

A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO TRABALHISTA E A FLEXIBILIZAÇÃO DISTÓPICA: QUANDO A TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE FIM NÃO É PERMITIDA, AINDA QUE HAJA UMA NORMA POSTA NESSE SENTIDO

*Fernanda Sucharski Matzenbacher**

1. Introdução. 2. A terceirização como relação trilateral, o contrato realidade e o empregador 3. Trabalhadores empresários/empreendedores. 4. Os elementos de empresa. 5. A atividade interpretativa da autoridade administrativa. 6. Conclusões. Bibliografia.

RESUMO

O presente estudo persegue o propósito de apresentar uma leitura da terceirização a partir de uma abordagem hermenêutica interdisciplinar do Direito como sistema. O fenômeno da terceirização será lido de forma a abordar diversas formas em que usualmente é compreendido, independentemente do juízo prévio sobre sua validade jurídica, já que é justamente sobre isso que se pretende versar. Para tanto, serão tratados os conceitos fundantes de empregado, empregador e empresa, a partir de uma abordagem que entrelaça o direito do trabalho e o direito

* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001) e mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2004). Atualmente é auditor fiscal do trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito.

empresarial e seus lastros constitucional e principiológico. O escopo principal é desnudar em que situações a terceirização não é possível por representar uma aporia que, não obstante, não se sustenta, pois fere a ordem historicamente construída do Direito, observado a partir de um viés constitucional e sistêmico. Deste modo, pretende-se iniciar um caminho para demonstrar em que situações uma norma que venha a autorizar a terceirização na atividade fim é capaz de se aplicar, face aos elementos que representam o lastro fundante de toda a estrutura do Direito do trabalho e relações interdisciplinares pertinentes.

Palavras chave: Flexibilização. Hipossuficiência. Princípios. Empresa. Sistema.

1. INTRODUÇÃO

Construído a partir do pressuposto da hipossuficiência, o Direito do Trabalho apresenta uma tensão constante entre o empregador, que pretende a desburocratização das relações de trabalho para adequação aos seus anseios e demandas, e aqueles que defendem a manutenção de garantias positivadas, em reflexo aos princípios de proteção ao trabalhador, entendendo que por ser hipossuficiente o empregado necessita de uma tutela especial.

Interferindo nessa tensão, há diversas variáveis para além das motivações próprias e finalísticas das partes em conflito. No caso do objeto do presente estudo especificamente, ao se destringir essas variáveis é possível a visualização de quais questões estão em jogo a depender da forma como a terceirização passa a ser autorizada pela lei. E mais do que isso, é possível a correta interpretação do alcance das normas flexibilizadoras, evitando o ocaso dos fundamentos do direito do trabalho e, em muitos casos, a destruição do próprio conceito de empresa. Não se trata, portanto, de aceitar que normas ordinárias isoladas de uma interpretação sistemática possam destruir o Direito do trabalho, mas de incluí-las no ordenamento e, portanto, dar a elas o alcance que o respeito à sua principiologia delineie.

Diretamente ao assunto, significa questionar como uma norma que autorize a contratação de empregados para a realização da atividade fim da empresa pode se incorporar ao ordenamento trabalhista de forma coerente. E nesse contexto, a recente publicação das leis 13.429/2017 e da Lei 13.467/2017.¹⁴³

Para abordar essa questão é necessário, antes de tudo, entender que o conceito de terceirização pode abranger uma série de situações muito diversas. São exemplos: uma empresa que contrata serviços efetivamente especializados de outra; uma empresa que contrata empregados de outra cujo objeto social é simplesmente a interposição de mão de obra; uma empresa que se dissocia em várias empresas para realização de seu objeto social; MEI, empresas individuais ou sociedades empresárias sem empregados que são contratados diretamente por tomadoras de serviço; dentre outros. Estas diversas situações apontam matizes de fenômenos sociais entendidos, por razão ou conveniência, como terceirização. A adequação do que juridicamente é autorizado como terceirização, contudo, é justamente o que se está a discutir. O estudo irá abranger, portanto, situações que, independentemente de estarem cobertas pela legalidade estrita, podem não estar dotadas de validade, ou ainda, terão sua validade dependente da sua interpretação conforme o sistema e os direitos fundamentais.

Como é possível verificar, há diferenças relevantes entre os exemplos apontados, a começar pela consideração de que nem sempre o que se chama de terceirização é um evento trilateral, podendo muitas vezes ocultar uma relação bilateral e empregatícia evidente. O fato é que o sistema jurídico não acoberta todas as hipóteses pretendidas pelos defensores incautos da terceirização irrestrita, seja porque incompatíveis com o próprio conceito de empresa, seja porque incompatíveis com os princípios que informam o Direito do trabalho e o Direito constitucional do trabalho.

Considera-se, assim, que tanto no Direito do trabalho quanto no Direito empresarial, há um núcleo duro que sustenta toda a ordem do sistema, os seus princípios unificadores de base constitucional, e que transcende a mera imposição de uma norma pelo argumento da autoridade. Não se consegue, diante disso, defender o entendimento de que bastaria publicar uma norma que determinasse que a terceirização na atividade fim fosse permitida de forma irrestrita para excepcionar a aplicação de toda a principiologia do Direito do trabalho e, por vezes,

do Direito em geral. De imediato, isso resultaria em transformar o princípio do contrato realidade, por exemplo, em uma mera aplicação residual de um Direito que se tornaria primeiramente contratual, de modo que somente nos casos em que não houvesse contrato de terceirização seria necessário observar se há os requisitos da relação de emprego relativamente ao real empregador.

Ironicamente, apesar de toda a principiologia específica que informa a hermenêutica no Direito e no Direito do trabalho em especial, é possível verificar certa incompreensão relativamente a esse entendimento. Essa incompreensão, deduz-se, é derivada, principalmente, de um equívoco no entendimento do princípio da legalidade. Ao descortinar esse equívoco, será possível entender como esse sistema e sua organização, antes de serem afetados pela norma distópica¹⁴⁴, acabam por dirigir sua interpretação.

Para desenvolvimento do raciocínio proposto, primeiramente serão avaliados os pressupostos concretos do sistema para, ao fim, fundamentar a questão hermenêutica acima apresentada. Serão abordados por um olhar sistêmico os pressupostos fundantes da relação entre empregado e empregador, especialmente visualizando as relações triangulares; a relação entre autonomia e as contratações de “trabalhadores empresários” e, ainda, a conceituação de empresa como elemento essencial para descortinar existência ou não do poder diretivo. Após, serão abordadas as implicações destes princípios em uma hermenêutica possível para a autoridade administrativa.

2. A TERCEIRIZAÇÃO COMO RELAÇÃO TRILATERAL, O CONTRATO REALIDADE E O EMPREGADOR

Para enquadrar juridicamente o fenômeno da terceirização, parte-se da Sumula 331 do TST, que sedimentou a ideia de que a interposição de mão de obra pode ser realizada apenas no caso do trabalho temporário e, fora deste, em atividades meio, a exemplo dos serviços de conservação e limpeza. Preliminarmente, contudo, é necessário determinar exatamente que situação modelo de terceirização, dentro dos exemplos possíveis que apontamos alhures, é abrangida pela Sumula 331. Essa, em seu inciso I, fala claramente em “contratação por empresa interposta”. Isso evidencia, por certo, uma

relação trilateral e por consequência, não focada nos casos em que há identificação entre o proprietário da empresa/empreendimento e o trabalhador que presta serviços, situação que será abordada posteriormente.

No caso das relações trilaterais, a construção jurisprudencial desenvolve-se a partir do entendimento de que o trabalho na atividade fim do empregador torna impossível a relação triangular. Neste sentido, a seguinte jurisprudência:

A atividade meio é aquela que auxilia a empresa a cumprir o seu objeto principal. A atividade fim é o objetivo principal da empresa. A atividade sem a qual a empresa não existe. A obrigação de não fazer diz respeito a impedir a reclamada de terceirizar seus serviços relativos à atividade fim, fato incontroverso. A terceirização é considerada uma ferramenta eficaz, num mundo globalizado, para se atingir o real objetivo da empresa, de incrementar o foco na gerência do produto final, deixando as atividades paralelas por conta de processos de terceirização. A jurisprudência desta c. Corte, ao pacificar o entendimento de ser ilícita a terceirização de atividade-fim, buscou exatamente não se afastar do aspecto social e econômico relativo a esse tipo de autorização, entendendo impossível a relação triangular quando o trabalho a ser efetuado pela prestadora de serviços está vinculado à atividade-fim da empresa. Isso porque a existência de uma atividade especializada é que norteia a própria existência da empresa prestadora de serviços, estando o trabalhador vinculado diretamente à empresa prestadora, nessa dita relação triangular, com o fim de proceder à prestação de serviços para a empresa tomadora.¹⁴⁵

Em consonância com este acórdão, observando-se diretamente os arestos que deram origem à Súmula 331, é possível verificar que o consenso de que nas atividades-meio é permitida a terceirização parte do entendimento de que nessas atividades é possível que os elementos da relação empregatícia com a tomadora não sejam configurados. Isso não significa que sempre seja assim, de modo que o item III do enunciado é taxativo ao afirmar que é permitida terceirização na atividade meio “desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”¹⁴⁶. Essa Súmula reflete claramente o entendimento de que o trabalho na atividade-fim do empreendimento configura, por pressuposto, os elementos da relação empregatícia. A base do

Enunciado consolidado, portanto, é a própria base principiológica do direito do trabalho: havendo os pressupostos da relação empregatícia, deve haver o vínculo com aquele a quem o empregado é subordinado.

Evidencia-se, assim, que a publicação da Sumula 331 resultou de uma construção hermenêutica a partir de uma análise sistêmica do ordenamento jurídico trabalhista, não consistindo em uma mera inovação jurídica por construção jurisprudencial. A Sumula, portanto, é uma clara aplicação do ordenamento jurídico e seus princípios basilares. Deste modo, qualquer lei que venha a tratar do assunto não pode ser interpretada sem considerar todo esse lastro do qual a Súmula 331 é um reconhecimento.

O Acórdão SDI nº 2333/93, base dessa Sumula, ao analisar a contratação de empresa interposta em um caso concreto assim conclui: “A contratação, remuneração e a direção dos trabalhos realizados pelos empregados é feita pelas empresas prestadoras de serviço sem nenhuma interferência ou ingerência da empresa tomadora de serviço.”¹⁴⁷ Aqui, a necessidade de ausência de subordinação à tomadora fica evidente. Da mesma forma, assim determina o Acórdão 1ª. T-2608/89:

Assim, há que se considerar o Enunciado 256 uma enumeração não taxativa, mas exemplificativa das hipóteses em que se admite a contratação de prestadora de serviços, **sem caracterização de relação direta trabalhador-empresa contratante**. [...] Existindo legalmente empresas prestadoras de serviço é ilegal que se lhes negue a qualificação de empregado-empresa, onde os serviços sejam continuamente prestados, a responsabilidade subsidiária pela satisfação dos direitos dos empregados nos parece mais exato, pois, **o que se visa no direito do trabalho é a proteção do trabalhador** e não a criação de uma entidade abstrata e tentacular que alcance, por abstração, todos os trabalhadores que, mesmo remotamente, a ela se vinculam” (*grifos nossos*)¹⁴⁸

A questão que se coloca, portanto, não é a do impedimento por si da terceirização, mas da proteção ao empregado, ao trabalhador faticamente hipossuficiente. Essa proteção é sedimentada justamente pelo princípio do contrato realidade no Direito do trabalho. De acordo com esse, o trabalhador hipossuficiente é definido através da configuração dos pressupostos da relação empregatícia na realidade.

Também é definido quem está no outro polo da relação, aquele que na realidade da prestação laboral detém o poder de empregador, cuja força precisa ser equilibrada pela legislação para garantir a isonomia na relação de trabalho.

A terceirização na atividade-meio, conforme a Súmula, é aquela em que na prática é possível, em alguns casos, a inexistência da relação de subordinação relativamente ao tomador de serviço. O entendimento jurisprudencial decidiu por pressuposto, como visto, que no caso da atividade fim isso não é possível. Esse juízo, contudo, é imperativo assim como o lastro principiológico que o fundou? Até que ponto uma lei que autorize terceirização na atividade-fim do empregador é possível sem romper esse lastro principiológico e em que casos?

O empregado, conforme determinação do artigo 3º da CLT é aquele que “presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”¹⁴⁹. O empregador, conforme artigo 2º da CLT é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”¹⁵⁰ Esses artigos representam o fundamento do princípio do contrato realidade. Considerado esse princípio, excepcionalmente a legislação autoriza, ainda que com o preenchimento desses requisitos, que certas situações não se enquadrem como vínculo de emprego. É o caso dos contratos de aprendizagem e de estágio, por exemplo.

Observe-se, contudo, que autorizar a terceirização não é o mesmo que regulamentar o estágio ou a aprendizagem, já que tais institutos são fundamentados em uma teleologia específica que permite seu delineamento preciso, não gerando desconstrução do próprio conceito de empregado e empregador. Nesses casos, o trabalhador deixa de ser empregado não porque faltam elementos para configuração do vínculo, mas porque acrescentam-se elementos desconfiguradores relevantes e nitidamente identificáveis.

Quando se trata da terceirização do ponto de vista da relação trilateral, a questão da intermediação de mão de obra, contudo, não diz respeito imediatamente à dúvida sobre condição de empregado, já que seja à tomadora, seja à intermediadora, o trabalhador está vinculado como tal. A hipossuficiência, diante disso, está caracterizada em qualquer caso. A questão está, portanto, em determinar a quem o

empregado está vinculado. Com efeito, cabe determinar se a empresa intermediadora pode sempre e em qualquer hipótese ser considerada empregadora, caso esteja balizada por uma norma que autorize a terceirização na atividade-fim.

Neste ponto é necessário frisar que, para respeitar toda a base principiológica do Direito do trabalho, não é possível desvincular o empregador da figura que, em relação a este hipossuficiente, impõe seu poder empregatício. Isso porque não basta um contrato para determinar que esse empregado não é hipossuficiente, tampouco basta um contrato para retirar ou deslocar a responsabilidade do outro polo da relação, o do poder do empregador, já que esses elementos constituem fatos inerentes à própria essência finalística do Direito do trabalho. Do contrário, chegar-se-ia ao absurdo de validar a contratação irregular rural através do *gato*.¹⁵¹

E porque não seria possível que um terceiro, contratado para realização da atividade fim da tomadora, fosse considerado empregador? Se ele fosse empresário devidamente inscrito, com quem o tomador tivesse uma relação contratual clara? Não poder-se-ia imaginar que a legislação entendeu ser possível essa transferência do lugar do empregador, garantindo a segurança do empregado através da responsabilidade subsidiária da tomadora e da exigência de capacidade econômica compatível, bem como da determinação de garantia pelo tomador da segurança do empregado terceirizado¹⁵²?

O direcionamento teleológico, principiológico e sistêmico para estruturação do ordenamento trabalhista parte da conceituação do empregador como aquele que efetivamente seja dotado do poder diretivo e do empregado como o trabalhador hipossuficiente. O conteúdo dos artigos 2º e 3º da CLT, destarte, mais do que meramente normas infraconstitucionais, reflete o lastro do Direito do trabalho, a materialização de uma estrutura fundada em princípios de conteúdo histórico, lógico, de ordem fundamental e constitucionalmente positivados.

O deslocamento irrestrito da responsabilidade do empregador para um terceiro permite a sua fragmentação desconectada da lógica do ordenamento e o conseqüente deslocamento de padrões sistêmicos de proteção. Observe-se, por exemplo, que a determinação do grau de risco da empresa é vinculada à atividade do empregador que, juntamente com a quantidade de empregados no estabelecimento,

evidencia um parâmetro de aferição da estrutura e complexidade das relações laborais servindo como base para diversas normas protetivas da segurança e saúde dos empregados. Da mesma forma, a classificação sindical da empresa decorre essencialmente da sua atividade preponderante, citando-se apenas dois exemplos. Seria possível adaptar algumas normas para adequar-se a esse entendimento da terceirização irrestrita, mas não seria possível fazê-lo preservando a proteção do sistema como um todo sem destruí-lo e construir um novo. É a partir desse aspecto que se pode vislumbrar que não é em qualquer circunstância que a atividade fim da empresa pode ser executada por outra. Deve haver uma finalidade própria e específica, que não permita o desvirtuamento ilimitado das proteções criadas pelo sistema tal como se estruturou.

Deve-se considerar, diante disso, a correlação hipossuficiência – subordinação – poder diretivo – responsabilidade – identificação do responsável - centralização de informações. Nesse aspecto, a empresa é o ponto de centralização e ela não pode ser desconectada do poder diretivo que exerce, dentro dessa cadeia lógica. Essa centralização ocorre de dois pontos de vista: por um lado, a centralização na empresa como foco direcional base para a atribuição de direitos e deveres e para composição da lógica protetiva. Por outro lado, há também a própria centralização de dados sobre as relações laborais em uma universalidade prática identificável com todos os elementos de empresa, incluindo o poder diretivo do empregador. Tais questões são especificamente relacionadas à empresa como essa universalidade identificável, o que será tratado especificamente adiante.

O Direito do Trabalho, portanto, visto como sistema, não permite que uma autorização à terceirização na atividade fim se transforme em uma imperatividade dos contratos de terceirização de forma ilimitada. O empregador é aquele que dirige o empregado, e diante da verificação da inadequação do contrato formal à realidade, o empregador será definido conforme essa. Uma norma autorizativa da terceirização na atividade fim, portanto, pode se configurar como válida no sistema como uma norma geral permissiva, mas deve ser interpretada de acordo com os princípios do ordenamento vigente. Assim, pode ser classificada com uma norma geral que seja capaz de tirar uma proibição por pressuposto, que existia com a aplicação da Súmula 331, mas que de forma alguma tem força imperativa irrestrita.

Os elementos da relação de emprego e da identificação do empregador, que com a Sumula 331 eram pressupostos no caso de terceirização da atividade fim, devem, em face de norma autorizativa desse tipo de terceirização, ser verificados, mas de maneira alguma podem ser desconsiderados.

Diante disso, o artigo 10, bem como o §2º do artigo 4º-A da Lei 6019/74¹⁵³, conforme redação dada pela Lei 13.429/2017, devem ser interpretados de maneira restrita. Por certo que tais regras visam evidenciar que a atividade da empresa por si não determina a existência ou não de vínculo, o que tira a proibição de terceirização na atividade fim por pressuposto. No entanto, isso se aplica desde que a contratação realizada pela tomadora seja regular, desprovida de vícios que possam maculá-la, já que o direito não pode validar relações irregularmente estabelecidas, ainda menos aquelas com vistas a fraudar o cumprimento normativo¹⁵⁴. E dentre esses vícios, a evidente falta de poder diretivo e as situações jurídicas simuladas visando fraudar a garantia de direitos ao trabalhador hipossuficiente. A hipossuficiência, frise-se, é a realidade fática que fundamenta toda a ordem jurídico-trabalhista e ela é logicamente relativa a um ente específico dotado de poder diretivo sobre o empregado, e tal fato não pode ser desconsiderado.

3. TRABALHADORES EMPRESÁRIOS / EMPREENDEDORES

Feitas essas considerações, cabe agora alguns apontamentos sobre a contratação de Microempreendedores individuais (MEI); empresários individuais; bem como de sócios de empresas que prestam serviços com personalidade, mas sob o véu de suas empresas, os “trabalhadores empresários”. A análise segue a mesma lógica daquela que seria feita para identificação do trabalhador autônomo e de uma sociedade simples¹⁵⁵. Como visto, esses trabalhadores empreendedores/empresários não podem ser entendidos como terceirizados no sentido da relação triangular. Nos casos acima tratados, onde há relação triangular, os trabalhadores terceirizados continuam sendo empregados e, portanto, hipossuficientes e a questão, como visto, é definir quem é o empregador. Nesse caso, por outro lado, não há uma empresa intermediária, de modo que caso os

trabalhadores não se caracterizem como empregados da tomadora, devem ser autônomos. A dicotomia, neste caso, não está entre qual é o empregador, mas se o trabalhador é ou não empregado.

Note-se que o limite principiológico para a terceirização nesses casos não pode estar na existência de um contrato, já que tal condição não cabe no Direito do trabalho, como visto, mas na existência de uma entidade efetivamente autônoma (trabalhador ou empresa) prestando serviços para a contratante. Observe-se, destarte, que a condição de autônomo não é uma mera ficção jurídica criada por elementos formais, mas uma situação real, fática, de um trabalhador que não é hipossuficiente. Tal constatação, evidente na própria lógica de formação do Direito do trabalho, deverá imperativamente conduzir a interpretação do novo artigo 442-B da CLT, criado pela Lei 13.467/2017, que assim dispõe: “Art. 442-B. A contratação de autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no artigo 3º desta Consolidação.”¹⁵⁶

O autônomo é, em primeiro momento, um fato jurídico, assim como a hipossuficiência, que funda toda a existência do direito do trabalho e ao autônomo se contrapõe. O autônomo não se forma pelo exercício da vontade manifestada na relação contratual, mas ele existe de fato, e porque ele existe e tem importância para o Direito, a ele atribuem-se consequências e deveres legais condicionando o seu reconhecimento jurídico como tal. O ato jurídico que o **reconhece** (o que significa que não o cria, pois ele já existe), diante disso, ocorre apenas em segundo momento e tem importância restrita no Direito do Trabalho diante do princípio do contrato realidade. A interpretação válida e não aporética do artigo em questão, respeitante aos princípios fundantes e à ordem do sistema, portanto, resulta na aceitação pelo Direito do trabalho da possibilidade de um trabalhador autônomo que seja exclusivo de uma empresa e para ela preste serviços continuamente. Implica, ademais, a exigência de que este autônomo cumpra as formalidades legais, de modo que ausentes essas, ele não pode ser considerado autônomo para fins do Direito do trabalho. Isso não implica, logicamente, que a condição de autônomo se encerra nessas condições formais. Antes delas, ele deve existir de fato.

O autônomo é aquele que é dono de si, o diretor de seus atos, o possuidor do poder diretivo relativamente à prestação de sua

atividade, seja ele o trabalhador independente ou a empresa prestadora de serviços. Na caracterização da autonomia do trabalhador, para detecção desta suficiência, a doutrina tem elencado diversos elementos indicativos. Dentre eles a posse dos meios de produção, a disponibilidade dos próprios horários, a liberdade para definir como o trabalho será realizado e quanto este trabalho vale. Também a capacidade de evoluir profissionalmente sem depender exclusivamente daquele empregador e daquela empresa; a possibilidade de prestar serviço a outros contratantes (clientela múltipla), dentre outros fatores.

Todos estes elementos não são cada um deles imprescindível, mas são indicativos para a caracterização da autonomia. Em uma análise sistêmica, visam apontar a existência da capacidade de o trabalhador auferir valores superiores ao que receberia como empregado e ter liberdade de exercício profissional tal a ponto de os direitos trabalhistas celetistas não fazerem falta, tendo condição prover-se de mecanismos para garantia de sua segurança e saúde, bem como de adquirir meios de produção, caso queira para trabalhar em outros locais. O autônomo deve efetivamente dispor desta mobilidade no mercado de trabalho. Deve ter condições de desenvolver o trabalho para outros e conquistar clientes, ainda que não o faça. É importante que se ressalte que a caracterização da autonomia implica a não aplicação dos direitos empregatícios garantidos pela CLT e pela Constituição Federal para os trabalhadores e a consequente necessidade de que este trabalhador tenha uma condição laboral independente que permita meios e resultados dignos e compensatórios. Isto inclui direitos financeiros e também aqueles ligados à segurança e saúde. A condição de autônomo diz respeito ao trabalhador com relação àquele contratante e, principalmente, à sua própria condição laboral e de vida em geral.¹⁵⁷

4. OS ELEMENTOS DE EMPRESA

Para além da caracterização dos elementos da relação de emprego no caso das relações supostamente triangulares, e da autonomia, para contratação de empresas cujo sócio/proprietário se confunde com o prestador de serviços, ainda é necessário ponderar, em uma abordagem interdisciplinar, a verificação do próprio conceito

de empresa, através de seus elementos. Isso fornecerá subsídios para avaliação de todas as situações de “terceirização” abordadas, já que a contratação de uma empresa depende diretamente da existência efetiva dessa como tal. Afinal, se não há caracterização de empresa, ou se essa empresa não detém o comando relativamente à atividade que pretende desempenhar, não é possível contratação dessa “empresa” pela “tomadora” de serviços.

Sobre o conceito de empresário, leciona COELHO:

Empresário é definido na lei como o profissional exercente de “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (CC, art. 966). Destacam-se da definição as noções de **profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços**. (grifo nosso)¹⁵⁸

É característica do empresário o exercício de uma atividade econômica organizada, ou seja, uma universalidade que seja possível chamar de empresa. Nos termos do Código Civil de 2002:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

De acordo com o conceito de NEGRÃO:

O enfoque do legislador na Teoria dos Atos do Comércio, ao qualificar a pessoa – física ou jurídica – como comerciante, prende-se à prática reiterada, habitual, de atos reputados, historicamente ou por força de lei, comerciais. Na Teoria da Empresa, desloca-se o núcleo de distinção para a empresa, noção que será mais bem desenvolvida nos capítulos seguintes. Pode-se, inicialmente, entretanto, considerar empresa o exercício profissional de uma atividade econômica, organizada, de produção ou circulação de bens e serviços. Distingue, pois, a atividade empresária três elementos formadores: a) a economicidade – consiste na criação de riquezas; b) a organização – representada numa estrutura visível, de fatores objetivos e subjetivos de produção; e c) a profissionalidade – ou habitualidade do seu exercício.¹⁵⁹

Observe-se que o conceito de empresa detém como elemento essencial a organização, a unidade. Nesse sentido, o conceito clássico de empresa, segundo DELGADO, assim se caracteriza:

Empresa, como se sabe, é o complexo de bens materiais e imateriais e relações jurídicas que se reúnem como um todo unitário, em função de dinâmica e atividade econômica fixada por seus titulares. É a organização dos fatores de produção (bens, relações, direitos e obrigações), a serviço de um fim econômico previamente definido.¹⁶⁰

A realização dessa organização unificadora ocorre justamente através da figura do empresário. Observe-se o que aponta NEGRÃO, ao comentar a teoria da empresa, adotada pela legislação:

O critério adotado enfoca o empresário como aquela pessoa (natural ou jurídica) que, profissionalmente, isso é, não ocasionalmente, assume, em nome próprio, os riscos da empresa, organizando-a, técnica e economicamente. Não será considerado empresário aquele que a exercer à custa de outrem, ou sob o risco deste; nem o será quem exerce simples profissão, de forma autônoma.¹⁶¹

Nesse mesmo sentido o conceito de CARVALHO DE MENDONÇA que assim conceitua empresa:

É a organização técnico-econômica que se propõe a produzir mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade.¹⁶²

E continuam BERTOLDI e RIBEIRO:

Cada vez mais se sedimenta o entendimento de que a empresa nada mais é senão a *atividade* desenvolvida pelo empresário, sujeito de direito. É a materialização da iniciativa criadora do empresário, da projeção patrimonial de seu trabalho de organização dos distintos fatores produtivos. Repita-se, a empresa é a atividade desenvolvida pelo empresário¹⁶³.

O empresário, portanto, é aquele que coordena tecnicamente e economicamente o direcionamento dessa organização¹⁶⁴, e assim, ela é capaz de ser dotada de uma unidade. Essa unidade é consequência da

coordenação do empresário e justamente dessa direção é que surge a possibilidade de subordinação. Dirigindo o empreendimento a uma finalidade própria da sua lógica organizacional é que o empresário poderá determinar aos empregados o objetivo e lógica do seu trabalho¹⁶⁵. E deste modo há uma integração entre o empresário, dotado de poder de mando, e seus colaboradores.

Observe-se, nesse sentido, o que ensina NEGRÃO: “Considerando o perfil corporativo ou institucional, a empresa é vista como resultado da organização do pessoal, formada pelo empresário e por seus colaboradores.”¹⁶⁶E, citado por NEGRÃO, o entendimento de ASQUINI:

O empresário e seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, a produção. A organização se realiza através da hierarquia das relações entre o empresário dotado de um poder de mando – e os colaboradores, sujeitos à obrigação de fidelidade ao interesse comum.¹⁶⁷

A mera existência de um CNPJ, portanto, não é capaz, por si, de determinar o nascimento de uma empresa. É necessária uma coordenação organizada em direção a uma finalidade empresarial, ainda que seja realizada a prestação de serviços a outra empresa. Nesse sentido, a lição de MAMEDE sobre o que é o empresário:

É empresário, portanto, a pessoa que empreende, isto é, que dá existência à empresa. [...] O empresário é aquele que, por sua atuação profissional e com intuito de obter vantagem econômica, torna a empresa possível. É dele a iniciativa e a responsabilidade pela estruturação material e procedimental da empresa, ainda que outros, dentro da organização ou em atividade terceirizada, executem atos que a concretizem”¹⁶⁸

Nada impede, portanto, que uma empresa concretize atos para a atividade de outra, atos que não interfiram na coordenação do empreendimento. Por outro lado, da mesma forma, para que uma terceirizada seja chamada de empresa, deve possuir esse

empreendedorismo próprio, senão, da mesma forma, assim não poderá ser considerada. Cada empresa deve ser diretora do próprio empreendimento, independentemente de quem preste serviços para ela ou para quem ela preste serviços. As relações entre empresas são fartas, o que importa é que sejam efetivamente realizadas entre empresas.

A verificação da existência ou inexistência dessa atividade diretiva é possível através da observação da composição dos elementos que se agregam a esse CNPJ e de sua capacidade para formar um todo organizado e unitário de acordo com a finalidade empresarial.

Quando uma empresa contrata outra de fachada, muitas vezes é facilmente possível observar que a contratada não possui todos os elementos de empresa, de modo que, por si, não detém poder diretivo, que compete à tomadora. É possível verificar, até mesmo, que em algumas dessas circunstâncias a tomadora e a terceirizada caracterizam-se como uma única empresa. O que deve ser observado de maneira geral, portanto, é quando uma delas, ou ambas, analisadas isoladamente, não possuem elementos suficientes para serem consideradas uma universalidade organizada por si.

Por certo que, para tal análise, não se pode olvidar que a composição atual do conceito de empresa deve ponderar a existência de universalidades que se sustentam principalmente em uma marca ou *know how*, que há empresas essencialmente virtuais, que há empresas que realizam industrialização por encomenda e outras que, embora prestem serviços unicamente para outra empresa e possam até estar dentro do estabelecimento dessa, tem uma constituição anterior sólida, ou mesmo outros estabelecimentos que materializem de forma consistente a sua existência. O que importa, independentemente dos elementos materiais ou imateriais que componham essa empresa, é que eles façam sentido relativamente à atividade da empresa como uma universalidade organizada dirigida como empreendimento daquele empresário. É essa universalidade possuidora do comando da própria existência e atividade que deve contratar os empregados que irão atender a esses fins.

Deste modo, verificando-se no caso concreto que a terceirização é uma mera ficção formal ou fática não amparada pelo Direito, cabe ao Auditor Fiscal determinar que o contrato com esse empregado seja

realizado com a empresa efetiva, com aquela que detém a direção da universalidade a que o empregado presta serviços, e, portanto, que detém o poder diretivo.

O fato é que uma “universalidade” suposta, mas que, por todo o exposto, evidencie uma estrutura diretiva falha, é incapaz de ocupar o lugar de empregadora, visto que sem direção não pode haver subordinação. A partir desse entendimento, vários aspectos podem ser analisados do ponto de vista da empresa e que podem ajudar a identificar uma subordinação direta ou estrutural à tomadora de serviços. Assim como no caso da autonomia, nenhum destes fatores que serão apontados é necessariamente determinante, mas todos eles, analisados na dinâmica concreta do empreendimento, poderão indicar a ausência de empresa, de poder diretivo e conseqüentemente, a existência de subordinação à tomadora. Para esse intento, a empresa pode ser analisada sob dois pontos de vista basicamente a) a existência de um estabelecimento suficiente e b) forma de exercício do seu objeto social.

Tais tópicos podem ser observados, na prática, de várias formas, que se iniciam com a verificação física no local e podem abranger a análise da contabilidade¹⁶⁹ empresarial. Essa irá demonstrar seu patrimônio, faturamento, com quem a empresa estabelece relações financeiras e também o tipo de gastos que estão sendo realizados (se paga aluguel, telefone, material de escritório, por exemplo). As relações da empresa ainda podem ser verificadas de diversas outras formas em documentos que podem ser encontrados no local e nos contratos firmados por ela. Com tais verificações será possível observar a compatibilidade e coerência entre a contabilidade da empresa, os contratos existentes, sua estrutura física, o exercício de sua atividade e o seu contrato social.

Existência de estabelecimento:

De início, cabe esclarecer o que caracteriza o estabelecimento dentro do conceito de empresa. De acordo com MAMEDE “ A empresa é o conceito jurídico que expressa a ideia de atuação econômica organizada. Opõe-se, via de consequência, à ideia de trabalho desestruturado, assistemático.”¹⁷⁰ E sobre estabelecimento define:

Segundo o artigo 1.142 do Código Civil, o estabelecimento é o complexo organizado de bens, estruturado para o exercício da empresa, por empresário ou sociedade empresária. Sob tal ângulo específico, a empresa é enfocada como realidade tangível, concreta: trata-se de uma composição de bens; há bens materiais (*res*, coisas), a exemplo dos imóveis de uso (ou imóveis de utilização, empregados diretamente na atividade empresarial), coisas móveis do *ativo* permanente, isto é não destinadas à negociação, como bens de equipamento ou de serviço, ou coisas (imóveis ou móveis) destinadas à negociação, escrituradas no ativo circulante; há, ademais, bens imateriais, a exemplo das marcas e patentes, escrituradas, também, no ativo permanente da empresa, destinando-se diretamente à consecução de suas atividades.¹⁷¹

Os elementos materiais são de fácil constatação: imóveis, mecanismos de informática, meios de comunicação, energia elétrica, entre outros tantos. Com relação aos elementos imateriais, observe-se a lição de COELHO:

“Os elementos imateriais do estabelecimento empresarial são, principalmente, os bens industriais (patente de invenção, de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, nome empresarial e título do estabelecimento) e o ponto (local em que se explora a atividade econômica). Abrange esse grupo institutos jurídicos tradicionalmente estudados pelo direito comercial.”¹⁷²

O estabelecimento, portanto, evidencia o complexo de bens, materiais e imateriais, que se estrutura para o exercício da empresa. Isso significa que num caso extremo de uma empresa que alegue, por exemplo, que seu estabelecimento é o *know how*, ela deve comprovar como executa e vende esse conhecimento, demonstrando logicamente quais são os procedimentos que realiza para gerenciar esse *know how*. E ainda assim, será necessária a existência de um mínimo de suporte de estabelecimento material para que ocorra.

O exercício do objeto social:

Sob esse aspecto, o que se deve observar é a atividade econômica da empresa, a fidedignidade da realidade relativamente ao seu exercício e a capacidade de seu alcance através dos elementos que compõe o complexo que se pretende chamar de empresa. O objeto

social é, em primeira análise, o que irá determinar a orientação do poder diretivo empresarial.

Para fins de localizar esse poder diretivo é possível observar o CNAE declarado no CNPJ e o objeto social declarado no contrato social da empresa. A falta de identificação da atividade prática da empresa com estes elementos informados não é determinante de imediato para desconstituição da existência de poder diretivo, já que pode refletir mera irregularidade na correção dos registros. Não obstante, eles são fortes indicativos e são importantes para apontar se a empresa tem condições de realizar através de seu estabelecimento os fins sociais a que se propôs. A sua inconsistência é o primeiro indicativo forte de que algo pode estar errado no exercício daquele CNPJ, de modo que não se realize como uma organização una a que se possa chamar de empresa.

O escopo do CNAE, segundo sua própria regulamentação¹⁷³, é permitir um padrão de identidade econômica do agente produtivo, sendo importante para a comparabilidade das informações econômicas. Assim, a relevância da coerência entre a atividade declarada e a exercida de fato pela empresa.

É importante que a entidade empresarial como um todo e suas manifestações possam ser facilmente identificadas. Uma empresa com contratos e relações confusos, que não permitam às demais, aos órgãos públicos e aos consumidores compreender a sua universalidade, não atendem a essa finalidade. Essa coerência irá permitir a realização plena dos princípios constitucionais da livre iniciativa, da concorrência e o direito à informação, já que garante a transparência da identidade empresarial.

Isso significa, de imediato, que se há trabalhadores prestando serviços que sejam diversos do objeto social ou CNAE da intermediadora, cabe um olhar mais acurado ao seu todo, já que, provavelmente, embora a empresa intermediadora exista, ela pode não se configurar para o exercício daquela atividade, não podendo contratar empregados para tanto. Não se deve descartar a hipótese, ademais, de a própria empresa não conter sequer os elementos suficientes para sua caracterização como empresa. Tanto em um caso como em outro, seja pela falta de configuração de uma empresa como do ramo “x”, seja pela falta de configuração da própria empresa como

tal, aquele CNPJ não estaria dotado de poder diretivo relativamente aqueles empregados.¹⁷⁴

Para ilustrar a importância da integração entre os bens que compõem o estabelecimento, a realização do objeto social e a relação entre ambos, imagine-se a situação de uma empresa A que tem um objeto social X, mas que é integralmente executado pelas empresas B e C, de acordo com o objeto social de cada uma. Estas empresas executam todo o seu trabalho dentro da sede da A, que fornece todo o material e despesas para funcionamento, desde aluguel até telefone e material de escritório. A empresa A tem contratos com outras empresas que são cumpridos pelo trabalho das empresas B e C. Essas não pagam nada pelo local, que não é próprio, sendo apenas fornecedoras de mão de obra. Note-se que mesmo que o trabalho dos empregados pudesse ser integralmente realizado na sede da empresa tomadora, a empresa terceirizada deveria ter ao menos um telefone ou qualquer outro elemento que permitisse administrar a empresa em si. Afinal, como a tomadora entrou em contato com a terceirizada para contratação dos serviços? Assim, mesmo que para o trabalho dos empregados não fosse necessária uma estrutura, para a administração da empresa em si haveria necessidade de uma estrutura nesse caso, ainda que mínima. Cada uma dessas empresas realiza atividades de acordo com seu objeto social, mas exercem sua atividade na sede da autuada, sem qualquer contrato de prestação de serviços. As empresas B e C não são empresas de fornecimento de mão de obra e seus empregados são todos ex-empregados da empresa A, inclusive um de seus sócios. Além disso, essas empresas realizam e sempre realizaram suas atividades para a empresa A. O contador e os advogados também são os mesmos e quem atendeu à inspeção foi o sócio da empresa B, antigo empregado, que o fez em nome de todas as empresas. Não há, portanto, qualquer indício de independência ou poder diretivo empresarial, senão o CNPJ e o estatuto social. A partir desses pressupostos, observa-se que quem efetivamente dirige o empreendimento e o gere é a empresa A, de modo que há clara subordinação estrutural. O fato é que se não há um estabelecimento, não há como caracterizar uma empresa. No caso desse exemplo, a verificação conjunta do estabelecimento e do exercício do objeto social permitiram a conclusão pela ausência dos elementos de empresa e, conseqüentemente, de poder diretivo.

Observando a questão do ponto de vista particular do Direito do Trabalho, sendo o empregador aquele que assume os riscos da atividade realizada, admitindo, assalariando e dirigindo a prestação de serviço, ante a situação apontada há necessidade de reconhecimento da real direção de subordinação dos empregados formalmente contratados pelas empresas B e C, mas que efetivamente trabalham para a empresa A. Neste sentido, os requisitos da relação de emprego já estão definidos no próprio vínculo realizado com as empresas B e C. O que ocorre é que os fatos deslocam o foco de subordinação equivocadamente formalizado, que se redireciona à verdadeira diretora estrutural do serviço. Assim, a pessoalidade, onerosidade e a não eventualidade já estão cabalmente caracterizados no contrato originário, em nada se alterando pelo redirecionamento do foco de subordinação. Evidencia-se a subordinação estrutural à empresa A, verdadeiramente dotada da estrutura, da universalidade em questão.¹⁷⁵

O fato é que a terceirização na atividade fim deve passar pelo crivo dos diversos direitos fundamentais e da ordem sistêmica sob a qual se estrutura o ordenamento jurídico trabalhista e normas relacionadas. Assim, não se sustenta como tal uma “empresa” que seja construída em bases confusas que não permita a caracterização de seus elementos como um todo organizado. Como consequências dessa desordem, o empregado carece de conhecimento sobre a quem efetivamente presta serviços de modo que sequer tem certeza a quem deve reclamar em situações irregulares, consolidando a precarização de seus direitos porque a pessoa indicada para reclamação não tem poder de mando para resolver a situação. Esse empregado ficará confuso até mesmo ao tomar informações ou fazer denúncias no Sindicato ou Ministério do Trabalho, não sabendo muitas vezes quem acionar em uma reclamatória trabalhista. Essa desordem também pode gerar a situação de uma empresa que oculte a grandeza de seu patrimônio através da contratação de empregados por terceira irregularmente. Com isso, o direito ao patrimônio do empregado é lesado, já que a relação irregular no mínimo dificultaria o acesso do empregado ao patrimônio do empregador, lastro que sustenta a responsabilidade trabalhista. Também lesam, por evidente, a função social da propriedade, já que ocultam o real sentido da empresa em benefício unicamente individual. Tal circunstância pode lesar, como já mencionado acima, o próprio artigo 8º, III, da CF, já que em determinadas circunstâncias, altera o enquadramento sindical do

empregado irregularmente, visto que a classificação do empregado relativamente ao sindicato está diretamente ligada à atividade preponderante da empresa a que está vinculado. Isso impede que ele tenha acesso à proteção dos direitos atinentes à sua categoria. Da mesma forma, a falta de obrigação de igualdade salarial¹⁷⁶, que afronta o princípio da igualdade, afasta a possibilidade de equiparação salarial e gera a convivência no mesmo ambiente de trabalho, realizando o mesmo trabalho, de empregados que acabam sendo tidos como de primeira e de segunda categoria, com consequências claras à ordem e harmonia no ambiente laboral.

O aviltamento à segurança e saúde do trabalhador ocorre do mesmo modo e denuncia de forma cristalina a importância da observação do sistema como um todo e seus fundamentos ao interpretar uma norma. A NR-04¹⁷⁷, em seu quadro 1, classifica o grau de risco das empresas para composição do SESMT com base no seu CNAE. Em seu quadro 2, realiza o dimensionamento do SESMT com base no grau de risco do quadro 1 e do número de empregados. É possível que uma terceirização altere o número de empregados e o dimensionamento do SESMT. Isso significa que uma universalidade de empregados que na verdade constitui uma empresa, mas está dividida formalmente em várias, poderia ter um SESMT reduzido que não atendesse à complexidade de relações laborais ali existente¹⁷⁸.

O fato é que uma alteração normativa equivocada pode invalidar toda uma rede de proteções estabelecida pelo sistema jurídico, passando por cima, inclusive, de critérios técnicos e princípios constitucionais basilares. Nesse contexto fica evidente que ou aplica-se uma interpretação sistêmica à norma que autorize a terceirização, ou é necessário alterar toda a ordem trabalhista e constitucional do trabalho, além do próprio entendimento sobre o que caracteriza empresa.

5. A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

Como já apontado, não é possível que uma norma com status de lei ordinária tenha validade irrestrita sem sua coordenação no contexto do sistema em que se insere e a fundamentação principiológica desse.

Não obstante, a interpretação equivocada do princípio da legalidade acaba por engessar a atuação da autoridade administrativa, criando a ilusão de obrigatoriedade de aplicação da norma sem questionamento, olvidando toda a problematização da atividade hermenêutica.

Desde a concepção de sistema adotada por Bobbio evidenciou-se o entendimento do direito como ordenamento. Esse entendimento preconiza que as normas que compõem um sistema sejam compatíveis entre si, demandando coerência. Dentro da teorização de Bobbio são abordados os critérios e apontamentos para resolução de antinomias e lacunas.¹⁷⁹ Diante disso, somente as normas compatíveis seriam válidas. Para Bobbio, um sistema constitui:

[...] uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação. (grifo do autor)¹⁸⁰

Não basta, portanto, que as normas sejam emitidas por fontes autorizadas, elas devem ser analisadas entre si, relacionando o ordenamento como um todo.

[...]de fato, se se admitir o princípio de compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema, não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com as outras normas.¹⁸¹

Isso evidencia que, já há muito tempo, a interpretação jurídica não entende de forma isolada a aplicação normativa. Com a evolução teórica, culminante nas teorizações do Estado Constitucional de Direito, essa interpretação sistêmica passou a agregar elementos de controle material sobre a validade das normas com base nos direitos fundamentais. Esse controle é sustentado na supremacia desses direitos como fundamentos sobre os quais se estrutura a formação de todo o sistema. Uma norma que determine, portanto, que a terceirização na atividade fim é permitida pode e deve ser lida dentro do sistema, não sendo possível isolá-la das demais normas.

O Auditor Fiscal do Trabalho, como autoridade administrativa, tem ampla autoridade para aplicação dessa interpretação normativa sistêmica e constitucional. A sua competência basilar está definida no art. 626 da CLT. O entendimento comum de que o Auditor Fiscal do Trabalho tem limitações de juízo interpretativo surge de dois aspectos: uma interpretação equivocada do princípio da legalidade e uma confusão com relação ao papel dos poderes do Estado, entendendo-se que esse papel interpretativo caberia apenas ao juiz.

É importante, diante disso, esclarecer que o princípio da legalidade decorre dos pressupostos do Estado de Direito segundo os quais a norma deve ser geral e abstrata. Geral porque deve se aplicar para todos os que na sua hipótese se enquadrem e abstrata porque deve ser criada anteriormente ao fato. Tal construção jurídica traz o propósito de proteger os cidadãos contra leis de exceção, criadas especialmente para uma pessoa e, portanto, que não sigam uma lógica organizacional geral, mas persecutória particular. Nesse contexto, o princípio da legalidade informa o Auditor Fiscal do Trabalho relativamente à sua atividade sancionatória de maneira que ele não pode, por certo, criar uma lei que imponha uma sanção, somente devendo atuar na restrição de direitos em benefício da coletividade quando autorizado. Sobre o princípio da legalidade, DI PIETRO:

Esse princípio, juntamente com o de Controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isso porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade [...] Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo que a lei não proíbe. [...] Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei. (grifo do autor)¹⁸²

Entendido o sentido do princípio da legalidade, é possível visualizar que essa limitação não significa que a autoridade administrativa não possa, diante de uma norma que cria uma sanção,

uma obrigação ou um direito, interpretar o seu alcance e sentido. E esse entendimento vem dos corolários do Estado Constitucional do Direito, que prevê a democracia substancial e o respeito às normas constitucionais para proteção dos direitos fundamentais. E justamente nesse sentido que tanto a autoridade administrativa quanto a judicial devem direcionar o processo interpretativo. A evidência da autorização para a função interpretativa da autoridade administrativa, ainda que tal norma expressa não fosse necessária, é disposta claramente no artigo 8º da CLT:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.¹⁸³

A diferença entre o poder judiciário e o executivo, portanto, não está no alcance de interpretação possível, mas em outro lugar. O poder judiciário atua, em sua função típica, na esfera jurisdicional, enquanto o executivo, na esfera administrativa, cada um com atribuições próprias. Sem embargo de que tanto o judiciário quanto o executivo atuam em funções atípicas, aquele legislando e executando e esse julgando e legislando. De toda forma, a atuação destes poderes é delimitada conforme critérios legais de determinação de competências. Descumprimentos normativos podem ser objeto de avaliação e decisão tanto pelo poder judiciário quanto pela fiscalização administrativa vinculada ao poder executivo. Tais atuações podem implicar, inclusive, em decisões diferentes e até mesmo contraditórias. Isto irá depender do entendimento de cada um dos órgãos a respeito do assunto, bem como dos elementos de convicção a que tiveram acesso.

Não obstante, o poder judiciário, dentro de seu rol de competências, apresenta-se como instância última de decisão sobre matérias a ele atribuídas. Isto inclui o questionamento da atuação da

administração pública quando da lavratura de autos de infração. Deste modo, de qualquer forma, a interpretação administrativa está sempre sob possível revisão do poder judiciário, respeitando-se esse postulado do Estado de Direito. A decisão anulatória de auto de infração, contudo, não é realizada por qualquer instancia do judiciário. As decisões judiciais em geral fazem justa causa quanto às partes envolvidas, não havendo em princípio eficácia *erga omnes* dessas decisões que venham a afetar de imediato a atuação da administração pública. O questionamento de um auto de infração, portanto, é julgado em ação anulatória própria, pelo juiz natural da causa, conforme determinação legal e diante de questionamento específico.

Sobre a atuação da autoridade administrativa, observe-se a própria visão judicial, no acórdão abaixo:

AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR NÃO APLICAÇÃO DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA MAIS FAVORÁVEL AOS EMPREGADOS DA RECLAMADA. NULIDADE. LIMITES DA ATUAÇÃO DO AUDITOR-FISCAL DO TRABALHO. [...] Como decorre da própria repartição constitucional de funções entre os três Poderes estatais, enquanto ao Poder Legislativo compete, precipuamente, editar as leis, tanto ao Poder Executivo quanto ao Poder Judiciário cabe aplicar as leis já em vigor, para tanto interpretando-as em cada caso concreto. A diferença fundamental entre a atividade administrativa e a atividade jurisdicional não está, portanto, em que somente o Poder Judiciário teria a competência para interpretar e aplicar as leis, estando o Poder Executivo (e, mais especificamente, os seus agentes incumbidos das suas atividades de inspeção ou fiscalização, seja ela tributária, sanitária, previdenciária ou trabalhista) impedido de fazê-lo. Muito ao contrário, a fiscalização do Estado, como todos os demais agentes da administração pública, tem o poder-dever, de ofício e diante de cada caso concreto, de interpretar as leis imperativas em vigor, à luz das circunstâncias fáticas com que se defrontar, aplicando ou não as sanções correspondentes também na lei prescritas. Ao Poder Judiciário, que não age de ofício, caberá, se regularmente acionado pela parte interessada, examinar as circunstâncias fáticas e os aspectos jurídicos da controvérsia instaurada, interpretando as mesmas leis antes aplicadas pelo Poder Executivo, para dirimi-la de forma definitiva e com a autoridade de coisa julgada,

controlando eventuais abusos e má aplicação das leis. Cumpre salientar, também, que a lavratura do auto de infração não configura, por si só, cerceamento do direito de defesa, pois não impõe ao suposto infrator o imediato pagamento da multa, uma vez que é permitido à parte autuada a apresentação de impugnação ao auto de infração na esfera administrativa ou a revisão do ato diretamente pela via judicial. Ressalta-se que este Tribunal Superior vem dando amplo reconhecimento à relevante atuação dos auditores fiscais do trabalho, consolidando cada vez mais a tese de que, diante de situações de fraude à legislação trabalhista, cabe sim ao auditor fiscal do trabalho proceder à autuação da empresa, sob pena de responsabilidade administrativa, sem que isso implique invasão de competência da Justiça do Trabalho. Ademais, reitera-se que o desempenho das atribuições constitucionais e legais cometidas ao auditor fiscal do trabalho decorre do poder de polícia administrativa, e não de competência jurisdicional, sendo as penalidades aplicadas pelo auditor passíveis de impugnação na esfera administrativa ou de revisão diretamente pela via judicial. Logo, não configura invasão da competência jurisdicional desta Justiça especializada a prática de atos administrativos de aplicação da lei pelo agente ou servidor do Poder Executivo que, nos termos da Constituição e das leis, detém atribuições administrativas de fiscalização. Portanto, o auditor-fiscal, no caso, agiu de acordo com o que determina o artigo 628 da CLT, visto que nada mais fez do que lavrar o auto de infração em situação de aparente ofensa ao artigo 620 da CLT. " 184

Deste modo, é evidente que o Auditor Fiscal do Trabalho tem a atividade interpretativa como um dos elementos que compõe o exercício de seu mister.

Dito isso, deve-se considerar que a evolução doutrinária e as diversas elaborações do conceito de Estado Constitucional de Direito trazem para o bojo da discussão sobre o Direito como sistema, a remissão a um princípio unificador que não se perde em ontologias morais como o sistema estático dos jusnaturalistas, mas não se reduz a um controle restrito que remete unicamente ao poder da autoridade, como no positivismo clássico. O sistema jurídico, conforme a visão do Estado Constitucional de Direito, deriva de uma complexa rede de direitos materiais historicamente construída e que informa o seu

aplicador de modo a orientar a interpretação normativa. Os direitos fundamentais, portanto, não derivam de ontologias éticas, mas dessa construção histórica e social.

A aceitação sem contestação da autorização irrestrita da terceirização do trabalho na atividade fim da empresa olvida, portanto, todo o arcabouço principiológico do Direito do trabalho, reflexo de uma evolução histórica e social complexa. Nas palavras de FERRAJOLI:

[...] as constituições são contratos sociais de forma escrita e positiva, pactos fundantes da convivência civil, gerados historicamente pelos movimentos revolucionários com os que em ocasiões especiais se impuseram aos poderes públicos, de outro modo absolutos, como fontes de sua legitimidade[...]. A idéia de contrato social é uma metáfora da democracia: da democracia política, dado que alude ao consenso dos contratantes e por conseguinte, vale para fundar, pela primeira vez na história, uma legitimação do poder político desde baixo, mas é também uma metáfora da democracia substancial, já que este contrato não é um acordo vazio, senão que tem como cláusulas e a sua vez como causa precisamente a tutela dos direitos fundamentais, cuja violação por parte do soberano legitima a ruptura do pacto e o exercício do direito de resistência.¹⁸⁵

Note-se que a nossa Constituição privilegia o entendimento de sistema informado pelos direitos fundamentais. Esses que se evidenciam tanto nos princípios constitucionais expressos como naqueles ínsitos no ordenamento constitucional como um todo, conforme a própria constituição prevê proteger no §2º, inciso LXXVIII do seu artigo 5º:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹⁸⁶

Diante disso, é possível concluir que a proteção ao trabalhador que informa o Direito do trabalho parte de pressupostos fáticos históricos que deram origem a direitos fundamentais que não se pode simplesmente revogar através de leis ordinárias. Dentre estes fatos a existência de mais desempregados que empregos, o que gera a hipossuficiência como realidade do empregado. Esses pressupostos historicamente vivenciados permitiram paulatinamente a construção da principiologia que informa o sistema constitucional e trabalhista e, portanto, não podem ser simplesmente desconsiderados. Nas palavras de FERRAJOLI:

É claro que uma vez reconhecida a sua natureza de princípio axiológicos de justificação do estado, aqueles já não são fundados, senão fundantes; mas o são não enquanto normas ou, pior, situações de direito natural, mas mais precisamente como princípios ético-políticos externos, carentes de fundamentos posto que eles mesmos são fundamentos e fruto de opções morais e de convenções e não de normas jurídicas. Por outro lado, é também claro que uma vez incorporados às Constituições, estes princípios se convertem, ademais, em normas jurídicas de nível constitucional. Mas esta já não é uma alternativa senão uma ambivalência. E é uma ambivalência que não tem nada de misterioso, posto que reflete simplesmente o caráter tanto externo, ou ético-político, como interno, ou jurídico, das fontes de legitimação do estado constitucional de direito.¹⁸⁷

Estes princípios representam a materialização do Estado Constitucional de Direito. Nas palavras de ZAGREBELSKI, a unidade imposta pela Constituição, que possibilita união e paz a uma sociedade dividida, embasa-se:

em um conjunto de princípios e valores constitucionais superiores sobre os quais, apesar de tudo, existe um consenso social suficientemente amplo. O pluralismo não degenera em anarquia normativa sempre que, em que pese a diferença de estratégias particulares dos grupos sociais, haja uma convergência geral sobre alguns aspectos estruturais da convivência política e social que possam, assim, ficar fora de toda discussão e ser consagrados em um texto indisponível para os ocasionais senhores da lei e das fontes concorrentes com ela.¹⁸⁸

O respeito a essa ordem principiológica é o que irá possibilitar, portanto, a estabilidade do sistema jurídico e do Estado como um todo. E esse respeito deve iniciar-se no ato legislativo e ter continuidade no processo hermenêutico. Assim, visualiza-se a gravidade da realização da interpretação normativa que simplesmente desprezasse, por fatores econômicos e interesses setoriais, todo esse assento principiológico. Referindo-se à teoria garantista de Ferrajoli, assevera Cademartori:

[...] a teoria garantista da legitimação, a partir da assunção da idéia base do Estado como instrumento da Sociedade, repõe uma vinculação a esta estrutura de poder e valores que têm por centro a dignidade da pessoa. Em casos como o do nosso país, onde a sociedade vê-se continuamente avassalada por medidas legislativas (oriundas do Executivo ou não) que muitas vezes colocam-na a serviço de uma racionalidade econômica alheia a seus interesses, a adoção deste enfoque heteropoiético¹⁸⁹ pode fornecer um travejamento teórico que resgate a valorização da pessoa como ontologicamente anterior ao Estado fundado por ela.¹⁹⁰

Diante disso, o equilíbrio das relações de poder no ambiente de trabalho é garantido através de princípios e normas como o princípio da proteção, da norma mais favorável e do contrato realidade e estão balizados por toda a ordem constitucional trabalhista, que deve ser respeitada.

6. CONCLUSÕES

As definições de empregador e empregado são dotadas de extrema importância porque levam em seu bojo toda a principiológica do Direito do trabalho e refletem toda a semântica presente na criação do artigo 7º da Constituição Federal, que claramente se dirige à figura do empregado hipossuficiente, aquele que precisa de proteção especial para o equilíbrio da relação de emprego. A CF de 88, portanto, sustenta o princípio da proteção de forma evidente. O princípio do contrato realidade, nesse contexto, é decorrência natural da realidade que funda a existência do direito do trabalho e que demanda essa proteção. Hipossuficiência, poder diretivo e autonomia são questões fáticas fundantes, e assim devem ser consideradas.

A empresa, ao seu turno, é uma universalidade organizada, com comando direcionado aos fins que lhe fundamentam dentro de uma estrutura que torne isso possível. Nesse sentido, a importância do estabelecimento e do objeto social como vetores para a visualização dessa universalidade. A identidade empresarial como tal, ademais, evidencia o poder diretivo e o sentido para a qual se orienta o conjunto de normas do sistema, bem como onde se situa a centralização de referência relativamente as relações laborais pertinentes. Essa unicidade sistêmica, ainda, é o que possibilita a transparência nas relações entre a empresa e os demais entes que com ela interagem.

Diante desses elementos, informados pelos princípios do sistema jurídico que ordenam essa universalidade organizada, não há espaço para o entendimento de que um mero contrato ou uma norma isolada possam se impor, senão através de um processo hermenêutico coerente com o sistema construído a partir desses princípios historicamente legitimados.

Os direitos à igualdade, à informação, à propriedade, à função social da propriedade, ao trabalho, à relação sindical, à saúde e segurança do trabalhador, dentre outros, estão diretamente ligados à necessidade de que o empregado esteja corretamente vinculado à empresa que detém o poder diretivo do empreendimento e que realiza, portanto, a subordinação.

A terceirização na atividade fim, hipoteticamente, poderá até mesmo existir, mas na prática, sua consideração deverá passar pelo filtro de todo o sistema, exigindo-se que a empresa se caracterize como tal, com todos os elementos que a formam, e que os princípios que fundamentam a estrutura do direito do trabalho sejam atendidos.

O Estado Constitucional de Direito não é uma mera ficção jurídica, mas uma construção teórica de legitimação conforme parâmetros principiológicos historicamente fundados e que deve informar o processo hermenêutico. E o Auditor Fiscal do Trabalho é parte imprescindível dentro desse processo, devendo realizar o seu mister com olhar acurado para esses pressupostos, cumprindo efetivamente seu papel como garantidor dos direitos do trabalhador hipossuficiente. Seu papel, como parte do sistema, é imprescindível para a manutenção do equilíbrio diante o surgimento de possíveis distopias, de modo a neutralizá-las aplicando o coerente processo hermenêutico.

As ponderações acima propostas são apenas exemplos de pontos de vista sobre os quais a situação da terceirização pode ser analisada na atividade cotidiana do Auditor Fiscal do Trabalho, mas visam demonstrar que o lastro principiológico do Direito do trabalho e do Direito em geral, incluindo o Direito empresarial, não podem ser desconsiderados na interpretação normativa e que o Auditor Fiscal do Trabalho tem importante função nesse desígnio.

O fato é que qualquer terceirização que se pretenda não revoga a estrutura, historicamente construída e principiológicamente sedimentada, do Direito do trabalho fundada sobre as figuras fáticas essenciais para sua formação: o trabalhador hipossuficiente e a universalidade empresarial dirigida para seus fins; o empregado e o empregador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASQUINI, Alberto. Profili dell'Impresa, Rivista del Diritto Commerciale, v. 41, I, 1943, trad. Fábio Konder Comparato, Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 104, p. 122, out/dez. 1996. *apud* NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa. v. 1: teoria geral da empresa e direito societário, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 06/09/2017.

BRASIL. Decreto 5452/1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 06/09/2017.

Em BRASIL. Decreto 13.429 de 31 de março de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>.
Acesso em 11/09/2017.

BRASIL. Decreto 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em 06/09/2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Comissão Nacional de Classificação. Resolução CONCLA nº 01/2015. Estabelece o Regimento Interno da Subcomissão Técnica para o CNAE. Em http://concla.ibge.gov.br/images/concla/resolucoes_e_atas/Res.%20Concla%201-2015.pdf. Acesso em 06/09/2017.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora nº 4 – Serviços Especializados em engenharia de segurança e em medicina do trabalho. Disponível em <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR4.pdf>. Acesso em 06/09/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 158400-95.2008.5.02.0311, Relator Desembargador Convocado: Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Data de Julgamento: 01/06/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em 06/09/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sumula nº 331. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 06/09/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº 211-52.1990.5.12.5555 Ac. 2333/1993 - Min. Cnéa Moreira DJ 03.09.1993 - Decisão por maioria. p. 2. Disponível em: <http://acordaos.tst.gov.br/c2/80/01/9e/1e.pdf>. Acesso em 06/09/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 226-34.1989.5.02.5555, Ac. 1ªT 2608/1989 - Min. José Luiz Vasconcellos DJ 08.09.1989 - Decisão por maioria. p. 2. Disponível em: <http://acordaos.tst.gov.br/c2/80/00/59/8e.pdf>. Acesso em 06/09/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 5086-51.2010.5.01.0000, Redator Ministro José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 19/03/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT

15/04/2014. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em 09/06/2017.

CADEMARTORI, Sergio de U. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARVALHO DE MENDONÇA. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, v. 1, 5ª ed., p. 492. *Apud* BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial, 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO. Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa, 20ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoria Del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibañes e outros. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000.

Manual de auditoria aplicada à fiscalização do trabalho. Brasília : MTE, SIT, 2001.p. 5. Em https://enit.mte.gov.br/pluginfile.php/5549/mod_resource/content/2/MANUAL%20%20Contabilidade%201.pdf.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial, volume 1, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa. v. 1: teoria geral da empresa e direito societário, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

¹⁴³ A partir dessas leis ocorre a autorização expressa para terceirização na atividade-fim/principal da empresa além de, nessa última, a determinação de que a contratação de autônomo, cumpridas as formalidades legais, mesmo que com exclusividade e de forma contínua, afasta a qualidade de empregado prevista no

artigo 3º da CLT. Cf. BRASIL. Decreto 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em 06/09/2017. E cf. BRASIL. Decreto 13.429 de 31 de março de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em 11/09/2017.

¹⁴⁴ A distopia, como aqui entendida, é a norma (ou uma de suas interpretações) anômala ao sistema, um ponto de enfraquecimento de toda uma construção ordenada, engendrado pela limitação da via hermenêutica à superada mera aceitação das fontes autorizadas. O fato é que essa distopia, desvelada sua lógica de estabelecimento, não sobrevive nessa ordem jurídica. Isso porque encontra barreira no lastro de legitimação histórica e principiológica dessa; manifestado claramente na organização do sistema como um todo que é, portanto, reflexo de uma lógica própria fundada por estes princípios.

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 158400-95.2008.5.02.0311, Relator Desembargador Convocado: Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Data de Julgamento: 01/06/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em 06/09/2017.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sumula nº 331. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 06/09/2017.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº 211-52.1990.5.12.5555 Ac. 2333/1993 - Min. Cnéa Moreira DJ 03.09.1993 - Decisão por maioria. p. 2. Disponível em: <http://acordaos.tst.gov.br/c2/80/01/9e/1e.pdf>. Acesso em 06/09/2017.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 226-34.1989.5.02.5555, Ac. 1ªT 2608/1989 - Min. José Luiz Vasconcellos DJ 08.09.1989 - Decisão por maioria. p. 2. Disponível em: <http://acordaos.tst.gov.br/c2/80/00/59/8e.pdf>. Acesso em 06/09/2017.

¹⁴⁹ BRASIL. Decreto 5452/1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 06/09/2017.

¹⁵⁰ BRASIL. Decreto 5452/1943.

¹⁵¹ Na linguagem do trabalho rural, aquele intermediário sem qualquer poder empresarial que é usado por grandes empresários ou produtores para arregimentar trabalhadores, geralmente sem vínculo empregatício, simulando ser o real contratante para fraudar a legislação trabalhista.

¹⁵² Vide artigos 4º-A e 4º C, incluídos na lei 6019/74 pelo artigo 2º da Lei 13.467/2017 e §3º do art. 5-A; §§1º,2º e 3º do art. 9º, e artigo 10º, *caput* e §7º incluídos na Lei 6019/74 pela Lei 13.429/2017. Cf. BRASIL. Decreto 13.467 de 13 de julho de 2017 e BRASIL. Decreto 13.429 de 31 de março de 2017.

¹⁵³ “Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.” “Art. 4º-A [...] §2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer

que seja o seu ramo, e a empresa contratante.” Cf. BRASIL. Decreto 13.429 de 31 de março de 2017.

¹⁵⁴ Nesse sentido o artigo 9º da CLT: “ Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” Cf. BRASIL. Decreto 5452/1943.

¹⁵⁵ Sociedades que realizam atividades negociais simples, entre autônomos, sem caráter de empresa, isto é, sem existência dos elementos de empresa. Nas palavras de COELHO: “São quatro hipóteses de atividades econômicas civis. A primeira diz respeito às exploradas por quem não se enquadra no conceito legal de empresário. Se alguém presta serviços diretamente, mas não organiza uma empresa (não tem empregados, por exemplo), mesmo que o faça profissionalmente (com intuito lucrativo e habitualidade), ele não é empresário e o seu regime será o civil. Aliás, com o desenvolvimento dos meios de transmissão eletrônica de dados, estão surgindo atividades econômicas de relevo exploradas sem empresa, em que o prestador dos serviços trabalha sozinho em casa. As demais atividades civis são as dos profissionais intelectuais, dos empresários rurais não registrados na Junta Comercial e a das Cooperativas [...] Não se considera empresário, por força do parágrafo único do art. 966 do CC, o exercente de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que contrate empregados para auxiliá-lo em seu trabalho. Estes profissionais exploram, portanto, atividades econômicas civis, não sujeitas ao Direito Comercial. Entre eles se encontram os profissionais liberais (advogado, médico, dentista, arquiteto etc.), os escritores e artistas de qualquer expressão (plásticos, músicos, atores etc.). Há uma exceção, prevista no mesmo dispositivo legal, em que o profissional intelectual se enquadra no conceito de empresário. Trata-se da hipótese em que o exercício da profissão constitui elemento de empresa.” Cf. COELHO. Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 34 e 35.

¹⁵⁶ BRASIL. Decreto 13.467 de 13 de julho de 2017.

¹⁵⁷ Diante disso, a primeira conclusão é que dificilmente um MEI na atividade fim da empresa atenderá a esses requisitos. Não se pode imaginar que um garçom MEI, por exemplo, é autônomo verdadeiramente. Note-se que neste caso qualquer ponderação sobre a eventualidade fica descartada já que, se a empresa formalizou o vínculo através de um contrato com o MEI, a continuidade é evidente pelo próprio contrato.

¹⁵⁸ COELHO, 2011. p. 29.

¹⁵⁹ NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa. v. 1: teoria geral da empresa e direito societário, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67.

¹⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 449-450.

¹⁶¹ NEGRÃO, 2017. p. 76.

¹⁶² CARVALHO DE MENDONÇA. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, v. 1, 5ª ed., p. 492. *Apud* BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial, 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 56.

¹⁶³ BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p 56.

¹⁶⁴ Coordenar tecnicamente e economicamente o direcionamento da organização não se confunde necessariamente com coordenação técnica de uma tarefa no ambiente de trabalho.

¹⁶⁵ Sobre esse aspecto é importante diferenciar o que são várias empresas de um grupo econômico do que são vários CNPJ que na verdade constituem uma única empresa e ainda, do que são duas empresas independentes com relações contratuais de terceirização. E a resposta para isso está na análise dos elementos da empresa, como tratado. De acordo com a nova redação do artigo 2º, §2º e §3º da CLT, dada pela Lei 13467/2017, uma empresa pode compor um grupo econômico estando sob direção, controle ou administração de outra, ou guardar sua autonomia e ainda assim integrar grupo econômico. O que caracteriza essa figura é justamente o interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas integrantes. São duas questões a se verificar: a autonomia de gerenciamento econômico e a existência de uma universalidade organizada própria para exercício da finalidade social de cada empresa. Quando aquele é realizado por uma outra empresa com interesses integrados e atuação conjunta, evidencia-se um grupo econômico, mas para isso, cada CNPJ deve consistir efetivamente em uma empresa, uma universalidade organizada como acima explicitado. Um ponto que também é possível debater assenta-se sobre o entendimento legal de que o grupo econômico tem responsabilidade solidária pelas obrigações decorrentes da relação de emprego, e tal entendimento é justamente pela realização de interesses comuns. Já, os §7º do art. 10 e §5º do art. 5º-A, da Lei 13429/2017, estabelecem responsabilidade subsidiária em uma relação em que se autoriza o trabalho dentro do estabelecimento da própria empresa tomadora, inclusive na sua atividade fim/principal. Isso significa que a relação de interesses existente entre essas empresas não pode ser mais forte do que aquela existente dentro de um grupo empresarial. Deste modo, é imperativa a interpretação da norma dentro dos parâmetros acima tratados, isto é, respeitando-se a condição individual de cada empresa, a sua autonomia e a inexistência de interesses comuns. Caso existam, deve-se verificar se estes CNPJ constituem na verdade uma empresa só, ou ainda, um grupo de empresas, impondo-se a responsabilidade solidária nesse caso e, naquele caso, sendo uma só empresa, redirecionando o foco de subordinação formalmente equivocado.

¹⁶⁶ NEGRÃO, 2017. p. 73.

¹⁶⁷ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'Impresa*, Rivista del Diritto Commerciale, v. 41, I, 1943, trad. Fábio Konder Comparato, Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 104, p. 122, out/dez. 1996. *apud* NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa. v. 1: teoria geral da empresa e direito societário, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 73.

¹⁶⁸ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*, volume 1, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 32.

¹⁶⁹ Sobre o assunto vide o Manual de Auditoria Aplicado à Fiscalização do Trabalho. Na sua apresentação, fica clara a pertinência da análise da contabilidade para inspeção da formalização dos vínculos empregatícios: “*Nesse cenário, visando, principalmente, ao combate à sonegação do FGTS e à informalidade da mão-de-obra, sem desprezar os demais atributos trabalhistas, é fundamental que o*

Auditor-Fiscal do Trabalho se atualize quanto aos mecanismos contábeis, pois, na escrituração, poderá buscar importantes subsídios para execução da fiscalização". Manual de auditoria aplicada à fiscalização do trabalho. – Brasília : MTE, SIT, 2001.p. 5. em https://enit.mte.gov.br/pluginfile.php/5549/mod_resource/content/2/MANUAL%20-%20Contabilidade%201.pdf

¹⁷⁰ MAMEDE, 2016. p. 187.

¹⁷¹ Ibid, p. 188

¹⁷² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa, 20ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 139.

¹⁷³ Observe-se a Resolução CONCLA 01/2015: “Art. 1º A Subcomissão Técnica para a CNAE-Subclasses, instituída pela Resolução CONCLA n.º 001/98, publicada no Diário Oficial da União – DOU em 26/06/98, e alterada pela Resolução 02/2007, publicada no DOU em 22/05/2007, tem por finalidade definir, implementar e manter a padronização da tabela das Subclasses da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE-Subclasses, promover a sua adoção pela administração pública federal, estadual e municipal, orientar a sua utilização em todo o território nacional e disponibilizar instrumentos de apoio e acompanhamento ao processo de classificação. Parágrafo único. A CNAE-Subclasses é um detalhamento da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE para uso da administração pública no âmbito federal, estadual e municipal, **com o objetivo de estabelecer um padrão de identidade econômica do agente produtivo, permitindo a integração entre as três esferas da administração pública e a comparabilidade das informações econômicas do País.**” (grifo nosso) em BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Comissão Nacional de Classificação. CONCLA n.º 01/2015. Estabelece o Regimento Interno da Subcomissão Técnica para o CNAE. Em http://concla.ibge.gov.br/images/concla/resolucoes_e_atas/Res.%20Concla%201-2015.pdf. Acesso em 06/09/2017.

¹⁷⁴ Isso significa que aquelas empresas contratadas para realizar a atividade fim da tomadora, mas sem um serviço específico, realizando tudo o que os empregados da tomadora realizam e de forma difusa, podem até existir individualmente como empresas, mas dificilmente para aquele contrato de trabalho, já que ali a subordinação estrutural à tomadora é evidente.

¹⁷⁵ Dentro desse quadro, é possível vislumbrar diversos outros exemplos de empresas dependentes, como um MEI que foi formalizado para atender unicamente à demanda de uma empresa e que não atende à sua própria finalidade ou uma empresa que foi fragmentada para enquadrar-se no SIMPLES.

¹⁷⁶ Vide o §1º do artigo 4º-C, incluído na Lei 6019/74 pela lei 13467/2017, que determina a equivalência salarial como apenas uma possibilidade a ser tratada entre contratada e contratante. A determinação do *caput* do artigo 4º-A, incluído pela mesma lei, e que determina a existência de capacidade econômica compatível com a execução da atividade, torna-se uma ficção que, supostamente criada para garantir a proteção do empregado, não é capaz de alcançá-lo, já que não se reverte para ele. Esse acaba por ser passível de ter sua mão de obra subvalorizada, justamente uma das questões que deveriam ser garantidas por essa capacidade econômica “compatível” com a execução da atividade. Essa, de fato, acaba por

tornar-se inócua já que o exercício da atividade pode ser realizado com recursos inferiores relativos ao custo de mão de obra. O princípio da igualdade, no caso, fica completamente mitigado e evidenciada a precarização de direitos. Por outro lado, no artigo 4-B, incluído pela Lei 13.429/2017, exige-se capital social compatível meramente com o número de empregados, olvidando o fato de que muitas vezes o custo da atividade não é relacionado unicamente com a quantidade de empregados, mas à custos específicos de segurança e valor da mão de obra individual, por exemplo.

¹⁷⁷ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora nº 4 – Serviços Especializados em engenharia de segurança e em medicina do trabalho. Disponível em <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR4.pdf>. Acesso em 06/09/2017.

¹⁷⁸ Imagine-se a situação de uma empresa “A”, com 260 empregados, que fabrique de bolsas de couro (15.21-1 – grau de risco 2) e conduz parte de seus empregados para trabalharem como terceirizados na sede de uma empresa “b”, que fabrica de sapatos de couro (15.31-9- grau de risco 3) com interesse em conhecer esse ramo para estender suas atividades. A empresa “A” disponibiliza 100 empregados para a empresa de sapatos, sendo menos de 50% do total de empregados, não se aplica o 4.2.2, não alterando o seu grau de risco). A empresa A, ante suas configurações, não necessita de técnico, engenheiro ou médico do trabalho. A empresa tomadora, ao seu turno, além desses terceirizados, conta com 450 empregados de modo que terão 550 empregados trabalhando naquele estabelecimento, com a complexidade de gerenciamento e serviços de risco 3. Não obstante, considerando-se que 100 desses empregados são terceirizados, deverá ter apenas dois técnicos de segurança, e nenhum engenheiro ou médico. Assim, dispensou-se de contratar um terceiro técnico de segurança do trabalho, 1 engenheiro de segurança do trabalho e 1 médico do trabalho, que teria se somasse 550 empregados contratados diretamente. Isso significa que a tabela de cálculo do SESMT terá sido desvirtuada e os empregados expostos a condições menos favoráveis de segurança e saúde no trabalho. No caso, não será aumentado o SESMT da empresa tomadora, mas ela deverá, já que a contratada não se enquadra no Quadro II, incluir os empregados em seu SESMT, sem, contudo, aumentar seu dimensionamento. Isso permite que a contratante tenha mais trabalhadores, direta ou indiretamente, com um SESMT menor. Por outro lado, os empregados da contratada terão tratamento diferenciado. Como exemplo, o treinamento. Esse será promovido pela empresa contratada (vide artigo 4º-C, I, “d”, da CLT, incluído pela Lei 13,467/2017), que tem experiência com bolsas de couro, mas não com sapatos. **.Note-se que no caso das empresas que prestam serviços especializados haveria uma coerência nessa regra.** Nesse caso, contudo, os motivos da empresa de terceirização não são claros. Não há uma atividade especial ou necessidade temporária de mão de obra, mas com a nova lei, entende que pode realizar a terceirização. Dessa maneira, sem uma ordem lógica que justifique, como seria no caso da especializada, há simplesmente uma fragmentação incoerente de um grupo relacionado de empregados relativamente à CIPA, SESMT, PCMSO e PPRA. Embora a legislação nova determine que a tomadora é responsável pela segurança dos empregados terceirizados, e as normas técnicas recomendem integração entre os programas das empresas tomadora e

prestadora de serviços, a fragmentação desnecessária implica em fragmentação de dados e diversas consequências que acabam por diferenciar os empregados da tomadora ante os da contratada. E aqui coloca-se como exemplos o registro de dados de acidentes de trabalho, os levantamentos estatísticos epidemiológicos de prevenção, a centralização de dados e documentos dos empregados, o diálogo entre CIPAs, entre outros. A integração, observe-se, nesse caso, torna tudo mais complexo, especialmente para a empresa contratada, que sequer se enquadra no quadro II da NR-4 e tampouco tem experiência específica na atividade para a qual designou seus empregados. Não teria, diante disso, condições de acompanhar a dimensão dos problemas dentro da tomadora, porque é muito mais complexa do que seu próprio dimensionamento, seja pelo grau de risco ou pela quantidade de empregados.

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, 6ª ed. Brasília: Ed Universidade de Brasília, 1995. p. 113.

¹⁸⁰ BOBBIO, 1995. p. 71.

¹⁸¹ BOBBIO, 1995. p. 80.

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 67-68.

¹⁸³ BRASIL. Decreto 5452/1943.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 5086-51.2010.5.01.0000, Redator Ministro José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 19/03/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2014. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em 09/06/2017.

¹⁸⁵ “... las constituciones son contratos sociales de forma escrita e positiva, pactos fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad...la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia.”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibañes e outros. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 53.

¹⁸⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 06/09/2017.

¹⁸⁷ “Es claro que una vez reconocida su naturaleza de principios axiológicos de justificación del estado, aquellos ya non son fundados, sino fundantes; pero lo son ya no en cuanto normas o peor, en cuanto situaciones de derecho natural, sino precisamente como principios ético-políticos externos, carentes de fundamentos puesto que ellos mismos son fundamentos y fruto de opciones morales o convenciones y no de normas jurídicas. Por otra parte, es también claro que una vez incorporados a las Constituciones, estos principios se convierten además en

normas jurídicas de rango constitucional. Pero ésta ya no es una alternativa sino una ambivalencia. Y es una ambivalencia que no tiene nada de misterioso, puesto que refleja simplemente el carácter tanto externo, o ético-político, como interno, o jurídico, de las fuentes de legitimación del estado constitucional de derecho” Cf. FERRAJOLI, 2000.p. 914-915.

¹⁸⁸ “[...] un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda la discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella”. Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 40.

¹⁸⁹ O Estado Garantista como heteropoiético, segundo a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, é aquele cuja legitimação política parte de baixo, da sociedade, diferentemente dos Estados autopoiéticos, em que a legitimação política vem desde cima: do soberano, de Deus, até, nas teorias modernas do positivismo ético, da própria legalidade jurídica.

¹⁹⁰ CADEMARTORI, Sergio de U. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 179.

THE UNITY OF LABOR LAW AND THE DYSTOPIAN FLEXIBILIZATION: WHEN OUTSOURCING OF AN ENTERPRISE’S CORE ACTIVITY IS NOT PERMITTED, EVEN IF THERE IS A LAW ALLOWING IT

ABSTRACT

The present study has the objective of presenting a critique of outsourcing from an interdisciplinary hermeneutic approach of Law as a system. The phenomenon of outsourcing will be analyzed starting from its usual understandings, regardless of the preconceptions of its legal validity, as it is precisely what the present study is intended to expose. In order to do so, the concepts of employee, employer, and enterprise will be examined, starting from an approach that intertwines labor law and company law and its relation to the Constitution and to general principles. The main scope is to unveil in what situations outsourcing is not possible because it represents a legal contradiction that does not support itself, as it infringes a historically constructed legal rationale, observed from

a Constitutional and systemic viewpoint. Therefore, the present study intends to demonstrate in which situations a law that authorizes the outsourcing of an enterprise's core activity is able to be applied, in light of the elements that represent the founding principles of the entire structure of labor law and relevant interdisciplinary relations.

Keywords: Flexibilization. Workers' unequal balance of power. Principles. Enterprise. Systematic analysis.

Submetido: 19 jun. 2017

Aprovado: 29 ago. 2017