as diversas teorias da causalidade,¹³ o ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à responsabilidade civil, se ateve à teoria da causalidade direta ou imediata.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5, p. 391.

¹² O Código Civil de 2002 converteu várias hipóteses antes tratadas como culpa presumida em responsabilidade objetiva. É o caso da responsabilidade por fato de terceiro, no tocante aos pais pelos atos dos filhos menores (artigo 932, I), tutores e curadores por pupilos e curatelados (artigo 932, II) e a responsabilidade por fatos de animais (artigo 932).

¹³ O debate acadêmico em torno das diversas teorias da causalidade é intenso e ainda não há consenso. Ainda que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 130.764-1/PR, em 1992, tenha adotado expressamente a teoria da causalidade direta e imediata, isso não impediu o surgimento de decisões com entendimento diverso, pautadas em outras teorias, entre as quais a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade eficiente.

Essa teoria considera que o nexo causal está atrelado unicamente ao evento que contribui diretamente para a ocorrência do dano, ou seja, restringe-se aos acontecimentos mais próximos da origem do prejuízo.

Um dos institutos que representa essa teoria no ordenamento jurídico brasileiro é o artigo 403 do Código Civil, que expressamente delimita que:

Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Apesar de delimitação expressa nesse sentido, a teoria da causalidade direta ou imediata foi considerada demasiadamente restritiva e acabou gerando graves injustiças na jurisprudência. Essa restrição era sentida, geralmente, em casos em que havia o pedido de ressarcimento por dano indireto, como bem elucidada o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

A circunstância de que uma pessoa que conduz um veículo sem ter habilitação legal não é, por esta só razão, necessariamente responsável pelo acidente que causa, uma vez que pode haver a interposição de outras causas que eliminam o caráter de necessidade entre essa falta e o dano. Outra hipótese: o motorista que feriu o transeunte não é responsável pela morte deste, se esta morte resulta de ato culposo do médico assistente.¹⁴

Diante disso, criou-se uma ramificação da teoria da causalidade direta ou imediata, denominada subteoria da necessidade da causa, segundo a qual o dever de reparar surge quando o evento danoso for efeito necessário de certa causa.¹⁵ Desse modo, os danos indiretos devem ser ressarcidos desde que sejam consequência necessária do ato causador do dano.

Portanto, o nexo de causalidade só pode ser imputado aos acidentes que ocorrem em virtude do trabalho ou por ocasião do trabalho, devendo ser auferida a existência ou não de ligação direta entre as atividades prestadas e o dano. Verificados esses requisitos, aplica-se ao tomador o dever de indenizar, se constatado que agiu com culpa. Desse modo, incumbe-se ao tomador comprovar eventual inexistência de nexo causal (doença não foi originada da atividade laboral, mas de atividade externa) ou

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 79.

¹⁵ Anderson Schreiber elucidada esse ponto: “Desenvolveu-se, deste modo, no âmbito da própria teoria da causalidade direta e imediata, a chamada subteoria da necessidade causal, que entende as expressões dano direto e dano imediato de forma substancial, como reveladoras de um liame de necessidade – e não de simples proximidade – entre a causa e o efeito” (*Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 62).

excludente denexo causal (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, entre outros).

A digressão entre a responsabilidade subjetiva e objetiva e o limite cabível aonexo causal são conceitos indispensáveis ao presente trabalho, uma vez que é preciso perquirir de quem é o dever de indenizar em uma relação envolvendo terceirização.

2.2 Responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho

A legislação define acidente de trabalho como “o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho” (artigo 19 da Lei 8.213/1991).

A responsabilidade civil na seara trabalhista impõe ao empregador a obrigação de prezar pela segurança daqueles que compõem a sua força de trabalho. O dever de indenizar surge quando há o descumprimento de um dever, inserido no contrato de trabalho, que acarrete dano moral ou patrimonial à parte lesada.

Por via de regra, para imputar ao tomador o dever de indenizar, será necessária a comprovação de certos requisitos, entre eles a existência de: (i) dano; (ii) ação ou omissão do causador; (iii)nexo de causalidade; e (iv) culpa ou dolo do agente. O artigo 7.º, XXVIII, da Constituição Federal expressamente prevê prova inconteste de culpa ou dolo do empregador para imputação de responsabilidade perante acidentes de trabalho,¹⁶ o que, em princípio, afastaria a teoria da responsabilidade objetiva.

Entretanto, tendo em vista a teoria do risco supracitada, foi aceita a responsabilidade civil objetiva em casos envolvendo atividades de risco. A Constituição abraça esse entendimento ao incluir o local de trabalho no conceito de meio ambiente (artigo 200, VIII) e, de certa forma, permitir a interpretação de que os danos causados pelo empregador ao ambiente de trabalho, por ação ou omissão, devem ser indenizados independentemente de culpa (artigo 225, § 3.º). Ademais,

¹⁶ “Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio adotou, como regra, a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador por danos causados ao empregado (CF, art. 7.º, XXVIII, da Carta Magna), decorrentes de acidente do trabalho, fundada essencialmente na teoria da culpa. Contudo, não se cuidando de hipótese de responsabilização objetiva do empregador (art. 927, parágrafo único, do CCB), a reparação perseguida pressupõe o concurso dos seguintes requisitos: ação ou omissão do empregador, culpa ou dolo do agente, dano e relação de causalidade” (TST, 7.ª Turma, RR 947-18.2011.5.05.0612, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, j. 13.05.2015, fls. 6).

estipula uma orientação genérica no sentido de que a ordem econômica teria a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, estabelecendo como princípio a defesa do meio ambiente (artigo 170, VI).

A referida teoria do risco proveito, defendida por Maria Helena Diniz, segue esse entendimento ao estabelecer que aquele que extrai proveitos de certa atividade deve responder pelos riscos que ela produz. Em síntese:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros.¹⁷

Portanto, para averiguar a responsabilidade do tomador por acidente de trabalho, será preciso examinar, primeiramente, a responsabilidade do empregador perante o dano incorrido pelo empregado e verificar qual a proteção devida ao empregado, tendo em vista a teoria do risco.

Partindo da constatação de que a responsabilidade civil do empregador pode ser subjetiva, de quem seria o ônus da prova?

Apesar de o direito brasileiro ter adotado a teoria da repartição do ônus da prova, o Direito do Trabalho, tendo em vista a sua essência protecionista, adotou a teoria da carga dinâmica da prova, entendendo que a prova deve ser produzida por quem tem melhores condições de fazê-lo, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. Isso foi pensado levando em consideração que tanto o empregador quanto o tomador possuem, geralmente, acesso privilegiado às provas, principalmente a documental. Logo, caberá ao juiz a tarefa de distribuir a produção das provas àquele que possui mais meios para produzi-las.

Esse entendimento é embasado no artigo 818 da CLT que possibilita a inversão do ônus da prova, quando existir “fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante”.

Trazendo a análise para o plano fático, o Acórdão do Recurso de Revista 947-18.2011.5.05.0612, cujo relator é o Ministro Douglas Alencar Rodrigues, elucida bem a questão da responsabilidade subjetiva do empregador em casos de acidente de

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48.

trabalho. No presente acórdão, o acidente ocorreu “durante o intervalo quando o colega do autor resolveu fazer café numa lata e, para acender o fogo, jogou dois litros de álcool que incendiou o local, provocando queimaduras no reclamante que estava próximo acendendo o seu cigarro” (fls. 3). O entendimento firmado foi de que, embora se tratasse de acidente de trabalho para fins previdenciários, tendo em vista que aconteceu dentro do local de trabalho e durante o intervalo intrajornada (§ 1.º, artigo 21 da Lei 8.213/1991), não haveria como responsabilizar o empregador, pois não há como firmar o nexo de causalidade entre ele e o acidente de trabalho. Isso porque se trata de um prejuízo causado por terceiro, em que não há participação direta do empregador ou do exercício da atividade laboral para a ocorrência do evento, logo não há imputação de ação ou omissão do empregador, requisito imprescindível para se imputar a responsabilização subjetiva ao empregador.

Por sua vez, os Embargos Declaratórios em Recurso de Revista 17300-43.2007.5.01.0012, cuja relatora é a Ministra Dora Maria da Costa, condenaram o reclamado ao pagamento de danos morais a empregado acometido por Lesões por Esforços Repetitivos/Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (LER/DORT), por considerar que a atividade exercida tinha caráter de risco, imputando assim a responsabilidade objetiva. O critério utilizado foi a frequência com que os bancários são acometidos pela doença, o que suscitou na vinculação da atividade do trabalhador bancário à atividade de risco acentuado. Diante disso, verificado o nexo causal, ou seja, que o dano foi derivado das atividades laborais – dano potencialmente esperado –, foram aplicadas a teoria do risco e, conseqüentemente, a responsabilidade objetiva.

A turma fundamentou a decisão com base no entendimento de que os imperativos constitucionais devem ser interpretados de forma sistêmica com os demais fundamentos, entre eles a dignidade da pessoa humana. Dessarte, a adoção, pela empresa, de medidas ergonômicas e educativas, visando à prevenção e conscientização da doença, não foi considerada para fins de isenção de culpa, tendo em vista o reconhecimento da responsabilidade objetiva. Sua responsabilização somente seria ilidida caso comprovasse a falta de nexo causal entre a doença e as atividades da empresa.

O enquadramento da atividade bancária como atividade de risco se deu em razão da frequência com que os bancários são acometidos pela doença, pautada por

precedentes do próprio TST¹⁸, de modo que o nexos causal foi presumido pela simples vinculação entre a doença e os bancários e embasado unicamente na experiência de julgados anteriores, e não em relatórios médicos.¹⁹

Das referidas análises se extrai a relativização dos institutos da culpa e do nexos causal quando inseridos dentro do âmbito do Direito do Trabalho, tendo em vista a caracterização do trabalhador como parte hipossuficiente da relação. Tratando-se de uma relação envolvendo terceirização, essa relativização permanece, porém sairemos da seara da responsabilidade objetiva/subjetiva para abranger também a responsabilidade solidária/subsidiária mais adiante.

3. O QUE MUDOU COM AS LEIS 13.429/2017 E 13.467/2017

A proposta deste capítulo é esclarecer a natureza das mudanças trazidas pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 no tocante à terceirização e como elas se relacionam com o ordenamento jurídico vigente.

A Lei 13.429/2017 trata da terceirização e do trabalho temporário e já tramitava no Congresso Nacional desde 1998, mediante Projeto de Lei (PL) 4.302, sendo aprovada pela Câmara dos Deputados em março de 2017. Já a Lei 13.467/2017 foi apresentada em 2016, mediante o PL 6.787, cuja justificativa era a necessidade de atualização da Lei 6.019/1974.

Uma das principais mudanças trazidas pelas referidas Leis engloba a possibilidade de terceirização de quaisquer atividades das empresas, inclusive a atividade-fim. Primeiramente, a Lei 13.429/2017 possibilitou a terceirização de serviços determinados e específicos. Quatro meses depois, a Lei 13.467/2017 ampliou a definição para fazer constar que se considera terceirização de serviços a transferência da execução de quaisquer das atividades da contratante para uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (artigos 4.º-A e 5.º-A). Por conseguinte, resta

¹⁸ TST, 3.ª Turma, RR 19000-14.2008.5.12.0012, Rel. Mauricio Godinho Delgado, j. 23.05.2012; TST, 7.ª Turma, E-ED-RR 9951600-43.2006.5.09.0664, Rel. Horácio Senna Pires, j. 10.02.2011; TST, RR 62500-13.2006.5.18.0052, Rel. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, j. 02.04.2009.

¹⁹ “O embargante [...] alega, ainda, que inexistente um dano potencialmente esperado na atividade bancária, a ponto de atrelar toda e qualquer doença osteomolecular ao exercício das atividades desenvolvidas em instituições bancárias, não podendo prevalecer o entendimento de que a atividade do trabalhador bancário é atividade de risco, pautado em dados estatísticos de reclamações movidas como suporte na alegação de que a LER/DOR é doença profissional” (fls. 1).

pacificada a licitude da terceirização da atividade-fim, se a empresa prestadora se tiver capacidade econômica compatível com a execução do serviço.

Outra mudança relevante engloba a proibição do desvio de função, sendo expressamente vedada “a utilização dos trabalhadores terceirizados em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato” (§ 1.º do artigo 5.º-A). Ficará a cargo da empresa contratante se abster de modificar as atividades previamente acordadas ou, caso deseje modificá-las, que se utilize de tratativas contratuais com a empresa prestadora de serviços.

O § 3.º do artigo 5.º-A institui outra mudança relevante que afetará diretamente a responsabilidade do tomador perante os acidentes de trabalho, qual seja garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em estabelecimento próprio ou em local previamente convenionado em contrato. Essa disposição pacifica a discussão acerca da responsabilidade do tomador perante os empregados da prestadora, restando expressa a responsabilidade da empresa prestadora de contratar, remunerar e dirigir o trabalho dos seus empregados, enquanto a empresa contratante permanece na obrigação de zelar pela segurança deles.

Apesar de essa disposição ampliar os direitos dos trabalhadores da prestadora e conferir maior segurança jurídica às empresas contratantes, as leis parecem considerar apenas a terceirização clássica e ignorar as demais formas, visto que nem sempre a empresa contratante possuirá os meios mais adequados de garantir a segurança dos trabalhadores. Ademais, na ocorrência de formas mais complexas de terceirização, como a terceirização em cadeia,²⁰ essa obrigação entra em uma zona cinzenta passível de muita discussão, tendo em vista que cada empresa prestadora teria, seguindo a tese do § 3.º do artigo 5.º-A, a responsabilidade perante a sua própria contratada, e assim por diante. Entretanto, parte da jurisprudência²¹ entende que o tomador e a empresa prestadora de serviços devem responder solidariamente perante danos decorrentes de

²⁰ A Lei 13.429/2017 expressamente autoriza a subcontratação de empresas para realizar os serviços inicialmente incumbidos à empresa prestadora (§ 1.º do art. 4.º-A). Portanto, fica a critério da empresa prestadora de serviços contratar, remunerar e dirigir o trabalho realizado por seus trabalhadores, podendo ainda subcontratar outras empresas para realização desses serviços. Essa viabilidade de subcontratação possibilita a terceirização em cadeia, modalidade já praticada pelos contratantes e inserida na jurisprudência, ainda carente de regulamentação.

²¹ Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Terceirização. Solidariedade. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos artigos 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego) (TRT-1.ª Região, 9.ª Turma, RO 00235004420085010008/RJ, Rel. Claudia de Souza Gomes Freire, j. 25.02.2014).

acidente de trabalho. Portanto, fica difícil prever como essas questões serão pacificadas, ainda mais se considerarmos que não há nada nas leis sobre a ciência do contratante principal diante das subcontratações, tornando praticamente impossível para a empresa tomadora de serviços fiscalizar todos os elos da sua cadeia produtiva.

Outra mudança trazida pelas leis refere-se à capacidade econômica para desenvolver os serviços contratados, de modo que foram estipulados parâmetros aceitáveis de capital social, levando em conta o número de empregados (artigo 4.º-B, III).²² Essa colocação conversa com o artigo 4.º-A e possui viés preventivo, na medida em que evita a criação de empresas sem patrimônio para responder pelos direitos trabalhistas de seus empregados, como ocorria com empresas prestadoras de fachada ou com os inúmeros aliciadores de mão de obra, popularmente chamadas de “gatos”, que serviam unicamente para fraudar o contrato laboral e retardar o andamento das audiências trabalhistas. Passa a ser considerada terceirização ilegal, por força de lei, a prestação de serviços por empresas sem capacidade econômica compatível com a sua execução.

Nesse sentido, a Lei 13.467/2017 também inova em relação às garantias dos empregados da prestadora que prestam serviços nas dependências da tomadora, de modo que lhes são asseguradas as mesmas condições dadas aos empregados efetivos da contratante no que diz respeito à alimentação, transporte, atendimento médico e ambulatorial e treinamento adequado (artigo 4.º-C, I e II). Ou seja, a Lei defende um tratamento isonômico para todos os colaboradores da empresa, tendo ou não vínculo empregatício.

4. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DO SERVIÇO

²² “Art. 4.º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:
I – prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);
II – registro na Junta Comercial;
III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:
a) empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
b) empresas com mais de dez e até vinte empregados – capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados – capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados – capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e
e) empresas com mais de cem empregados – capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).”

Este capítulo discorrerá acerca da responsabilidade do tomador do serviço, tendo em vista as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017. O enfoque será dado aos casos envolvendo formas complexas de terceirização e excludentes de responsabilização, observando o limite entre o que a nova legislação e a jurisprudência estipulam.

4.1 Características da responsabilidade do tomador

A responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços em relação às obrigações trabalhistas dos empregados da prestadora já está pacificada na jurisprudência e na legislação. A questão pendente remete à responsabilidade civil por acidentes de trabalho: quem deve ser responsabilizado e como deve ocorrer essa responsabilização?

Primeiramente, está harmonizado na jurisprudência o dever de reparação da empresa contratante, quando figurar como responsável pelos danos sofridos pela vítima acidentada, advindo do artigo 5.º-A, § 3.º, da Lei 13.429/2017 e do artigo 927 do Código Civil. O debate tem início nas zonas cinzentas, tendo em vista o tipo de responsabilidade (subsidiária, solidária, subjetiva ou objetiva) e as situações em que o tomador não tem relação causal direta com o dano, sucedendo em culpa exclusiva da prestadora dos serviços ou da própria vítima.

No tocante à objetividade ou subjetividade da responsabilidade, uma parte da doutrina considera a regra geral presente no artigo 7.º, XXVIII, da Constituição Federal, que estipula a responsabilidade subjetiva, dependendo da demonstração do elemento culposo por parte do autor do dano para gerar a responsabilização do agente. Esse elemento culposo se trata da modalidade da culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

A culpa *in eligendo* corresponde àquela que incide sobre o indivíduo que outorgou poderes a terceiro, ou é responsável pelas atitudes de terceiro. Deriva da responsabilidade pela escolha de uma empresa prestadora ruim, de modo que à empresa contratante é atribuída a obrigação de atuar com diligência na contratação de terceiros, sempre se atendo à idoneidade destes. Orlando Gomes ensina que a culpa *in eligendo* é aquela verificada no momento da escolha concretizada:

[...] quando a responsabilidade é atribuída a quem escolheu mal – *male electio* – aquele que praticou o ato. Certas pessoas estão subordinadas a outras por uma relação jurídica que lhes confere um poder de ação, do qual pode advir dano a terceiro. Tais pessoas devem ser bem escolhidas, já que, por seus atos, responde quem as

escolheu. É, portanto, a responsabilidade que temos pelos atos de sujeito que, de alguma forma, devemos guardar.²³

A culpa *in vigilando* deriva da obrigação de fiscalização da conduta de outrem e, diante da falta desse dever, incorre em responsabilização perante os danos oriundos dela. No contexto das relações no âmbito da terceirização, corresponde à falta do dever de vigilância perante a conduta da empresa prestadora, de modo que a empresa contratante tem o dever de fiscalizar a execução do contrato firmado, garantindo as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores.

Dessarte, enquanto a culpa *in eligendo* se verifica no momento da contratação, a culpa *in vigilando* ocorre na execução do contrato.

No entanto, há entendimentos no sentido de imputação da responsabilidade objetiva, independentemente de a atividade ser de risco, tendo em vista a tese da imputação da responsabilidade do comitente por ato de terceiro.

Outro argumento utilizado para imputar a responsabilidade objetiva em face da empresa contratante é baseado na referida teoria do risco criado, que pressupõe que qualquer atividade, econômica ou não, é criadora de risco, devendo aquele que desenvolve determinada atividade assumir os riscos dela derivados.

Contudo, levando em consideração que a teoria do risco criado não é predominante, é interessante atentar para quais casos a empresa contratante é responsabilizada pela atividade de risco. A doutrina e a jurisprudência ainda não são assentes sobre esse tema, portanto é pertinente demonstrar os principais argumentos utilizados.

Para parte da doutrina,²⁴ a análise de risco deve estar ligada às atividades do trabalhador, independentemente das demais atividades desempenhadas pela empresa contratante ou contratada. Nesse caso, infere-se a responsabilidade objetiva a ambas as empresas, ainda que o risco se refira à atividade de uma ou de outra.

Para outra vertente,²⁵ a responsabilidade objetiva só pode ser imputada em situações em que a atividade de risco é desenvolvida pela própria tomadora. Ou seja, se a empresa contratante lida com o risco das suas próprias funções, faz sentido imputar a ela a responsabilidade objetiva. Se, porém, se tratar de risco inerente às funções da empresa contratada, como é o caso de empresa especializada em vigilantes

²³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 327.

²⁴ LACERDA, Eleonora Alves; SILVA, Germano Campos. Acidente do trabalho na terceirização e a responsabilidade do tomador dos serviços. *Revista LTr*, São Paulo: Ed. LTr, ano 77, n. 2. fev. 2013.

²⁵ GIRAUDEAU, Michel Olivier. *A terceirização no direito do trabalho e a responsabilidade do tomador de serviços*. 2009. Dissertação (Mestrado) – PUC, São Paulo.

e segurança patrimonial, ainda que o acidente ocorra nas dependências físicas da tomadora, não deveria incidir a responsabilidade objetiva.

É evidente que tanto a doutrina quanto a jurisprudência são particularmente destoantes quanto aos tipos de responsabilidade imputáveis ao tomador em situações envolvendo danos acidentários, por isso cabe uma análise de todo o ordenamento jurídico para que possamos chegar a uma conclusão.

No tocante à subsidiariedade e à solidariedade, parte da doutrina entende que os acidentes de trabalho constituem responsabilidade subsidiária à tomadora, tendo em vista a Súmula 331, IV, do TST, que institui a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. O entendimento é pautado na suposta paridade entre a responsabilidade civil e trabalhista, de modo que a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas alcançaria também eventuais indenizações decorrentes de acidente do trabalho. O Tribunal Regional do Trabalho (TRT) do Rio Grande do Sul já expediu decisão nesse sentido:

Acidente do trabalho. Indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade subsidiária. Responde de forma subsidiária o tomador dos serviços por indenização relativa a danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho sofrido por empregado do prestador de serviços nas dependências daquele (TRT-4 1017400-10.2009.5.04.0761, 4.^a Turma, Rel. João Pedro Silvestrin, j. 29.11.2012).

Essa tese se baseia na culpa da tomadora e no seu dever de zelar e fiscalizar o cumprimento das obrigações sociais e trabalhistas devidas pela empresa contratada. Logo, por ter escolhido empresa inidônea financeiramente para prestação de serviços essenciais ao empreendimento econômico que explora, torna-se subsidiariamente responsável pelo seu inadimplemento tanto na esfera trabalhista quanto civil:

Inexiste, pois, afronta aos dispositivos invocados no recurso, até porque não há reconhecimento de vínculo, mas, tão somente, a responsabilidade subsidiária da recorrente na forma da Súmula 331 do TST, *cujas responsabilidades alcança também eventuais indenizações decorrentes de acidente do trabalho (...)* (fls. 4).

Contudo, para outra parte da doutrina os danos oriundos do acidente de trabalho não possuem natureza trabalhista, portanto a responsabilidade subsidiária da Súmula 331 não poderia ser aplicada, pois não abrange os débitos civis e indenizatórios. Assim, tendo em vista a natureza civil do dano acidentário, dele decorreria a responsabilidade solidária baseada na culpa por ato ilícito, com fundamento na

responsabilidade civil pelo fato de outrem, prevista nos artigos 932, 933 e 942 do Código Civil.

A responsabilidade civil pelo fato de outrem teve uma evolução legislativa e jurisprudencial intrinsecamente ligada à responsabilidade objetiva, sendo, por vezes, uma derivada da outra. Ela surgiu com o intuito de acabar com certas injustiças que a responsabilidade por fato próprio, por si só, não abarcava. Essas situações envolviam, geralmente, a dificuldade de se estabelecer nexos causal e de obter ressarcimento do autor do dano, visto que muitas vezes o dano era causado por pessoa que não respondia pelos próprios atos (menor de idade) ou mesmo por preposto no exercício de sua função. Vai contra a tríplice da responsabilidade civil subjetiva clássica, que orbitava em torno da culpa, do nexo causal e do dano, para adaptar às exigências da evolução industrial e tecnológica, abandonando a subordinação a fatores morais e subjetivos para se basear em fato alheio. Portanto, para constituir responsabilidade civil por fato de outrem, deve existir uma relação jurídica entre a pessoa responsável e aquele que praticou o ato danoso e será esse vínculo que imputará responsabilidade a outrem, ainda que não tenha concorrido para o efeito danoso. Desse modo, para parte da doutrina, em decorrência da relação contratual presente na terceirização, a responsabilidade da empresa contratante decorreria de ato de outrem, que contratou empregados e os disponibilizou a seu favor.

No entanto, as modalidades possíveis de responsabilidade por fato de outrem estão dispostas no artigo 932. O inciso III do referido artigo especifica que a responsabilidade por ato de terceiro é imputada apenas ao “empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. O conceito de comitente indica “aquele que incube alguém de executar certos atos em seu nome e sob sua direção e responsabilidade”.²⁶ Nesse sentido, equipara-se o comitente à tomadora, pressupondo que existe subordinação entre o contratante e a empresa contratada.²⁷ O TST já expediu entendimento nesse sentido:

²⁶ COELHO NETO, Ubirajara. *Temas de direito previdenciário e de direito do trabalho*. Aracaju: Edição do Autor, 2012. p. 190.

²⁷ MELO, Raimundo Simão. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do novo Código Civil. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/85225826_A_NECESSARIA_REVISAO_DA_SUMULA_331_DO_TST_DIANTE_DO_NOVO_CODIGO_CIVIL.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

Danos materiais, morais e estéticos. Indenização. Acidente de trabalho. Atividade de risco. Terceirização de serviços. Responsabilidade objetiva e solidária do empregador e do tomador. Artigos 932, III, 933 e 942 do Código Civil. Incidência. Súmula 331, IV, do C. TST. Inaplicabilidade. Tratando-se de acidente de trabalho, ocorrido durante o exercício de atividade de risco, *a responsabilidade do tomador de serviços pelos danos dele decorrentes, além de objetiva (tal como a do empregador), é solidária, por expressa determinação legal (artigos 932, III, 933 e 942 do Código Civil). Nesse caso, não há de se falar incidência do item IV da Súmula 331 do c. TST (que prevê a responsabilidade subsidiária), uma vez que a hipótese não é de inadimplemento de obrigações trabalhistas, mas sim de responsabilidade fundada na Teoria do Risco Criado* (TRT, 2.^a Turma, PR 4156-2009-18-9-0-5, Rel. Ana Carolina Zaina, j. 24.05.2011).

Nesse sentido, o artigo 942 estabeleceu a solidariedade na reparação dos danos das pessoas designadas no artigo 932, valendo tal preceito para o acidente ocorrido por culpa ou dolo do empregador ou diante de situações envolvendo atividades de risco.

Ocorre que parte da doutrina discorda da ampliação do conceito de comitente para englobar a terceirização, pois, em tese, a terceirização não se iguala à preposição, visto que a empresa contratada escolhe os próprios empregados e os dispõem às contratantes, segundo discernimento de sua própria conveniência. Entendemos que essa assertiva está correta, na medida em que há completa autonomia da empresa prestadora quanto aos contratos laborais com seus empregados. Diante disso, seria inviável entender essa relação como de comando. Existe, na verdade, uma relação comercial de prestação de serviços,²⁸ de modo que a contratada pode dispor de seus empregados da maneira que lhe convém, inclusive possibilitando ao mesmo empregado a prestação de serviços em empresas diferentes.

Corroborando esse entendimento, o TRT do Paraná já proferiu decisão no sentido de imputar responsabilidade direta à empresa prestadora de serviços, pautada no inciso III do artigo 932, por julgar que este versa unicamente sobre a subordinação presente na relação de emprego (e não na contratação de serviços):

Até mesmo porque referido verbete transcende dos limites constantes dos dispositivos legais por ele invocados, uma vez que os *artigos 932, III, 933 e 942, parágrafo único, todos do CCB, tratam da responsabilidade do efetivo empregador e não do tomador de serviços*. Aliás, o raciocínio nem poderia ser diverso, pois é a própria Constituição Federal, em artigo 7.^o, inciso XXVIII, que estatui ser do empregador a responsabilidade pela reparação do

²⁸ Entre os autores que defendem essa tese está Michel Olivier Giraudeau.

acidente de trabalho. [...] Dessarte, ainda que seja viável a responsabilização do tomador de serviços pela indenização decorrente de acidente de trabalho, no caso, como não houve pedido de reconhecimento de vínculo empregatício com aquele e tampouco se cogitou de fraude na intermediação, *esta somente poderia ocorrer em caráter subsidiário, de forma que o seu pressuposto primeiro era a condenação do devedor principal (empregador)* (TRT, 5.^a Turma, PR 99509-2006-001-09-00-2, Rel. Rubens Edgard Tiemann, j. 19.11.2009).

Diante do exposto, entendemos que o tomador não está inserido na classificação de comitente e não lhe pode ser imputada a responsabilidade solidária presente no parágrafo único do artigo 942, ainda que haja quem considere nesse sentido. Logo, tendo em vista que a solidariedade não pode ser presumida, deve decorrer da lei ou de dispositivo contratual, acreditamos que só caberia mediante aplicação do artigo 942, *caput*, e só deve ocorrer quando o tomador participar diretamente da ofensa do ato, ou seja, quando tiver possibilidade de prevenção do dano em igual medida ao empregador. A nosso ver, trata-se de uma assertiva fática que deve ser ponderada em cada caso, mas, no geral, o tomador terá meios equivalentes de fiscalização e prevenção de danos acidentários quando ocorrer a terceirização *interna*, tendo em vista que será possível garantir as medidas de segurança e a salubridade dos trabalhadores *dentro do seu próprio estabelecimento*.

Com o advento das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, que imputaram ao tomador o dever de garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos empregados da prestadora, ficou pacificada a problematização no tocante à natureza civil dos acidentes de trabalho. Entretanto, não há dispositivo expresso que trate da solidariedade ou subsidiariedade da tomadora de serviço.

É importante analisar essa disposição legislativa não apenas do âmbito do tomador, mas também do prestador, visto que entendemos que não há subordinação entre eles, mas uma relação comercial de prestação de serviços. Dito isso, as obrigações do tomador são no sentido de incorporar normas de segurança na execução dos serviços, fornecer equipamentos de segurança e ministrar treinamentos. Em contrapartida, fica a cargo da empresa prestadora o poder diretivo necessário à imposição de quaisquer penalidades em casos de descumprimento das medidas de segurança supracitadas.

Tendo em vista a impossibilidade de o tomador agir como superior hierárquico do empregado da prestadora, caberá à empresa contratada o exercício do poder disciplinar, próprio do empregador, utilizando-se da advertência, da

suspensão e da multa para fazer valer as medidas de segurança garantidas pelo tomador dos serviços. Compreendemos que essa disposição é viável quando pensada na ótica da terceirização interna, porém, quando expandimos o escopo para a terceirização externa e para a terceirização em cadeia, essa obrigação perante a segurança dos trabalhadores se torna mais complexa. Isso porque, quando a prestação dos serviços é feita em estabelecimento próprio da empresa prestadora, como nos casos envolvendo as centrais de atendimento, a empresa tomadora fica impossibilitada de instituir medidas de segurança, pautando-se unicamente no seu dever de vigilância em face da conduta da empresa prestadora durante a vigência do contrato.

Nesse sentido, o *caput* do artigo 4.º-C da Lei 13.467/2017 segue essa vertente ao assegurar tratamento isonômico para os empregados das prestadoras, ressalvados que os serviços sejam executados nas dependências da tomadora. Essa ressalva é pertinente, uma vez que imputar ao tomador a garantia de determinados direitos apenas para os empregados da prestadora que laboram para si, nas dependências desta, feriria a autonomia desta para gerenciar o seu próprio estabelecimento. Portanto, se a Lei é expressa em relação à garantia de determinados direitos aos empregados da prestadora, baseando-se no local da prestação do serviço, consideramos viável o entendimento de que a prestação dos serviços em estabelecimento alheio ao do tomador limita os meios de garantir a segurança dos trabalhadores.

Ainda assim, é cabível a responsabilização do tomador, uma vez que ele também é beneficiário do serviço prestado pela empresa contratada. No entanto, a nosso ver, instituir a responsabilidade solidária nos casos envolvendo terceirização externa é irrazoável, visto que as partes não possuem o mesmo grau de responsabilidade sobre o acidente. Isso porque a empresa contratante se vê carente de medidas propícias para garantir a segurança e a fiscalização do seu cumprimento, de modo que instituir responsabilidade igualmente a ambos seria privilegiar a empresa prestadora e penalizar de forma excessiva o tomador. O TRT do Paraná já expediu entendimento nesse sentido:

Acidente do trabalho *in itinere*. Omissão de socorro pelo empregador. Morte do trabalhador. Responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços. A tomadora dos serviços agiu com culpa *in eligendo e in vigilando*, visto que contratou motorista para o transporte de trabalhadores e de aves, sem tomar as cautelas devidas, tanto que o prestador deixou o local do acidente, sem ofertar qualquer socorro à vítima, porque apresentava

irregularidades em seu veículo. [...] Destaca-se que os serviços eram prestados em prol da tomadora e para atendimento de sua finalidade social. Condena-se a tomadora a responder subsidiariamente pelos créditos devidos à autora (TRT, 3.^a Turma, PR 99534-2005-071-09-00-6, Rel. Ana Carolina Zaina, j. 08.02.2011).

O entendimento foi pautado no fato de que a empresa prestadora de serviços de transporte se omitiu de prestar socorro, uma vez que tinha problemas com a regularização de seu veículo. A imputação da responsabilidade subsidiária fundamentou-se no fato de a empresa contratante ter se beneficiado diretamente da mão de obra prestada pela vítima e ter agido com culpa *in eligendo* e *in vigilando*, visto que contratou empresa prestadora de serviços para o transporte de trabalhadores e de aves sem tomar as cautelas devidas. No entanto, levando em conta que os serviços eram prestados fora do seu estabelecimento e que cabia ao empregador garantir meios de transporte confiáveis e seguros aos seus empregados, determinou-se que caberia a ele responder primeiro pelo dano causado.

O TRT do Rio Grande do Sul também expediu entendimento semelhante:

Alert Brasil Teleatendimento Ltda. Prestadora e Souza Cruz S.A. Tomadora. Responsabilidade subsidiária. Operadora de *telemarketing*. Bursite em ombro e cervicodorsalgia. Doenças ocupacionais. Trabalho como concausa. Ausência de prova da adoção de medidas para assegurar a higidez do ambiente laboral. Elementos de convicção que afastam as conclusões periciais. Art. 479 do CPC. 1. O fato da doença ser multifatorial ou de ordem genética e constitucional não obsta o reconhecimento do nexo de causalidade com o trabalho, se comprovado que a atividade laboral tenha contribuído para o desencadeamento ou agravamento do processo degenerativo, constituindo concausa para o agravo à saúde da vítima, na forma do disposto no art. 21, I, da Lei 8.213/91. 2. No caso concreto, não demonstrando as demandadas, por meio de provas hábeis (LTCAT, PPRA, PCMSO) a implementação de medidas capazes de elidir o surgimento das doenças apresentadas pela autora, conclui-se com segurança pela responsabilização da empregadora quanto ao agravo de saúde sofrido (TRT, 2.^a Turma, RS 0020654-91.2014.5.04.0030, Rel. Marcelo Jose Ferlin D'ambroso, j. 26.08.2016).

Nesse caso, o entendimento foi de que a tomadora não poderia se esquivar do ônus decorrente do inadimplemento das obrigações por parte da empresa de central de atendimentos contratada, porquanto manifestamente se beneficia da força de trabalho do empregado da prestadora. Considerando as novas disposições trazidas pelo § 3.^o do artigo 5.^o-A da Lei 13.439/17, seria competência da tomadora garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores. Entretanto, essa delimitação se

mostra irrazoável tendo em vista que os serviços são prestados nas dependências da empresa contratada. É inviável esperar que a tomadora institua programas no estabelecimento físico da contratada, visando atingir unicamente os trabalhadores que laboram em seu proveito. Instituir obrigações nesse sentido é assimilar níveis de responsabilidade iguais em situações completamente destoantes, onerando demasiadamente uma parte da relação e instituindo uma espécie de “responsabilidade objetiva”, tendo em vista a impossibilidade de o tomador agir com diligência e se isentar da culpa.

Portanto, com o intuito de evitar o aproveitamento indireto do prestador, entendemos acertada a decisão de que ele deve responder primeiro pelo dano causado. Nesse tocante, o tomador deve ser acionado no momento em que a empresa contratada se tornar inadimplente, tendo em vista que também era beneficiário dos serviços prestados e em decorrência da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, uma vez que escolheu uma empresa inidônea e se absteve de fiscalizar a prestação dos serviços de tempos em tempos.

Encontramos outros julgados igualmente interessantes envolvendo danos acidentários e terceirização em cadeia. O TRT do Rio de Janeiro expediu decisão condenando subsidiariamente as reclamadas por dano oriundo de acidente de trabalho em caso compreendendo a subcontratação dos serviços:

Conforme petição inicial, o Reclamante foi admitido pela 1.^a Reclamada, na função de entregador, em 27.10.2011, sendo dispensado sem justa causa em 30.10.2012; que, em função de acidente de trabalho, ficou afastado entre 04.11.2011 e 10.05.2012; que a 1.^a Reclamada prestava serviços para a 2.^a Reclamada e esta para a 3.^a Reclamada. Esta contratava os serviços da 2.^a Reclamada que, por sua vez, contratava os da 1.^a Reclamada (TRT, 6.^a Turma, RJ 0011892-04.2013.5.01.0225, Rel. Ângelo Galvão Zamorano, j. 31.07.2017, fls. 4).

Em uma das pontas da cadeia, a 3.^a reclamada se defende argumentando pela impossibilidade de o reclamante ter lhe prestado qualquer serviço, visto que não mantinha vínculo com a 1.^a reclamada e não guardava relação com o contrato firmado entre ela e a 2.^a reclamada. Restou comprovado que, com ou sem anuência, tanto a 3.^a quanto a 2.^a reclamadas se beneficiaram dos serviços prestados, tornando-se efetivamente tomadoras dos serviços. Tendo isso em vista, ficou qualificada a responsabilidade subsidiária, pautada no parágrafo único do artigo 8.^o da CLT e nos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil. Nesse tocante, a 3.^a reclamada só seria

responsabilizada pelo pagamento da indenização compensatória no caso de inadimplemento da 1.^a e da 2.^a reclamadas (fls. 3), ficando ressalvado o direito de a 2.^a e a 3.^a reclamadas exercerem reciprocamente direito de regresso.²⁹

Conforme supracitado, a terceirização em cadeia foi expressamente possibilitada pela Lei 13.429/2017. No entanto, a Lei foi omissa quanto à necessidade de anuência da contratante diante da subcontratação, de modo que situações semelhantes às do referido acórdão serão entendidas como lícitas e deverão ser solucionadas levando em consideração todo o ordenamento jurídico vigente. Reputamos, nesses casos, a utilização da responsabilidade subsidiária se torna uma decisão acertada, na medida em que, tendo se beneficiado economicamente do trabalho, as contratantes são responsáveis também pelo modo como os serviços são prestados ainda que, a nosso ver, em outra escala. Deve ser imputada a culpa *in eligendo* e *in vigilando* das tomadoras pautadas nos artigos 927 e 186 do Código Civil, pois, além de escolherem mal seus parceiros de negócios, toleraram o inadimplemento da contratada. Entretanto, tendo em vista que a 2.^a contratante (ou 3.^a reclamada) possui uma considerável limitação de meios, que afetam diretamente a efetividade da fiscalização/vigilância dos serviços prestados e a garantia das condições de segurança dos empregados da prestadora, ainda mais se considerarmos a inexistência de um dever de anuência da subcontratação, entendemos cabível a subsidiariedade, devendo ficar a 2.^a contratante resguardada ao benefício da ordem.

É interessante para o presente trabalho a análise de outra decisão do TRT do Rio de Janeiro, que também versa sobre terceirização em cadeia, mas com uma peculiaridade: a subcontratação ocorre dentro do estabelecimento da contratante final. Do relato do reclamante verifica-se que fora admitido pela 3.^a reclamada, com a qual estabeleceu vínculo empregatício, e subcontratado pela 2.^a reclamada, para prestar serviços em obra da 1.^a reclamada, na função de servente. Durante a prestação das

²⁹ Em que pesem a falta de pacificação na jurisprudência no tocante à terceirização e a caracterização da tomadora como comitente do prestador, existem alguns julgados no sentido contrário, entendendo pela responsabilização solidária dos envolvidos na terceirização em cadeia. Entre eles: “Verifica-se que mesmo no direito civil contemporaneamente não é necessário que o ilícito, a omissão ou a ação culposa seja praticado pelo réu indicado no polo passivo da demanda, sendo possível a condenação em caso de responsabilidade solidária (fls. 21). De outro lado, registra-se que o que se está discutindo nos autos não é a existência ou não de grupo econômico entre as reclamadas, não sendo este o fundamento para a responsabilização solidária das rés, mas sim o fato de terem todas se beneficiado economicamente do trabalho do autor e tendo concorrido para a ocorrência do dano, respondendo na forma do art. 942, caput e parágrafo único, do Código Civil. (fls. 23)” (TRT, 7.^a Turma, RJ 0103200-57.2007.5.01.0282, Rel. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, j. 30.07.2013).

atividades, uma laje desabou, resultando em diversos danos ao reclamante. A decisão da Corte foi no sentido de manter a responsabilidade solidária, tendo em vista que:

Neste contexto, deve ser aduzido que, de plano, resta comprovado o labor em obra de propriedade da Primeira Ré (Mobilítá) e, bem assim, configurada a culpa da Segunda Acionada (Marc) pelo simples fato de não haver providenciado a colocação de escoras de sustentação na laje sob a qual trabalhavam os obreiros, revelando, com isso, a inobservância do dever de cuidado e sua negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva dos trabalhadores (TRT, 9.^a Turma, RJ 0159700-81.2005.5.01.0002, Rel. Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues, j. 08.10.2013, fls. 3).

Tendo em vista que, no caso concreto, a 1.^a e a 2.^a reclamadas detinham meios eficientes de prevenção do dano e a 3.^a reclamada era a efetiva empregadora, consideramos acertada a decisão de imputar a responsabilidade solidária a todos os envolvidos. Isso porque, diferentemente da situação anterior, o empregado trabalhava nas dependências da 2.^a tomadora (ou 1.^a reclamada), de modo que ela detinha os meios necessários para zelar pela segurança dos trabalhadores, o que a tornou coautora do dano com os demais envolvidos. A responsabilidade solidária não se presume, decorre da lei ou do contrato, portanto cabe utilizar as disposições do artigo 942 que estabelece a responsabilidade solidária de todos os que concorrem para o ato ilícito. Nesse sentido, entendemos que as tomadoras e o empregador possuíam o mesmo grau de responsabilidade sobre o acidente, sendo iguais os deveres de cada um.

Concluída a análise sobre qual deve ser a responsabilidade do tomador nos diferentes tipos de terceirização, faz-se necessário adentrar nas causas de excludente da sua responsabilidade. É reconhecida na doutrina³⁰ a exclusão do dever de indenizar danos decorrentes de acidentes de trabalho que envolvam autolesão, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. O entendimento basilar, em todos esses casos, pauta-se na ausência do nexa causal e, conseqüentemente, na ausência de culpa do empregador e do tomador, uma vez que não há como antever, antecipar ou impedir determinados danos.

A jurisprudência não é assente nesse sentido, especialmente no tocante à culpa exclusiva da vítima, por entender que, muitas vezes, a parte hipossuficiente da relação tem que ser reparada de qualquer forma.

³⁰ MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2004. p. 330.

No tocante à autolesão, o trabalhador causa danos a si mesmo como meio de simular um acidente de trabalho e obter vantagem econômica com isso. Nesse caso, não se pode falar de acidente de trabalho, uma vez que houve dolo e má-fé por parte do empregado que se autolesionou. Diferentemente, acidente de trabalho deve ocorrer pelo exercício do trabalho, de forma aleatória, desencadeada pelas funções praticadas, e não pelo próprio empregado. Portanto, tanto o empregador quanto o tomador ficam isentos de responsabilização, caso seja cabalmente comprovado o dolo do empregado que se autolesionou.

Tratando-se de caso fortuito e força maior, inexistem dois dos fatores determinantes para atribuir responsabilidade civil: a culpa do empregador ou do tomador e o nexo causal entre o dano e a conduta culposa da empresa. Nesse caso, em razão da imprevisibilidade do evento, não haveria como imputar falta quanto ao dever de fiscalização ou quanto ao dever de manter um ambiente seguro de trabalho. Importante salientar que esse entendimento pode ser divergente na jurisprudência, caso seja verificada a possibilidade de previsibilidade da ocorrência do resultado, tendo em vista o tipo de atividade desempenhada. A 6.^a Turma do TST imputou responsabilidade solidária à empresa contratante e empresa prestadora, diante de acidente de trabalho que culminou na morte do empregado que estava em veículo de um amigo, a serviço do empregador, quando este capotou em decorrência do estouro do pneu. As instâncias inferiores haviam entendido que a culpa era de terceiro, além de a situação ter enquadramento de caso fortuito, o que excluiria o nexo causal e a conduta culposa. O TST, no entanto, entendeu que:

[...] Mesmo que a empregadora seja empresa construtora e não transportadora (fato incontroverso), e ainda que o acidente de trânsito não tenha ocorrido em veículo da reclamada, subsiste que, se o empregado tinha que necessariamente se deslocar em rodovia para cumprir ordem da empresa, é evidente que o risco de acidente de trânsito não era comum, mas acentuado e inerente ao próprio contrato de trabalho. [...] A hipótese não é de fortuito externo (fato imprevisível e inevitável sem nenhuma ligação com a empresa), mas, sim, de fortuito interno (fato imprevisível e inevitável que se relaciona diretamente com o risco a que é submetido o trabalhador por força do contrato de trabalho). A teoria da responsabilidade civil na hipótese de fortuito interno, comum no caso de empresa transportadora, pode e deve ser aplicada em outros setores empresariais (ED-RR 250-55.2013.5.14.0004, 6.^a Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, j. 14.09.2016, *DEJT* 16.09.2016, fls. 5 e 6).

Os ministros entenderam se tratar de “caso fortuito interno”, considerado como fato imprevisível e inevitável ligado à atividade do empregador, imputando, assim, a culpa presumida do empregador à responsabilidade solidária da empresa contratante. Não concordamos com esse entendimento, na medida em que houve uma ampliação da teoria da responsabilidade civil na hipótese de fortuito interno (comum no caso de empresa transportadora) para outros setores empresariais que não se relacionavam em nada com a atividade de transporte. Tendo em vista que a empregadora e a tomadora não prestam serviços de transporte, é irrazoável arguir que o estouro de um pneu seja um risco inerente à atividade.³¹ Ainda assim, compreendemos que era dever da empresa colocar à disposição do empregado veículo próprio para o cumprimento da atividade laboral e realizar as devidas manutenções, de modo a afastar esse tipo de risco. Ao possibilitar que o empregado utilizasse veículo de terceiro, a empresa incorreu em culpa, pois não haveria como saber se o dono do veículo fez as devidas manutenções, de modo que inviabilizou a incidência do caso fortuito. Assim, fica claro que, tratando-se de veículo não apto para estradas, o caso fortuito por estouro de pneu deverá ser afastado.

Portanto, entendemos que o caso fortuito ou força maior deve ser considerado uma excludente de responsabilidade quando decorrer da falta denexo causal, tendo em vista dano que escapa de qualquer controle ou diligência do empregador e do tomador.

A culpa exclusiva da vítima também sinaliza a ausência do dever de reparação, uma vez que o dano ocorreu exclusivamente como consequência da ação culposa do empregado da prestadora. Essa situação rompe o nexocausal entre a conduta do agente causador e o dano. Essa excludente muitas vezes é relativizada no âmbito do Direito do Trabalho, haja vista a caracterização do empregado como hipossuficiente. Assim, as obrigações da empresa contratante estão relacionadas às medidas preventivas de segurança, fornecimento de equipamentos e conscientização sobre como evitar acidentes, ficando a empresa prestadora incumbida de disciplinar os empregados recalcitrantes. Restando comprovado que os fatos não poderiam ser

³¹ Indenização por acidente de veículo. Estouro de pneu traseiro de veículo automotor com pouco uso. Dano causado à defesa metálica. Inexistência de culpa do motorista. Elementos indicativos de ocorrência de caso fortuito. [...] Não houve negligência, imprudência ou imperícia: simplesmente ocorreu um evento pouco provável – que não pode ser creditado à culpa do motorista (caso fortuito) (TRF, Turma Suplementar da Primeira Seção, 3-50747 SP 97.03.050747-6, Rel. Cesar Sabbag, j. 10.02.2010).

evitados ou controlados pelo tomador, inexistem culpa e nexo causal, elementos imprescindíveis para a caracterização da responsabilidade civil.

O TRT do Paraná já decidiu nesse sentido:

Acidente de trabalho. Culpa exclusiva da vítima caracterizada. Indenização indevida. Admitindo o reclamante na inicial que a atividade que causou o dano não se inseria em sua função e infirmado pela prova dos autos de que foi determinada pelo encarregado da tomadora dos serviços, tem-se que o evento decorreu de culpa exclusiva da vítima, desautorizando o deferimento de qualquer indenização. Recurso ordinário da reclamada ao qual se dá provimento no particular para o efeito de excluir tal condenação (TRT, 5.^a Turma, PR 99509-2006-001-09-00-2, Rel. Rubens Edgard Tiemann, j. 19.11.2009).

O entendimento pautou-se na inexistência de culpa da tomadora e no rompimento do nexos causal, uma vez que ficou comprovado que o reclamante estava agindo fora de suas atribuições, não havendo prova de que teria recebido qualquer ordem para executar a atividade que ocasionou o acidente. Ademais, a atividade não estava inserida nas suas funções, visto que era promotor de vendas e não repositor do depósito. Consideramos que, de fato, há ausência de culpa da tomadora, na medida em que é seu dever fornecer treinamentos e medidas de segurança, no limite da atividade prestada por cada empregado. Tendo em vista que o reclamante prestava serviços de vendedor, as suas tarefas deveriam se limitar a realizar visitas aos clientes e anotar os pedidos destes e repassá-los à empresa. Não cabia à tomadora fornecer aos vendedores treinamentos e medidas de segurança relacionados às atividades dos repositores de depósito, pois as atividades daqueles não deveriam envolver esse tipo de risco. Entender o contrário seria criar um nível de responsabilidade impossível de ser sanado, imputando aos tomadores culpa por danos que estão além da possibilidade de prevenção. Portanto, restando comprovado que o reclamante não estava seguindo ordens que o fizessem desviar da sua função, atraiu para si a responsabilidade pelo acidente, tendo colocado em risco a sua segurança por conta própria.

Dessarte, não cabe a responsabilização do tomador pelo dano acidentário que decorre exclusivamente de ação culposa da vítima, pois há o rompimento do nexos de causalidade entre o dano e a culpa do tomador, sendo inviável que haja responsabilização diante de atuação do próprio vitimado, que, por escolha própria, decide se colocar em risco dentro do ambiente de trabalho.

CONCLUSÃO

Diante das jurisprudências e das doutrinas analisadas, verifica-se que não existe posição assente sobre a responsabilização do tomador dos serviços envolvendo acidente de trabalho.

Com a devida vênia dos posicionamentos em sentido contrário, conclui-se que, tratando-se de danos acidentários, o tomador dos serviços só deverá responder de forma solidária quando participar diretamente da ofensa do ato, conforme aplicação do *caput* do artigo 942 do Código Civil, ou seja, quando tiver possibilidade de controle e prevenção do dano em igual medida ao empregador.

Entendemos que, cuidando-se de terceirização externa, o tomador deve responder subsidiariamente pelos danos acidentários, uma vez que não possui possibilidade de prevenção do dano em igual medida ao empregador. Concluímos, então, haver diferentes graus de culpabilidade dos sujeitos: o da empresa contratada, responsável primordial pela proteção do seu trabalhador, possuindo meios efetivos para isso, e o da empresa contratante, cujo dever primordial de garantir a segurança dos trabalhadores não é passível de ser cumprido diante da impossibilidade de atuar dentro das dependências físicas da prestadora de serviço.

A possibilidade de o tomador responder subsidiariamente pelo acidente de trabalho advém da dedução de que a terceirização não deve ser igualada à preposição, visto que não há relação de subordinação entre as empresas, mas uma relação comercial de prestação de serviços. Logo, não entendemos cabível a imputação da responsabilidade solidária irrestrita entre comitente e preposto, pautada no parágrafo único do artigo 942.

Nesse contexto, o tomador deve ser responsabilizado, ainda que subsidiariamente, conquanto extraí proveitos da atividade, devendo responder pelos riscos que ela produz. Assim sendo, não é possível permitir a busca desenfreada do lucro pelas empresas; é preciso criar instrumentos capazes de equilibrar capital e trabalho, sempre levando em consideração a dignidade do trabalhador e o valor social do trabalho.

Ainda assim, grande parte da doutrina e da jurisprudência está pacificada no sentido de excluir o tomador do dever de indenizar danos acidentários que envolvam autolesão, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Concordamos com essa determinação, porquanto essas situações escapam de qualquer tentativa de controle ou diligência do tomador, o que quebra a vinculação do nexu causal entre a

conduta culposa e o dano. Ademais, tratando-se de indenização por autolesão ou por culpa exclusiva da vítima, é certo que ensejaria incentivos perversos e comportamento danoso dentro do ambiente laboral, o que deve ser evitado a todo custo.

REFERÊNCIAS

- CAPPELLARI, Álisson dos Santos; GARCIA, Antônio Fernando Monteiro; SANT'ANNA, Marcelo Nicolaiewski. (Coord.). *Direito e mercado: temas de direito bancário penal e trabalhista*. Volume II. Editora Livraria do Advogado, 2015.
- CARDONE, Marly A. CORRÊA VAS, Floriano da Silva. (Coord.). *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo: LTr, 1993.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. Método. Niteroi: Impetus, 2011.
- CATHARINO, Patrícia. *As instituições financeiras e a terceirização: a reestruturação dos bancos no Brasil e no mundo, como ela se relaciona com a terceirização como forma de gestão e suas implicações com o direito do trabalho*. São Paulo: TextoNovo, 2005.
- CAVALCANTE, Ophir Júnior. *A terceirização das relações laborais*. São Paulo: LTr, 1996.
- CHAMONE, Marcelo Azevedo. *Responsabilidade civil nas relações de emprego por acidente ou doença relacionados ao trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- COELHO NETO, Ubirajara. *Temas de direito previdenciário e de direito do trabalho*. Aracaju: Edição do Autor, 2012.
- DALLEGRAVE, José Affonso Neto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: LTr, 2005.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- _____. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.
- _____. *Direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERNANDES, Anníbal. *Os acidentes do trabalho: do sacrifício do trabalho a prevenção e a reparação*. São Paulo: LTr, 2003.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. *Terceirização*. Editora Juspodivim. 2017
- GIRAUDEAU, Michel Olivier. *A terceirização no direito do trabalho e a responsabilidade do tomador de serviços*. 2009. Dissertação (Mestrado) – PUC, São Paulo.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antônio (Coord.). *Responsabilidade civil nas relações de trabalho: reflexões atuais*. Colaboração de Almir Antonio Fabricio de Carvalho. São Paulo: LTr, 2015.

LACERDA, Eleonora Alves; SILVA, Germano Campos. Acidente do trabalho na terceirização e a responsabilidade do tomador dos serviços. *Revista LTr*, São Paulo: Ed. LTr, ano 77, n. 2. fev. 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Terceirização no Direito do Trabalho: Inteiramente revista à luz da Lei 13.429/2017*. 14 ed. Saraiva Jur. 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Terceirização no direito do trabalho: inteiramente revista à luz da Lei 13.429/2017*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

MATEUS, Homero Batista da Silva. *Curso de direito do trabalho aplicado: parte geral*. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Comentários à Reforma Trabalhista: análise da Lei 13.467/2017*. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2017.

MELO, Raimundo Simão. *A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/85225826_A_NECESSARIA_REVISAO_DA_SUMULA_331_DO_TST_DIANTE_DO_NOVO_CODIGO_CIVIL.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro. 8 ed. Editora Forense, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo Atlas, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANA, Renata Kabbach. *Terceirização: apontamentos sobre a responsabilidade civil do tomador de serviços em caso de acidente de trabalho*. Revista de Direito do Trabalho: RDT, São Paulo, v. 42, n. 170, p. 57-80, jul./ago. 2016.

VIANA, Márcio Túlio. *Para entender a terceirização*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2017.