

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

JÚNIOR EDUARDO ARNECKE

**O CONTRATO DE EMPREITADA, RESPONSABILIDADES E RELAÇÃO DE EMPREGO.
UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO NO COTIDIANO DA
INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL**

Porto Alegre
2015

JÚNIOR EDUARDO ARNECKE

**O CONTRATO DE EMPREITADA, RESPONSABILIDADES E RELAÇÃO DE EMPREGO.
UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO NO COTIDIANO DA
INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de título de Especialista em Direito do Trabalho, pelo Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles.

Porto Alegre

2015

*“O trabalho constitui uma dimensão fundamental
da existência do homem sobre a terra.”*

Papa João Paulo II

RESUMO

A adoção do relacionamento por empreitada, inclusive no âmbito da atividade-fim das empresas construtoras, é prática inerente ao próprio modelo de desenvolvimento da indústria da construção civil. Ocorre que as ações fiscalizatórias do Ministério do Trabalho e Emprego têm invalidado a sua aplicação, gerando incertezas quanto à efetiva liberdade para contratação sob este modelo e insegurança jurídica acerca das possíveis consequências de sua aplicação. O presente estudo visa analisar as relações de empreitada, as consequências e limites de sua aplicação, de forma ampla e abrangente, de modo a possibilitar a exteriorização dos argumentos que asseguram a validade da adoção da relação por empreitada no âmbito da atividade-fim da construção civil. Concluiu-se que a prática da relação por empreitada pela indústria da construção civil, além de não violar qualquer preceito legal, não precariza a relação de trabalho e, tampouco, suprime obrigações por parte do subempreiteiro e do empreiteiro principal, sobretudo porque, há uma co-responsabilização entre o empreiteiro/subempreiteiro e a empresa da construção civil que permite uma ampliação da garantia ao empregado de adimplemento das obrigações trabalhistas.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Empreitada. Sub-empreitada. Ministério do Trabalho. Ministério Público do Trabalho. Responsabilidade.

SUMÁRIO

RESUMO.....	3
SUMÁRIO	4
INTRODUÇÃO	5
1 CONTRATO DE EMPREITADA.....	6
1.1 OS FUNDAMENTOS DO CONTRATO DE EMPREITADA.....	6
1.2 A LIBERDADE PARA CONTRATAR	11
1.3 RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DA CONSTRUÇÃO CIVIL NA RELAÇÃO DE EMPREITADA.....	21
2 AÇÃO FISCALIZATÓRIA NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO	28
2.1 A INSPEÇÃO DO TRABALHO	28
2.2 LIMITES DA AÇÃO FISCAL	33
2.3 ANÁLISE DE AUTOS DE INFRAÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS.....	44
3 O VÍNCULO EMPREGATÍCIO	52
3.1 OS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO	52
3.2 DA (NÃO) CARACTERIZAÇÃO DOS REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NAS RELAÇÕES DE EMPREITADA.....	63
3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	77
REFERÊNCIAS.....	81
APÊNDICE.....	85

INTRODUÇÃO

No âmbito da construção civil, há muito tem sido consolidada a prática do relacionamento por empreitada como fundamental no processo produtivo, já que, além de atender à finalidade operacional das empresas, assegura aos trabalhadores a possibilidade de ampliação da vigência de seus contratos de trabalho, evitando demissões e rotatividade.

Ocorre que a contratação por empreitada na construção civil vem sendo constantemente questionada, sobretudo por repercutir em atividades inerentes à atividade-fim da empresa construtora, resultando suposta afronta ao teor da Súmula número 331 do TST, e, por outro lado, por existir a caracterização, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, do vínculo de emprego direto entre o empregado da empreiteira com a empresa construtora, sob o argumento de que há precarização das relações de trabalho havidas.

O estudo da validade da relação por empreitada, portanto, merece destaque, já que impacta diretamente no próprio modelo de desenvolvimento da indústria da construção civil, sendo necessário investigar se é possível a adoção da relação por empreitada e se há liberdade para contratação sob este modelo no dia-a-dia das empresas. A incerteza de posicionamento resulta em insegurança jurídica acerca do modelo produtivo a ser utilizado e das possíveis consequências de sua adoção.

Para tanto, o presente trabalho desenvolve, inicialmente, uma análise nas relações mediante contrato de empreitada, verificando os fundamentos que justificam a sua plena adoção, a liberdade para contratação por tal meio produtivo e as responsabilidades das empresas da construção civil que desenvolvem tais relações, como forma de garantir ao trabalhador - que está inserido no contexto da empreitada - que não ocorra a precarização da sua relação de trabalho.

Por outro lado, quem tem promovido o temor na cadeia produtiva da construção civil tem sido a ação fiscalizatória no âmbito do Ministério do Trabalho. Neste contexto, propõe-se a análise do contexto da inspeção do trabalho e dos limites da ação fiscal, sob a ótica da lei, doutrina e da jurisprudência, mormente pela verificação crítica dos fundamentos de um auto de infração incidente no âmbito da construção civil no Estado do Rio Grande do Sul.

A partir do contexto da empreitada e dos limites da ação fiscalizatória do Ministério do Trabalho e Emprego, será abordada a ocorrência ou não do vínculo de emprego entre os trabalhadores atuantes na relação de empreitada, sobretudo pelo prisma jurisprudencial.

Portanto, com a concreta análise da relação de empreitada e das consequências de sua aplicação, de forma ampla e abrangente, tem-se por objetivo assegurar argumentos hábeis a validar a adoção da empreitada no âmbito da atividade-fim da construção civil.

1 CONTRATO DE EMPREITADA

No presente capítulo serão apresentados, de forma sucinta, os principais fundamentos e justificativas do contrato de empreitada, dando ênfase, sobretudo, para sua previsão legal e importância à indústria da construção civil.

A partir disso, é analisada a liberdade de contratar por empreitada, avançando nos conceitos constitucionais da liberdade e da livre iniciativa ao empreendedor da construção civil de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente. Demonstra-se, ainda, a insubsistência dos argumentos contrários à empreitada, mediante análise crítica das principais objeções à esta modalidade de contratação.

Por fim, contextualizaremos que na adoção do contrato de empreitada são preservados os Direitos Fundamentais Sociais do trabalhador e respeitadas as obrigações trabalhistas previstas em nosso ordenamento, mediante atribuição de responsabilidades às construtoras ao aderirem nas contratações por empreitada.

1.1 OS FUNDAMENTOS DO CONTRATO DE EMPREITADA

A empreitada equivale à forma romana *locatio conductio operis* ou *locatio operis faciendi*. É o contrato pelo qual uma das partes obriga-se a executar por si só, ou com o auxílio de outros, mas sem dependência ou subordinação, determinada obra ou prestar certo serviço; e a outra parte a pagar o preço global ou proporcional ao trabalho realizado¹.

Hely Lopes Meirelles aprofunda-se no conceito, referindo ser o contrato de construção por empreitada um “*ajuste pelo qual o construtor-empregado, pessoa física ou jurídica habilitada a construir, se obriga a executar determinada obra, com autonomia na condução dos trabalhos, assumindo os encargos econômicos do empreendimento, e o proprietário ou comitente-empregador se compromete a pagar um preço fixo, ainda que ajustável, unitário ou global, e a receber a obra concluída nas condições convencionadas*”². Ratifica o entendimento, nesse mesmo sentido, Orlando Gomes³ e Maria Helena Diniz⁴.

Na lição de Arnaldo Wald, tal conceito é ainda mais distinto, ao caracterizar o contrato “*pela sua finalidade, pelo resultado alcançado e distinguindo-se do contrato de*

¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 629.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. p. 253-254.

³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 363.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. 3 v. p. 284.

trabalho, por exemplo, pela ausência de um vínculo de subordinação e de continuidade de um dos contratantes em relação ao outro”⁵. Ou seja, é a “obra” - que consiste no resultado produzido pela atividade ou pelo trabalho, que pode ser coisa móvel, material ou imaterial, ou imóvel⁶ - o objetivo precípuo, específico e imediato do contrato de empreitada⁷.

As características do contrato de empreitada (ou subempreitada) são as seguintes: *bilateralidade* (obrigações recíprocas), *comutatividade* (prestações equivalentes para as partes), *onerosidade* (transferência de uma parte para a outra de direitos e vantagens, mediante contraprestação), *consensualidade* (é o consentimentos dos contraentes que aperfeiçoa o contrato) e *execução continuada ou sucessiva* (a obra é realizada por uma sequência de atos)⁸. Observa-se, também, que o poder de fiscalizar a obra, não equivale ao poder de direção, na medida em que a direção técnica por parte da empresa construtora resulta do próprio contrato que determina previamente as obrigações do contratado/empreiteiro.⁹

No ordenamento jurídico pátrio, as relações por empreitada (ou subempreitada) são disciplinadas no âmbito do artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁰, nos artigos 610 e seguintes do Código Civil¹¹, no art. 55 e seguintes da Lei 4.591/64¹², e no art. 6º, VIII,

⁵ WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A. 1972. p. 307/308.

⁶ LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 368.

⁷ PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 8.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. 3 v. p. 284.

⁹ MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p.128.

¹⁰ Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

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

¹¹ Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. § 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes. § 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução.(...).

¹² Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Art. 55. Nas incorporações em que a construção seja feita pelo regime de empreitada, esta poderá ser a preço fixo, ou a preço reajustável por índices previamente determinados. § 1º Na empreitada a preço fixo, o preço da construção será irremovível, independentemente das variações que sofrer o custo efetivo das obras e qualquer que sejam suas causas. § 2º Na empreitada a preço reajustável, o preço fixado no contrato será reajustado na forma e nas épocas nele expressamente previstas, em função da variação dos índices adotados, também previstos obrigatoriamente no contrato. § 3º Nos contratos de construção por empreitada, a Comissão de Representantes fiscalizará o andamento da obra e a obediência ao Projeto e às especificações exercendo as demais obrigações inerentes à sua função representativa dos contratantes e fiscalizadora da construção. § 4º Nos contratos de construção fixados sob regime de empreitada, reajustável, a Comissão de Representantes fiscalizará, também, o cálculo do reajustamento. § 5º No

da Lei nº 8.666¹³, de 21 de junho de 1993¹⁴. No âmbito administrativo, a previsão vem colacionada na Instrução Normativa nº 971¹⁵ da Receita Federal do Brasil (RFB), de 13 de novembro de 2009. E na seara jurisprudencial, a menção vem chancelada na OJ-SDI1-191¹⁶ do C. Tribunal Superior do Trabalho (TST).

A Instrução Normativa nº 971 da Receita Federal do Brasil traz importantes contribuições, como aquela prevista no art. 322, XXVII, em que define o **contrato de empreitada** (*também conhecido como contrato de construção civil, contrato de execução de obra, contrato de obra, contrato de edificação*) como aquele celebrado entre o proprietário do imóvel, o incorporador, o dono da obra ou o condômino e uma empresa, para a execução de obra ou serviço de construção civil, no todo ou em parte, podendo ser: a) total, quando celebrado exclusivamente com empresa construtora, que assume a responsabilidade direta pela execução de todos os serviços necessários à realização da obra, compreendidos em todos os projetos a ela inerentes, com ou sem fornecimento de material; b) parcial, quando celebrado com empresa construtora ou prestadora de serviços na área de construção civil, para execução de parte da obra, com ou sem fornecimento de material. O mesmo artigo em seu inciso XXVIII define o **contrato de subempreitada**, como aquele celebrado entre a

Contrato deverá ser mencionado o montante do orçamento atualizado da obra, calculado de acordo com as normas do inciso III, do art. 53, com base nos custos unitários referidos no art. 54, quando o preço estipulado for inferior ao mesmo. § 6º Na forma de expressa referência, os contratos de empreitada entendem-se como sendo a preço fixo.

¹³ Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; (...) e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

¹⁴ Esta última, aplicada restritivamente no âmbito das licitações e contratos da Administração Pública.

¹⁵ Brasil. Receita Federal Do Brasil, Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009. DOU de 17/11/2009.

¹⁶ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho – Orientação Jurisprudencial -SDI1-191 - CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 - Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora. (em Brasil. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico]. – Brasília: Coordenadoria de Serviços Gráficos de Administração do Conselho da Justiça Federal, 2015. [530 p.]. Modo de acesso: < http://www.tst.jus.br/documents/10157/1563615/Livro-versao2014-igual_IndRem.pdf>

empreiteira ou qualquer empresa subcontratada e outra empresa, para executar obra ou serviço de construção civil, no todo ou em parte, com ou sem fornecimento de material.

Em verdade, a relação de empreitada pode ser interpretada como aquela celebrada para a execução total ou parcial de obra ou de serviços na construção civil, com ou sem fornecimento de material, sempre objetivando determinada finalidade, concebível pelo resultado alcançado. Aliás, considera-se o *resultado final*¹⁷, mediante obrigação de “*dar*”¹⁸ e “*fazer*”¹⁹, como a principal distinção entre o contrato de empreitada e o contrato de prestação de serviço²⁰.

Isso, pois, a construção civil é caracterizada como uma *indústria de montagem*, que por meio da cooperação de esforços técnicos, tecnologias e, principalmente, *know how* específicos, habilita-se à execução e consecução de seu produto final, a “*obra*”, que, no teor da lei²¹, é “*toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta*”.

A construção civil, portanto, e diferentemente de outros segmentos de produção, tem forma própria, legítima e inerente de gestão e de organização do processo produtivo, com regramento próprio e específico. Uma das particularidades deste tipo de atividade econômica, consiste no fato de que, em muitos casos, as empresas construtoras não têm condições de promover a continuidade das relações de trabalho durante o exercício de sua atividade empresarial. Isso porque, toda edificação é composta por um *complexo sistema funcional*²² de distintas etapas, autônomas entre si, com o uso de meios e especialidades específicas, tais como fundação, estrutura, vedação, elétrico, hidrossanitário e cobertura²³. Cada uma das etapas exige aperfeiçoamento e profissionalização distintos, cujos trabalhadores, normalmente, compreendem equipes com conhecimento profissional diferenciado e especialização característica de seu campo de atuação.

Por exemplo, a construção de um edifício envolve diversas etapas e diversos profissionais e seria quase impossível a empresa construtora ter domínio e executar todas essas etapas. A fundação, exemplificativamente, exige pessoal especializado e máquinas

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 202.

¹⁸ MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p.130.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Construção de Edifício – Empreitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 600, out. 1985. p. 10.

²⁰ O contrato de empreitada difere-se do contrato de prestação de serviço, na medida em que, enquanto no contrato de empreitada se promete um resultado, cabendo ao empreiteiro o risco do negócio, na prestação de serviço se promete uma atividade e o risco é assumido pelo próprio tomador beneficiário da atividade.

²¹ Art. 6º, I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

²² DEL MAR, Carlos Pinto. **Direito na construção civil**. São Paulo: Pini: Leud, 2015. p. 87.

²³ DEL MAR, Carlos Pinto. **Direito na construção civil**. São Paulo: Pini: Leud, 2015. p. 88.

caras. Para realização dessa etapa, se a empresa construtora não pudesse contratar empreiteiras, teria que encontrar pessoal especializado para contratação, comprar ou alugar máquinas pesadas. Esses empregados seriam utilizados apenas nessa fase da obra, por exíguos períodos de tempo, e, depois, dispensados, o mesmo ocorrendo em praticamente todas as fases da obra, pois, registre-se: o pedreiro que faz a fundação não é o mesmo que realiza o reboco; e, o pedreiro que realiza o reboco, não é necessariamente o mesmo que assenta piso.

Assim, cada equipe executa a sua etapa da obra, de forma cíclica, sendo que outra equipe especializada assume a etapa posterior. E, após terminar o ciclo, a equipe é contratada por outras empresas e outras obras, no âmbito da sua especialização.

E justamente por isso, que diferentemente de outras áreas, as empresas construtoras não têm como manter na obra um profissional capacitado para exercer uma função cuja etapa já se encerrou. No entanto, se ele é empregado de uma empresa especializada para determinado tipo de serviço, estará em permanente atividade, sobre o que, tal modelo de relacionamento contribui para a economia e para a segurança econômica de trabalhadores, mantendo contratos de trabalho, evitando demissões e rotatividade de mão de obra.

Esse contexto fático parece justificar a legislação que autoriza o emprego do contrato de empreitada de forma ampla, pelas empresas de construção civil, como forma de viabilizar a execução da obra e torná-la menos onerosa, o que resulta em preços mais acessíveis aos consumidores finais. Sobre tanto, a exposição de motivos do Código Civil de 2002, registra que a *empreitada* prevê “*disposições mais adequadas às exigências tecnológicas hodiernas, de modo a atender às finalidades sociais do contrato e às relações de equilíbrio que devem existir entre o dono da obra, o projetista e o construtor, tais como revelado pela experiência dos últimos anos*”²⁴(grifos nossos)

E, em razão de tanto, necessário ter-se presente três conceitos nucleares:

a) A contratação por empreitada é ínsita à atividade da construção civil e necessária à atividade das empresas que formam e impulsionam este importante setor da economia nacional;

b) A contratação por empreitada é instituto expressamente previsto na legislação pátria, podendo, inclusive, ser empreitada exclusiva de labor (só mão de obra, em que o empreiteiro não fornece materiais) ou mista (quando o empreiteiro participa não somente

²⁴ Mensagem nº 160 ao Congresso Nacional, de 10 de junho de 1975, Exposições de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça e do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, o anexo projeto de lei que institui o Código Civil. MIGUEL REALE.

com o seu trabalho, como também fornece os materiais necessários à consecução da obra)²⁵.

c) A contratação por empreitada não representa ofensa, lesão ou diminuição dos direitos dos trabalhadores. Do contrário, não seria autorizada legalmente.

Uma vez satisfeito o resultado da contratação por empreitada pela entrega da “obra” e tendo sido operadas todas as contraprestações devidas, dentro dos parâmetros contratados, os interesses de ambas as partes restaram concretizados, concebendo-se o adimplemento contratual, consolidado pela incidência dos seguintes princípios: o da boa-fé; o da correspondência, identidade ou pontualidade; o da integralidade e o da concretização²⁶.

1.2 A LIBERDADE PARA CONTRATAR

A contratação por empreitada, mesmo em atividade inerente e conexa à finalidade da empresa construtora, não se reveste de qualquer ilegalidade e/ou inconstitucionalidade. Tanto é assim que o embasamento previsto na Súmula 331 do TST não se faz aplicável ao contrato de empreitada, mormente quanto à discussão a respeito da atividade-fim, vez que a hipótese sumulada não tem o condão de afastar a concreta aplicação das leis²⁷ que tipificam²⁸ as relações de empreitada, valendo referir que, até que promulgada nova lei, que modifique ou revogue tal instituto²⁹, cabe ao juiz aplicar a lei, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum³⁰, tal como preconiza a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Com efeito: *não há como afastar a aplicação de leis específicas*³¹ que tratam do instituto da empreitada – os quais *permitem* a contratação para a execução total ou parcial

²⁵ DEL MAR, Carlos Pinto. **Direito na Construção Civil**. São Paulo: Pini: Leud, 2015. pag.68.

²⁶ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e Teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15.

²⁷ Artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho; artigos 610 e seguintes do Código Civil; art. 55 e seguintes da Lei 4.591/64; art. 6º, IV, da Lei nº 8.666/93, exemplificativamente.

²⁸ O princípio da tipicidade é um corolário do princípio da legalidade. A tipicidade deve ser tratada como princípio específico da segurança jurídica. Remete à noção de qualidade do tipo e tipificação, como adequação do fato gerador ao concreto e abstrato, ou, em outras palavras, reveste as características necessárias à sua configuração lógica. Tal matéria importa em significativos e profícuos estudos e teses de Karl Larenz, Arthur Kaufmann, Klaus Tipke, Paul Kirchhof, Alberto Xavier, entre outros. Acerca do tema: LOBO TORRES, Ricardo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 468/478.

²⁹ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 2º.

³⁰ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 5º.

³¹ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 3º

de obra ou de serviços na construção civil e *não fazem qualquer vedação* a respeito da atividade-fim - para prevalecer o entendimento da Súmula 331 do TST, sob pena de afronta, além do *princípio da legalidade*³², ao *princípio da separação dos poderes*³³, que é um dos princípios basilares perfilados na nossa Constituição Federal.

Isso porque, no Estado de Direito, *a criação da Lei ou das normas com força de Lei* – como expressão da vontade geral – é atividade própria dos órgãos de representação política, para tanto legitimados em eleições livres e periódicas, tal como estabelece o art. 22 da Constituição Federal, que é cristalino ao atribuir competência privativa à União para legislar sobre matérias do âmbito do direito civil e do trabalho. Aos demais poderes - Executivo e Judiciário, respectivamente -, cabe *gerir a coisa pública e resolver as contendas*, dentro dos limites legais impostos pelas leis ³⁴. Afinal de contas, uma coisa é atribuírem-se significados ou sentidos às regras do direito, outra, bem distinta, é desconstituir, renegar ou escusar a sua aplicação.

Se não bastasse a vasta previsão legal hábil a amparar a validade das relações por empreitada, mesmo se essa legislação fosse considerada omissa (o que, de fato, não é, mas se refere ao sabor do argumento), caberia ao judiciário decidir o caso de acordo com a analogia, os *costumes* e os princípios gerais de direito³⁵. E, sobre tanto, não há como se refutar que a aplicação das relações por empreitada já está consagrada como um consolidado *costume* da sociedade brasileira, forjada ao longo do tempo pela sua constante adoção, contemplada legalmente desde o Código Comercial de 1850³⁶. Sobre tanto, a aceitação desta relação contratual civil, da forma em que delineada, foi chancelada pelo Código Civil de 1916, pela CLT de 1943 e ratificada pelo Código Civil de 2002, entre outros, demonstrando que, há mais de 165 anos, é inconteste a sua plena adoção, na promoção de atos jurídicos perfeitos³⁷ mediante a exteriorização consciente da vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido, não proibido e possível.³⁸

³² BRASIL, Constituição Federal - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

³³ BRASIL, Constituição Federal - Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 92.

³⁵ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 54º.

³⁶ Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, artigos 227 e seguintes;

³⁷ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 6º, § 1º.

³⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 121.

Acerca da aplicação dos *costumes*, R. LIMONGI FRANÇA, ao analisar os elementos da hermenêutica e aplicação do direito, aduz que “o fundamento do costume é o mesmo da lei, pois, ao lado desta, é igualmente uma expressão do direito positivo. Assim sendo, na falta da lei, ou na sua obscuridade, os costumes devem ser respeitados, porque constituem a cristalização de regras de agir, ordenadas à noção prática do justo, cuja necessidade se impõe como condição ao convívio social”³⁹.

Complementa dispondo que “o costume surge e deve ser respeitado, não porque é antigo, e, além disso, porque as pessoas acham que isso é certo, mas porque, no amago da natureza das instituições, há modos de proceder que, independentemente não podem ficar ao sabor dos particulares, sob pena do comprometimento dos fins da própria existência das mesmas instituições; por isso, com o decorrer do tempo, esses modos de agir, por sua oportunidade, por sua constância, por sua utilidade, por sua coerência, vão se constituindo em preceito rígido, a ponto de adquirirem força de verdadeira lei.”⁴⁰ (grifos nossos)

Aliás, a regra aos particulares é a liberdade de agir. As limitações, positivas ou negativas, deverão estar expressas em lei⁴¹. E neste contexto a Constituição da República Federativa do Brasil, desde o seu preâmbulo⁴², assegurou os valores da liberdade⁴³, e, no

³⁹ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 139/140.

⁴⁰ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 139/140.

⁴¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 126-127.

⁴² BRASIL, Constituição Federal - Preâmbulo - Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, **a liberdade**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifos nossos)

⁴³ Nesse sentido, decidiu o STF: “Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao **Preâmbulo da Constituição**, no qual se contém a **explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988** (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas **a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos** (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. **‘Assegurar’ tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico**’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio

seu cerne, estabeleceu o exercício deste valor como garantia individual e fundamental, com status de cláusula pétrea, irrevogável e imutável, nos seguintes termos: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”⁴⁴

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como “ser” em busca da “auto-realização”, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades⁴⁵. O Estado Democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais⁴⁶. A *liberdade* prevista na Carta Constitucional, portanto, ao ser invocada de forma ampla e genérica, abrange toda e qualquer espécie de liberdade.

A análise da liberdade do indivíduo em desenvolver determinada atividade empresarial, por sua vez, é representada pela *livre iniciativa*⁴⁷ (em que a inobservância é capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente), conforme preconiza o art. 170 da Constituição Federal.

Nesse sentido, o STF assim decidiu:

“É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a **nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade**. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos

jurídico da solidariedade.” (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.) – grifos nossos.

⁴⁴ BRASIL, Constituição Federal - Art. 5º.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 359.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.. p. 359.

⁴⁷ A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.” (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006.) No mesmo sentido: AI 683.098-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-6-2010, Segunda Turma, DJE de 25-6-2010.

preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. **A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.** Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar à formação dos estudantes.” (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3/11/2005, Plenário, DJ de 2/6/2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15/2/2006, Plenário, DJ de 23/6/2006.

Nesse contexto, também, situa-se a *liberdade de contratar*, importante preceito para o desenvolvimento da atividade empresarial brasileira, sobremaneira na busca do *pleno emprego*⁴⁸, que pode ser vista sob dois prismas, seja pela liberdade de contratar o que e com quem se quiser, ou de contratar da forma que bem se entender (art. 425 CC/2002). Sobre tanto, imperioso ressaltar que a liberdade de contratar “*só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.*”⁴⁹. Nas palavras de Sússekind, essa liberdade deve ser interpretada em um “*sistema profundamente comprometido com a função social do direito, e preocupado com a construção da dignidade do homem e de uma sociedade mais justa e igualitária*”⁵⁰. Sobre tanto, aliás, diga-se que o excesso de restrições à liberdade, para que seja assegurada com a máxima eficácia a preservação da ordem (por exemplo), esta acaba perdendo o caráter de meio para se converter em fim. E então será uma ordem maléfica, por se constituir um empecilho à consecução dos valores fundamentais da pessoa humana, entre os quais se inscreve a liberdade⁵¹.

⁴⁸ Sobre tanto, é válida a afirmação de Wagner Balera: “*uma sociedade é livre quando, mediante políticas sociais e econômicas, as forças vivas do País, perseguem, a todo custo o ideal do pleno emprego*” (BALERA, Wagner. **O Valor Social do Trabalho**. In: Revista LTr, n. 10, out. 1994.p. 1167.)

⁴⁹ Mensagem nº 160 ao Congresso Nacional, de 10 de junho de 1975, Exposições de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça e do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, o anexo projeto de lei que institui o Código Civil.

⁵⁰ SÚSSEKIND, Arnaldo. **Os princípios do Direito do Trabalho**, p. 17. In: Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Ano XVI, n. 16. O direito e o Processo do Trabalho em Transformação. São Paulo: LTr Editora, 2008. p. 17.

⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 130.

Entendimento contrário à contratação por empreitada viola, além dos fundamentos legais antes indicados, a própria vontade do legislador, como se demonstrou.

Por esses motivos, perfeitamente cabível, por expressas disposições em lei, que o contrato de empreitada (ou subempreitada) na construção civil, independentemente da natureza da atividade (seja ela atividade fim ou atividade meio) é existente, perfeitamente válido e eficaz⁵², não havendo qualquer limitação e/ou restrição legal para adoção deste critério de contratação (art. 5, II, da Constituição Federal), sobremaneira porque, através do artigo 455 da CLT, o legislador buscou aproximar a realidade social que o Direito busca regulamentar para alcançar a Justiça.

A adoção do instituto em estudo, sob todos os enfoques, não revela qualquer *ilicitude*. Isso porque, para que se possa considerar *ilícito* um fato, seja evento ou conduta, “é necessário que implique violação da ordem jurídica, negando os fins do direito, e seja praticado ou esteja vinculado a alguém imputável. Sem que concorram esses dois elementos, não há *ilicitude*”⁵³. Em síntese: não há *ilicitude* se o ato é permitido pelo direito. Sobre tanto, ainda, para se caracterizar o ato como ilícito, além de restar comprovada a manifesta violação do ordenamento jurídico, ainda assim, necessária à demonstração da conduta e da intenção do agente em almejar determinado resultado⁵⁴. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever⁵⁵ legal ou contratual, de que resulta dano para outrem⁵⁶.

Destaque-se, por outro enfoque, a importância da questão da *hierarquia das normas - fontes formais - aplicáveis ao Direito do Trabalho*. Embora a teoria que norteia o direito pátrio sustente a hierarquia das normas fundado exemplo escalonado apresentado na pirâmide de Kelsen, há autores que argumentam que em se tratando de hierarquia de fontes “trabalhistas” a pirâmide *kelseniana* não seria aplicável, pois na seara trabalhista sempre ocupará o vértice a norma mais favorável ao empregado, sendo, no Direito do Trabalho, relativizada a hierarquia das fontes formais⁵⁷. O sistema jurídico, nas distintas percepções,

⁵² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 82.

⁵³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 197.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. 1 v. p. 560.

⁵⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4. p. 22.

⁵⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 488.

⁵⁷ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 125.

entretanto, deve ser apreciado em seu conjunto, mediante análise de espaços de poder cedidos em distintas esferas da legislação⁵⁸.

Neste contexto, aliás, há de se ressaltado o posicionamento do Des. Francisco Rossal de Araujo, ao afirmar que a *jurisprudência serve apenas como fonte material de Direito, assim como, por exemplo, a Doutrina e os movimentos sociais, mas não constitui, em nosso ordenamento jurídico, fonte formal, por lhes faltar impessoalidade, abstração e generalidade. Dessa forma, podem os juízes decidir diferentemente a mesma questão, pois a jurisprudência não obriga (efeito vinculante) o juiz a segui-la*⁵⁹. As Súmulas do TST, portanto, ao sequer gerar efeito vinculativo aos Juízes de instâncias inferiores, integrantes da estrutura da própria justiça especializada, não tem o condão de regular qualquer relação social e impor limitações, positivas ou negativas, à sociedade. Tanto é verdade, que o próprio art. 59 da Constituição Federal, revela a intenção do constituinte em limitar os instrumentos normativos⁶⁰ compreendidos na regulação da sociedade, aptos a instituir direitos e criar obrigações, sobre o que, aliás, não são contempladas as Súmulas do TST.

E justamente nesse contexto sumular é que surge o primeiro argumento contrário à relação de empreitada, sob o mote de que é caracterizada *intermediação irregular de mão de obra por empresa interposta* mediante atos praticados com o objetivo de fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, em afronta ao preconizado na Súmula 331 do C. TST e ao art. 9 da CLT, que assim dispõem, respectivamente:

TST, Súmula nº 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

⁵⁸ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 125.

⁵⁹ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 121.

⁶⁰ São os instrumentos normativos, a saber: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; e, VII - resoluções.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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

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

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.

Primeiro, diga-se que a Súmula 331/TST não se aplica às relações de empreitada nos termos do art. 455 da CLT, tal como, inclusive, reconheceu o C. TST, verbis:

CONTRATO DE SUBEMPREITADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPREITEIRA PRINCIPAL. A Súmula 331/TST não se aplica às situações em que caracterizada a subempreitada, hipótese prevista no art. 455 da CLT. (...) (TST, Processo: AIRR - 608-79.2011.5.15.0095 Data de Julgamento: 21/10/2015, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015).

E mesmo que assim não o fosse, a Súmula nº 331 do TST não tem o condão de afetar a possibilidade de contratação por empreitada para a execução total ou parcial de obra ou de serviços na construção civil (inclusive no âmbito da atividade-fim da construtora).

Sobre tanto, já existem discussões sob o enfoque constitucional das limitações à prestação de serviço no âmbito da atividade-fim das empresas contratantes, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713211, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal. Neste processo, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra) questiona decisão da Justiça do Trabalho que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Guanhães e Região, foi condenada a se abster de contratar terceiros para sua atividade-fim. Isso porque, a proibição genérica de terceirização de qualquer parte do processo produtivo baseada apenas na interpretação

jurisprudencial dos tribunais trabalhistas (Súmula 331 do TST) do que seria atividade, interfere no direito fundamental de livre iniciativa.

No recurso ao STF, busca-se analisar o fato de que não existe definição jurídica sobre o que sejam exatamente, “atividade-meio” e “atividade-fim” na lei brasileira. É sustentado, ainda, que tal distinção é incompatível com o processo de produção moderno. Assim, a proibição da terceirização, baseada apenas na jurisprudência trabalhista, violaria o princípio da legalidade contido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Em manifestação nos autos do referido processo, o ministro Luiz Fux observou que o tema em discussão – a delimitação das hipóteses de terceirização diante do que se compreende por atividade-fim – é matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar. A existência de inúmeros processos sobre a matéria poderia, segundo ele, “*ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos*”. O entendimento do relator pelo reconhecimento da repercussão geral do tema foi seguido, por maioria, em deliberação no Plenário Virtual da Corte, e, por sua vez, pende de julgamento.

No mais, e no que se refere ao segundo fundamento contrário à adoção do contrato de empreitada, tem se sustentado que a relação por empreitada revela mecanismo fraudulento e simulado para intermediação de mão-de-obra por meio de empresa interposta, que importa em nulidade do ato, nos termos do art. 9 da CLT: “*Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação*”. Dito fundamento, igualmente, não se sustenta.

O uso generalizado da expressão fraude à lei induz uma visão distorcida do problema. O artigo em referência pune com nulidade de pleno direito os atos praticados com *três hipóteses de objetivo (intenção): desvirtuar, impedir ou fraudar* os preceitos contidos na CLT⁶¹. A terceira das hipóteses previstas no dispositivo consolidado passou a ser utilizada como gênero, dos quais a primeira (desvirtuar) e a segunda hipótese (impedir) seriam espécies⁶². Assim, para caracterização do *suporte fático* e a *concreção* da adoção de tal previsão legal, a comprovação *da intencionalidade de burlar a lei* é indispensável⁶³. Na relação por empreitada, por sua vez, não restam violados os preceitos trabalhistas, mormente os art. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Não se trata de promover

⁶¹ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 444.

⁶² ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 444.

⁶³ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 445.

atos complexos e artifícios jurídicos para esvaziar o conceito de empregado ou empregador, com objetivo ilícito, sobretudo porque o ato em fraude a lei deve ser considerado como um só ato (o todo, unitariamente considerado) e analisado no âmbito da coletividade (e não caso a caso, considerando o empregado – individualmente). A declaração de nulidade do fenômeno jurídico pela aplicação do art. 9º da CLT segue a lógica do *princípio da primazia da realidade*, que visa à priorização da verdade real diante da verdade formal. Sobre tanto, aliás, no Brasil a contratação de trabalhadores por interposta pessoa, por si só, não é ilícita, uma vez que o próprio TST, embora em hipóteses restritas, admite a terceirização⁶⁴, sendo, refutada, nesse caso, a fraude, sobremaneira porque não demonstrada a ocorrência *da intencionalidade de burlar a lei*.

Ao analisar tal quadro fático-jurídico, no âmbito da argumentação contrária à contratação por empreitada, uma reflexão sobre a suposta fraude nestas relações se faz necessária: em sendo a fraude o resultado da *intenção* do agente e, em sendo a relação de empreita a mera *concreção*⁶⁵ da aplicação da lei, poder-se-ia pressupor que, pela mera aplicação da lei – como *expressão do direito*⁶⁶ – já restaria caracterizada a fraude? O raciocínio lógico levaria a mais uma conclusão: que as próprias leis que dispõe sobre a empreitada seriam fraudulentas, independentemente de qualquer ação? E então, como se faria para afastar a aplicação da lei - que prevê a empreitada - no todo ou em parte? Seria necessário declarar tal lei como inconstitucional? Ora, para dispor sobre tal matéria, em observância ao artigo 97 da Constituição Federal de 1988, caberia exclusivamente aos órgãos especiais dos tribunais, sobremaneira do Supremo Tribunal Federal, a competência de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, e, com isso, afastar sua incidência, no todo ou em parte, desde que assim decidisse com a maioria absoluta de seus membros, observando, portanto, a cláusula de reserva de plenário prevista na Súmula Vinculante nº 10 do STF⁶⁷. Sobre tanto, ainda, convém registrar que uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, é incumbência privativa do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, determinar a suspensão da execução da lei, cuja força de tal

⁶⁴ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 445.

⁶⁵ tornar concreto o suporte fático.

⁶⁶ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 61.

⁶⁷ STF, Súmula Vinculante nº 10 - Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

determinação comina em verdadeira revogação⁶⁸. Tal reflexão demonstra, sobretudo, o quão vazia é argumentação no sentido contrário à relação de empreitada.

Por todo o exposto, tem-se que a contratação por empreitada, mesmo em atividade inerente e conexa à finalidade da empresa construtora, não se reveste de qualquer ilegalidade e/ou inconstitucionalidade. Outrossim, o embasamento previsto na Súmula 331 do TST não se faz aplicável ao contrato de empreitada, na medida em que esta previsão sumular: **(a)** não tem o condão de afastar a fonte formal de direito que tipifica as relações de empreitada, sob pena de afronta, além do *princípio da legalidade*, ao *princípio da separação dos poderes*; **(b)** não tem aptidão de extinguir prática social decorrente de *costume* radicado na sociedade brasileira, forjada ao longo do tempo pela sua constante adoção e chancelada na nossa legislação há mais de um século. **(c)** viola a *liberdade* do indivíduo, representada pela *livre iniciativa* de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente; **(d)** restringe a liberdade de contratar o que e com quem se quiser, ou de contratar da forma que bem se entender estabelecida no art. 425 CC/2002; **(e)** não qualifica a contratação por empreitada como ato ilícito em violação da ordem jurídica; **(f)** serve apenas como fonte material de Direito, não gerando efeito vinculativo aos Juízes de instâncias inferiores e, sobremaneira, à sociedade; **(g)** afronta o art. 59 da Constituição Federal que relaciona os instrumentos normativos que são aptos a instituir direitos e criar obrigações; **(h)** usurpa a competência do Legislativo Federal em afronta ao art. 22, I, da Constituição Federal, violando, igualmente, o princípio da separação dos poderes estabelecido no art. 2, da Constituição Federal; **(i)** aniquila o princípio da legalidade ao impor limitações, positivas ou negativas, mediante designações de “atividade-meio” e “atividade-fim” não expressas em lei, violando o art. 5, II, da Constituição Federal; e **(j)** não caracteriza a ocorrência de fraude na empreitada, já que os atos são praticados em observância à própria lei, e, portanto, não representam intencionalidade e tampouco caracterizam suporte fático a demonstrar o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos contidos na CLT.

1.3 RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DA CONSTRUÇÃO CIVIL NA RELAÇÃO DE EMPREITADA.

O ordenamento jurídico, tal como referido nos capítulos antecedentes, permite a contratação por empreitada, parcial ou total, sem qualquer restrição quanto a atividade-meio

⁶⁸ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 120.

ou atividade-fim. Importa ao estudo averiguar, se na relação havida entre uma empresa construtora ou incorporadora⁶⁹ com um empreiteiro/subempreiteiro, existe responsabilidade e, conseqüentemente, qual o tipo de responsabilidade aplicável na hipótese de inadimplemento das obrigações derivadas do contrato de trabalho por parte do empreiteiro/subempreiteiro.

De início, importa analisar os fundamentos legais relativos à matéria. O primeiro artigo em análise é o art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que assim dispõe:

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

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

O artigo em referência, no que concerne à responsabilização da empresa contratante, é cristalino ao trazer as seguintes expressões: (a) é reconhecido aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal (no caso, empresa contratante) pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do subempreiteiro; (b) Ao empreiteiro principal fica ressalvada a retenção de importâncias ao subempreiteiro devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

Os artigos 610 e seguintes do Código Civil e os artigos 55 e seguintes da Lei 4.591/64, não trazem previsão expressa apta a beneficiar os empregados, quanto ao direito de reclamação contra o contratante pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do empreiteiro/subempreiteiro. Restringem-se nestas leis os preceitos legais quanto à responsabilidade pela obra e a quem compete os riscos da empreitada.

Já na seara jurisprudencial, a menção à responsabilização da relação de empreitada vem chancelada na OJ-SDI1-191 do C. Tribunal Superior do Trabalho (TST).

CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, **salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.**

⁶⁹ restritivamente estas, não abrangendo o presente estudo a “dona da obra”, exclusivamente.

Define-se, em dita orientação jurisprudencial a expressa a ausência de responsabilidade ao dono da obra nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro. Entretanto, faz expressa ressalva quando o dono da obra for uma empresa construtora ou incorporadora, que é justamente o caso que impõe a análise.

O fato de o legislador não ter expressado textualmente qual das formas de responsabilidade existente na relação de empreitada havida entre uma empresa construtora ou incorporadora e um empreiteiro/subempreiteiro, tornou muito controvertida a questão na doutrina e na própria jurisprudência, com ampla divergência na argumentação.

José Luiz Ferreira Prunes⁷⁰, por exemplo, defende serem empreiteiros e subempreiteiros solidariamente responsáveis pelos débitos contraídos por estes. Entre os que defendem a tese de que a responsabilidade em casos de subempreitada é subsidiária, entretanto, estão autores como Maurício Godinho Delgado⁷¹ e Alice Monteiro de Barros⁷² e Sergio Pinto Martins⁷³.

Esta divergência alcançou os Tribunais pátrios havendo uma infinidade de julgados a respeito. Todavia, na minuciosa análise da jurisprudência do TST⁷⁴, por exemplo, há jurisprudência preponderante atual⁷⁵ em todas as 8 Turmas de julgamento, sustentando que ao ser a contratante uma empresa construtora ou incorporadora é devida a responsabilidade solidária com o empreiteiro/subempreiteiro pelos débitos trabalhistas reconhecidos em juízo.

Exemplificativamente, seguem alguns dos julgados:

"[...] TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Inviável o processamento do recurso de revista por violação do art. 5º, II, da

⁷⁰ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. 1. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. p. 319.

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 367.

⁷² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 357.

⁷³ MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.404.

⁷⁴ Análise dos acórdãos dos seguintes processos: TST, Processo: AIRR - 635-23.2012.5.02.0052 Data de Julgamento: 21/10/2015, Relatora Desembargadora Convocada: Luíza Lomba, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015; TST, Processo: RR - 155000-08.2013.5.17.0141 Data de Julgamento: 30/09/2015, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/10/2015; TST, Processo AIRR - 1641-86.2010.5.06.0161, Ac. 3ª Turma, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 12/06/2015; TST Processo AIRR - 29400-62.2003.5.15.0050 , Ac. 4ª Turma, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, DEJT 15/05/2015; TST, Processo: AIRR - 20589-56.2013.5.04.0281 Data de Julgamento: 14/10/2015, Relator Desembargador Convocado: Tarcísio Régis Valente, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015; TST, Processo: AIRR - 1021-65.2012.5.09.0664 Data de Julgamento: 29/04/2015, Relator Desembargador Convocado: Américo Bedê Freire, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015; TST, Processo: Ag-AIRR - 1103-14.2011.5.02.0022, Data de Julgamento: 17/06/2015, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015; e, TST, Processo: AIRR - 194000-74.2007.5.02.0001 Data de Julgamento: 20/05/2015, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015.

⁷⁵ Considerando o período de análise entre 01.01.2015 e 30.10.2015.

Constituição Federal, pois a questão da responsabilidade solidária foi decidida com fulcro no art. 455 da CLT, o que impede a violação direta do referido dispositivo (Súmula nº 636 do STF). Ademais, conforme consta da decisão regional não foi reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a recorrente, razão por que não haveria que se provar que o autor esteve vinculado a sua direção. Aliás, restou incontroverso que o empregado laborou como pedreiro, **exercendo suas atividades na obra que tem como empreiteira principal o CONSÓRCIO VIA ENGENHARIA - TORC, devendo responder de forma solidária nos termos do art. 455 da CLT**, pelo pagamento das verbas rescisórias. Agravo de instrumento conhecido e desprovido". (TST-AIRR - 1641-86.2010.5.06.0161, Ac. **3ª Turma**, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 12/06/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA SEGUNDA RECLAMADA (CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S.A.). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. O Regional, soberano na análise do conjunto fático probatório, consignou que a Agravante contratou a primeira Reclamada para a execução de atividade intrínseca ao seu objeto social, razão pela qual aplicou o art. 455 da CLT. **Portanto, configurada a hipótese de subempreitada, correta a decisão que a condenou de forma solidária.** Agravo de Instrumento conhecido e não provido. [...] (TST-AIRR - 29400-62.2003.5.15.0050 , Ac. **4ª Turma**, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, DEJT 15/05/2015)

CONTRATO DE SUBEMPREITADA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPREITEIRA PRINCIPAL. É assente nesta Corte o entendimento de que a empreiteira principal responde de forma solidária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da subempreiteira, nos termos do art. 455 da CLT. Precedentes.(TST, Processo: AIRR - 194000-74.2007.5.02.0001 Data de Julgamento: 20/05/2015, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, **8ª Turma**, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015.)

Com menos força, há jurisprudência do TST sustentando que para as empresa construtoras ou incorporadoras que contratam por empreitada /subempreitada, é devida a responsabilidade subsidiária, *verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. APLICAÇÃO DA OJ 191 DA SDI-1. 1. A comprovada a prestação de serviço do reclamante em prol da segunda reclamada, enseja a condenação subsidiária da tomadora de serviços, no caso de inadimplemento dos débitos trabalhistas pela primeira reclamada. 2. **Tratando-se de empresa construtora ou incorporadora, realizado contrato de empreitada entre a primeira e segunda reclamadas, responde subsidiariamente a dona da obra, nos termos da parte final da OJ nº 191, da SDI-1.** 3. Inviável o processamento da revista, à luz do entendimento cristalizado por meio da Súmula nº 333, desta Corte superior. Agravo de instrumento não provido. (TST, Processo: AIRR - 614-39.2013.5.24.0007 Data de Julgamento: 08/04/2015, Relator Desembargador Convocado:

Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, **1ª Turma**, Data de Publicação: DEJT 10/04/2015.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DONO DA OBRA. OJ Nº 191, DA SBDI-1, SEGUNDA PARTE. EMPRESA CONSTRUTORA. A decisão do Regional que reconheceu a responsabilidade subsidiária da empresa ora recorrente consignou expressamente a existência de contrato de empreitada entre as empresas reclamadas. Desse modo, **merece ser mantido o acórdão regional ante a previsão contida na segunda parte da OJ nº 191, da SBDI-1 do c. TST, que estabelece a possibilidade de reconhecimento de responsabilidade subsidiária quando a dona da obra for empresa incorporadora ou construtora, como no caso dos autos.** Assim, o acórdão combatido está em consonância com o conteúdo da OJ nº 191 da SBDI-1 do c. TST. Incidência da Súmula nº 333 do c. TST e do art. 896, § 7º, da CLT. (TST, Processo: AIRR - 2694-79.2011.5.01.0461 Data de Julgamento: 30/09/2015, Relator Desembargador Convocado: Américo Bedê Freire, **6ª Turma**, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015.

Diante da divergência, cabível uma análise mais apurada e aprofundada, tendo nesta sido manifestado o sentido de que a responsabilidade que deve prevalecer é a subsidiária. A corroborar o exposto, Sergio Pinto Martins, ao analisar proficuamente a hipótese de responsabilidade do art. 455, assim referiu:

Contém o artigo 455 da CLT hipótese de responsabilidade subsidiária, isto é, se o subempreiteiro deixar de pagar ao empregado, este pode exigir as obrigações trabalhistas do empreiteiro principal, pois não poderia ficar sem receber pelo serviço que prestou. Responsabilidade subsidiária é a residual. Não se trata de responsabilidade solidária, pois esta decorre da lei ou da vontade das partes (art. 264 do Código Civil). O artigo 455 da CLT não dispõe que o empregado pode exigir a obrigação dos dois ao mesmo tempo, mas apenas de um dos dois, e só poderá exigi-la do empreiteiro, se o subempreiteiro deixar de pagar as verbas trabalhistas ou não tiver idoneidade financeira para suportá-las. Se o subempreiteiro paga as verbas decorrentes do contrato de trabalho, o empregado não pode exigí-las do empreiteiro principal. O empreiteiro principal não tem exatamente obrigação, mas responsabilidade, tanto que tem direito de regresso contra o subempreiteiro e pode reter as verbas⁷⁶.

De evidente clareza, confirmando tais argumentos, o estudo de Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, que vai exatamente ao ponto de análise:

Não obstante a respeitabilidade daqueles que defendem que a responsabilidade seria solidária, razão assiste aos defensores da segunda corrente, qual seja a de que a responsabilidade seria

⁷⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.404.

subsidiária. Analisando o artigo 455 em sua literalidade, parece evidente que a responsabilidade nas hipóteses por ele tratada é subsidiária e não solidária. Isto porque, ao assegurar ao empregado o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento das obrigações do subempreiteiro, utilizando a expressão inadimplemento e não débito, o texto legal evidencia que aquele só poderá ser acionado se este não assumir as suas responsabilidades. Quisesse o legislador responsabilizá-los solidariamente seguramente teria preferido a expressão débito ao invés de inadimplemento. Esta preferência terminológica conduz à conclusão de que não há quanto a este ponto ambigüidade capaz de justificar a aplicação do princípio *in dubio pro operario*. Há outros fundamentos que também sustentam a conclusão apresentada. Um deles baseia-se no fato do artigo 265 do Código Civil estatuir com clareza solar que "a solidariedade não se presume". E não se presumindo, não pode ela ser deduzida a partir de uma interpretação extensiva, só se mostrado cabível quando a lei for expressa neste sentido, o que não é o caso. Além do que, há um princípio geral de direito que fala que o ordinário deve ser presumido e o extraordinário ser sempre provado. E o extraordinário no caso é inquestionavelmente a solidariedade, consequência muito mais gravosa para a parte. E mais o artigo 114 do Código Civil é claro e cristalino ao estatuir e os negócios jurídicos benéfico e a renúncia interpretam-se restritamente. E a solidariedade é, indubitavelmente, um negócio jurídico benéfico na medida em que assegura maior proteção ao empregado. Por todo o exposto, é imperioso concluir que a responsabilidade do empreiteiro pelos débitos trabalhistas contraídos pelo subempreiteiro é subsidiária e não solidária⁷⁷.

Em suma, os argumentos que se extraem das lições acima, que se complementam e que justificam a correção da adoção da responsabilização subsidiária são os seguintes:

- a) O artigo 455 da CLT não dispõe que o empregado pode exigir a obrigação dos dois ao mesmo tempo, mas apenas de um dos dois, e só poderá exigi-la da contratante (empresa construtora / incorporadora / empreiteiro principal), se o empreiteiro/subempreiteiro deixar de pagar as verbas trabalhistas ou não tiver idoneidade financeira para suportá-las.
- b) A responsabilidade, portanto, é a residual, caso e se o empreiteiro/subempreiteiro não assumir as suas obrigações, surge à responsabilidade de garanti-las (como uma fiança, reserva ou reforço), que, em segundo plano, denota um auxílio ou suplemento para efetivação do adimplemento ao credor. Ou seja, enquanto um tem a

⁷⁷ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Responsabilidade trabalhista do empreiteiro no contrato de subempreitada**. Publicado em 12/2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20593/responsabilidade-trabalhista-do-empreiteiro-no-contrato-de-subempreitada#ixzz3qcsuclt6>> Acesso em: 05 nov. 2015.

obrigação e é devedor, o outro é mero garantidor, sendo esta última inconfundível com a assunção de dívida (obrigação) alheia.

- c) Dado que a contratante (empresa construtora / incorporadora / empreiteiro principal) não tem obrigação, mas responsabilidade, cabe-lhe o direito de regresso contra o empreiteiro/subempreiteiro e pode reter as verbas.
- d) Não se trata de responsabilidade solidária, pois esta decorre expressamente da lei ou da vontade das partes (art. 264 do Código Civil) e, ainda, porque "*a solidariedade não se presume*" (art. 265 do Código Civil). Sendo vontade das partes e não se podendo presumir, não se pode deduzir, a partir de uma interpretação extensiva, fundamento à tese de solidariedade.
- e) Dado que a solidariedade é, indubitavelmente, um negócio jurídico benéfico aos empregados - na medida em que assegura maior proteção/garantia – este deve ser provado e interpretado, restritivamente.

No entanto, o que importa para análise é que na relação havida entre uma empresa construtora ou incorporadora com um empreiteiro/subempreiteiro, é existente a responsabilidade (seja solidária e/ou subsidiária), e, conseqüentemente, verifica-se a corresponsabilização ao adimplemento das obrigações derivadas do contrato de trabalho por parte do empreiteiro/subempreiteiro.

A questão última é a quantificação desta responsabilização. E no aspecto, deverá ser observado que cada um dos coobrigados é responsável por sua *cota-parte*⁷⁸, sendo esta limitada ao período em que a contratante (empresa construtora / incorporadora / empreiteiro principal) se beneficiou do trabalho prestado pelo empregado do empreiteiro/subempreiteiro. O critério para tanto, na hipótese de existência de relações simultâneas de empreitada a mais de uma empresa contratante, seria a apuração – mediante laudo contábil - mês a mês, da relação percentual em que cada contrato de empreitada/subempreitada representou no faturamento global do empregador contratado. O percentual resultante de tal apuração representa critério justo para quantificação da responsabilidade e oportuniza segurança jurídica, viabilizada pela segurança de *critério*⁷⁹, de modo a fornecer, de antemão, parâmetros prévios, claros e objetivos, para apuração do montante a que se refere à responsabilidade.

⁷⁸ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 435.

⁷⁹ AVILA, Humberto. **Indicadores de segurança jurídica**. In: DORNELES, Leandro do Amaral D. de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de Oliveira (Org.). **Temas de Direito e processo do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. v. 2. p.280.

2 AÇÃO FISCALIZATÓRIA NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO

2.1 A INSPEÇÃO DO TRABALHO

A inspeção do trabalho visando assegurar o amparo do trabalhador tem antecedentes remotos. Inaugura-se nas “*Leis das Índias*” que se alvitava à proteção dos índios nas Américas. Remete as orientações ao alcaide-mor das minas da Zurania, que preconizava à vigilância para que nenhum trabalhador adentrasse em minas sem prévia inspeção de riscos⁸⁰. Retrata-se pela “*Lei de Peel*” (Inglaterra, 1802) aplicada pelos eclesiásticos, magistrados e industriais aposentados, considerada a primeira lei de proteção⁸¹, que facultava a fiscalização nas fábricas e limitava a jornada diária de trabalho dos menores a doze horas, considerada, pela doutrina, termo inicial do Direito do Trabalho. Dita lei, que tem relevante importância histórica, representou um verdadeiro avanço na compreensão do papel do Estado nas relações de trabalho subordinado, ceifando as bases do pensamento liberal da época e proliferando efetiva contribuição para a melhoria das condições do trabalho de então⁸². A partir daí, a inspeção governamental - visando resolver conflitos decorrentes das leis e aplicar sanções - ganhou espaço e apreço, ampliou territórios e se disseminou⁸³.

Em Zurique, no ano de 1897, foi aprovada uma resolução que indicava a conveniência de *instituir uma ampla fiscalização da aplicação das leis trabalhistas com inspetores remunerados pelos governos*⁸⁴. E, poucos anos após, instaurou-se o marco inaugural da inspeção do trabalho no Brasil, por meio do Decreto 1.313 de 17 de janeiro de 1891, que instituiu a obrigatoriedade de fiscalização de todos os estabelecimentos fabris em que trabalhassem menores⁸⁵.

Eclodiram-se, a partir de tanto, diversos fatos na concepção do direito e da fiscalização do trabalho no Brasil. O Decreto n. 3.550/1918 criou o Departamento Nacional do Trabalho, que inicialmente não saiu do papel e cuja atividade só apresentou efeitos

⁸⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p.1262.

⁸¹ BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil: procedimentos especiais para a ação fiscal**. São Paulo: LTr, 2007. p. 25.

⁸² BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil: procedimentos especiais para a ação fiscal**. São Paulo: LTr, 2007. p. 25.

⁸³ SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p.1262/1263.

⁸⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p.1263.

⁸⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p.1264.

práticos (mesmo que escassos) a partir do Decreto 19.671-A/1931, quando foi-lhe outorgada à competência de cuidar da “*organização, higiene, segurança e inspeção do trabalho*” no país⁸⁶.

Contemporaneamente, na parte XIII do Tratado de Versalhes, de 28.06.1919, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, que, complementada pela Declaração da Filadélfia de 1944, representaram grande impulso para o Direito do Trabalho, dando alusão à busca da melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores como principal política de manutenção da paz entre as nações.⁸⁷

A criação do Ministério do Trabalho, da Indústria e do Comércio, por meio do decreto 19.433, de 26 de novembro de 1930, visou manter o controle das relações de trabalho sob o manto do Estado e incrementar a regulação social, logo na ascensão de Getúlio Vargas ao poder⁸⁸.

As Inspetorias Regionais do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, por sua vez, adveio dos Decretos nºs 21.690 e 23.288, de 1º de agosto de 1932 e 26 de outubro de 1933, respectivamente. As Inspetorias Regionais foram transformadas em Delegacias Regionais do Trabalho, por meio do Decreto-Lei nº 2.168, de 06 de maio de 1940.

Sucederam-se, a partir disso, a chegada da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943; a criação da carreira de inspetor do trabalho pelo Decreto n. 6.479/1944; a ratificação da Convenção 81 da OIT (que trata da inspeção do trabalho na indústria e no comércio) em 29 de maio de 1956; o Regulamento da Inspeção do Trabalho pelo Decreto n. 55.841/65 (que atualmente vigora sob a redação do Decreto nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002), culminando, por fim, na promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 21, XXIV, atribuiu competência à União para “*organizar, manter e executar a inspeção do trabalho*”.

A missão da Inspeção do Trabalho resume-se em três princípios básicos, tal como preconizado nas Convenções 81 e 129, artigos 3.1 e 6.1, respectivamente: (a) velar pela aplicação da legislação trabalhista; (b) orientar empregadores e trabalhadores quanto ao cumprimento da legislação trabalhistas; (c) noticiar as autoridades competentes qualquer fato que não esteja em seu âmbito de atuação. Ou seja, clarificam-se nestes aspectos, os principais pontos concernentes à inspeção do trabalho, consistentes na correta dosagem

⁸⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p.1264.

⁸⁷ BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil: procedimentos especiais para a ação fiscal**. São Paulo: LTr, 2007. p. 26.

⁸⁸ BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil: procedimentos especiais para a ação fiscal**. São Paulo: LTr, 2007. p. 32.

entre *punição* e *orientação*, devendo o agente estatal possuir a “*faculdade discricionária*”⁸⁹ para decidir, *in casu*, qual a ação mais eficiente no exercício de suas atribuições⁹⁰.

Para tanto, a CLT tem capítulo específico tratando da “Da fiscalização, da autuação e da imposição de multas”, disciplinado pelo artigo 626 e seguintes. Neste capítulo é designada a incumbência à fiscalização acerca do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, e, no caráter orientativo, é estabelecida a observância ao critério de dupla visita quando ocorrer a fiscalização da aplicação de normas recentemente promulgadas e na primeira inspeção de novos empreendimentos, a fim de promover a instrução dos responsáveis no cumprimento das leis de proteção do trabalho. Neste regramento, ainda, é definida a possibilidade de instauração de procedimentos especiais para a ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma disciplinada no Regulamento da Inspeção do Trabalho. No mais, a legislação é clara e condiciona os Auditores-Fiscais do Trabalho a lavratura de auto de infração quando da verificação da violação de preceito legal, sob pena, inclusive, de responsabilidade administrativa.

Necessitou-se, para tanto, a presença de agente capaz, com autoridade e competência à realização da fiscalização. A carreira da auditoria-fiscal do trabalho, a quem incumbiu tal atribuição, é disciplinada pela Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, que, em seu art. 11º, dispõe:

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

- I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;
- II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade;
- III - a verificação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, objetivando maximizar os índices de arrecadação;
- IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores;
- V - o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário;
- VI - a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial.

⁸⁹ MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p.191.

⁹⁰ BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil: procedimentos especiais para a ação fiscal**. São Paulo: LTr, 2007. p. 28.

Parágrafo único. O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização.

Recentemente, foi promulgada a Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, que ao tratar do *trabalho doméstico*, amplia as atribuições do auditor fiscal do trabalho para contemplar as seguintes atividades:

Art. 11-A. A verificação, pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, do cumprimento das normas que regem o trabalho do empregado doméstico, no âmbito do domicílio do empregador, dependerá de agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador. (Incluído pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

§ 1º A fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora. (Incluído pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

§ 2º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de auto de infração, salvo quando for constatada infração por falta de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização. (Incluído pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

§ 3º Durante a inspeção do trabalho referida no caput, o Auditor-Fiscal do Trabalho far-se-á acompanhar pelo empregador ou por alguém de sua família por este designado. (Incluído pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

No âmbito da Inspeção do Trabalho foram relacionadas as atribuições do auditor fiscal do trabalho, taxativamente, no art. 18 do Decreto nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002.

Estas atribuições são reguladas, ainda, por meio das Instruções Normativas emitidas no âmbito da Secretaria de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho sob os números 23 e 109, de 23 de maio de 2001 e 04 de junho de 2014, respectivamente. Outrossim, o Ministério do Trabalho, por definição legal, tem emitido diversas instruções normativas disciplinando a verificação de matérias específicas, como, por exemplo, sobre a fiscalização do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e das Contribuições Sociais instituídas pela Lei Complementar n.º 110/2001 (IN nº 99/2012); fiscalização das normas destinadas à inclusão no trabalho das pessoas com deficiência e beneficiários da Previdência Social reabilitados (IN nº 98/2012), fiscalização das condições de trabalho no âmbito dos programas de aprendizagem (IN nº 97/2012), entre outras.

Os procedimentos para a ação fiscal representam *uma forma de intervenção do Estado nas relações de trabalho*⁹¹. Nestes, é visada com amplitude a inspeção de um universo de estabelecimentos onde haja trabalho no território nacional, objetivando, com isso, a verificação de todos os mandamentos previstos nos artigos 11 e 11-A da Lei no 10.593, de 06 de dezembro de 2002, bem como do Decreto nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002, tendo por objeto as relações de trabalho e de emprego.

A atividade é complexa. Vejamos: (a) De um lado: um país continental, com uma diversidade econômico-tecnológica, de modos de produção e de heterogeneidade do mercado de trabalho, em que são partes uma diversidade de empregados e empregadores. (b) De outro lado: um aparato legal e normativo incalculável. Mas não só. Um Direito do Trabalho que nasceu da necessidade de tutelar determinados valores básicos e fundamentais do homem (frente a uma crescente exploração do homem pelo homem), sofreu diversos impactos desde a sua concepção, e, restou superado por uma forte evolução nos conceitos de sociedade, seja na conjuntura econômico-tecnológica (muito distinta daquela em que as normas de proteção ao trabalho foram forjadas na primeira parte do século XX), ou no público alvo para o qual foi elaborado (onde o modelo hipossuficiente de outrora, agora é integrante da “Geração Z”⁹² conhecida por ser “*nativas digitais*”, com ilimitadas fontes de informação e de iteração). O Direito do Trabalho brasileiro, septuagenário, foi violentado por diversas sequelas e fragilidades, advindas do desenvolvimento dos partícipes da sociedade e das formas de trabalho, modos de produção, heterogeneidade do mercado de trabalho e diversidade das pessoas, e, lamentavelmente, não acompanhou tal progresso. *A vocação hegemônica do modelo normativo está debilitada*⁹³. E preciso reconhecer, todavia, que tais normas, ainda apresentam parâmetros mínimos de necessidade e pertinência. *Com todas as críticas que se possam fazer, elas têm servido ao sistema que regulam, dando-lhe certa medida de civilidade, inclusive porque buscam evitar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho, conferindo-lhe, por isso mesmo, certa estabilidade*⁹⁴. (c) Por fim: A auditoria

⁹¹ BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil: procedimentos especiais para a ação fiscal**. São Paulo: LTr, 2007. p. 107.

⁹² Informações disponíveis em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Gera%C3%A7%C3%A3o_Z> Acesso em 05.11.2015.

⁹³ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 40.

⁹⁴ ASSIS. Roberta Maria Correa de. **Reforma Trabalhista - caminhos e descaminhos**. In: ROCHA, C. Alexandre A. (Org.). Agenda legislativa para o desenvolvimento nacional. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2011. p. 519.

fiscal do trabalho está preparada e tem instrumentos para o correto exercício de sua atribuição?

2.2 LIMITES DA AÇÃO FISCAL

O processo de ação fiscal é gerido pela Secretaria de Inspeção do Trabalho – SIT, que é a autoridade de direção nacional do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e que tem a incumbência de organizar, coordenar, avaliar e controlar as atividades de inspeção do trabalho, promovendo o planejamento estratégico, proferindo decisões em processos administrativos, recebendo denúncias e encaminhando-as, quando for o caso, aos demais órgãos do poder público⁹⁵. Os tipos de ação fiscal promovidos pelos auditores fiscais do trabalho são as fiscalizações *diretas* (visita do AFT no empregador), *indiretas* (mediante notificações para apresentação de documentos), *mistas* (visita sucedida de notificação para apresentação de documentos) ou *imediatas* (a qualquer tempo, quando da constatação de situação grave e de iminente risco a saúde e segurança dos trabalhadores)⁹⁶.

A ação fiscal tem como consequência a elevação da percepção do risco por parte do indivíduo faltoso como forma de elevar o nível de cumprimento das obrigações legais, sobremaneira diante das sanções previstas na legislação trabalhista, orientadas pela razoabilidade e discricionariedade do auditor fiscal do trabalho⁹⁷.

E neste ponto nasce importante aspecto, qual seja, o limite da ação fiscal. Isso, pois, não é aceitável, por exemplo, que uma ação fiscal resultasse na má aplicação do direito ou de uma penalidade que alijasse determinada empresa do mercado. Tal fato, não seria somente inaceitável, como também *ilícito* do ponto de vista da *legalidade administrativa* na medida em que, ao contrário da legalidade comum (que busca apenas o cumprimento da lei) aquela busca, conjuntamente, o *cumprimento da lei*, da *moralidade administrativa* e do *interesse público*, sendo que, somente ao se atingir essas três esferas (através da ação fiscal) é que estará o órgão de inspeção assegurando a proteção do instituto (trabalho) e, conseqüentemente, satisfazendo o interesse público⁹⁸.

⁹⁵ RENZO, Rober. **Fiscalização do Trabalho: Doutrina e Prática**. São Paulo: LTr, 2007. p.87.

⁹⁶ RENZO, Rober. **Fiscalização do Trabalho: Doutrina e Prática**. São Paulo: LTr, 2007. p.87-88.

⁹⁷ RENZO, Rober. **Fiscalização do Trabalho: Doutrina e Prática**. São Paulo: LTr, 2007. p.117.

⁹⁸ RENZO, Rober. **Fiscalização do Trabalho: Doutrina e Prática**. São Paulo: LTr, 2007. p.117.

Portanto, o paradigma da ação fiscal é o próprio *exercício da função pública* no âmbito da competência⁹⁹, que observe o seguinte: a proteção ao valor do trabalho; a legalidade administrativa (compreendida no cumprimento da lei; na observância da moralidade administrativa e na defesa do interesse público); e, a razoabilidade na aplicação das sanções.

O exercício da função pública do auditor fiscal do trabalho no âmbito da competência que lhe foi outorgada decorre do seguinte retrospecto legal. A União, competente para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho (art. 21, XXIV, da Constituição Federal) atribuiu competência ao Ministério do trabalho quanto aos assuntos “trabalho e fiscalização” (art. 19. VII, alínea “a” da Lei 8.028/1990), tendo o referido Ministério, por sua vez, delegado aos Auditores-Fiscais do Trabalho a competência para o exercício da fiscalização (art. 18 do Decreto nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002), observadas as suas atribuições (art. 11 da Lei no 10.593, de 6 de dezembro de 2002).

Visto que na ideia de *função* o dever é que é predominante, e que o poder a ele ligado cumpre *papel instrumental, ancilar*, percebe-se também que os “poderes” administrativos, no caso do auditor fiscal do trabalho, não têm o porquê comparecer além da medida necessária para o cumprimento da finalidade que o justifica¹⁰⁰. Ou seja, os deveres-poderes do auditor fiscal do trabalho só poderão ser validamente exercidos na extensão e intensidade proporcionais ao que seja irrecusavelmente determinado para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. Todo o excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. É, afinal, *extralimitação* da competência (nome que se dá, na esfera pública, aos “poderes” de quem titulariza função). É abuso, ou seja, uso além do permitido, e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado¹⁰¹.

A ação fiscal serve, prioritariamente, à proteção do trabalho. Isso, pois, *quem gera empregos é a economia e não o direito!* O Direito é mero *instrumento* para regular e tornar estáveis às *relações de emprego e de trabalho*¹⁰², e, em última análise, para *equilibrar as*

⁹⁹ Sobre tanto adotamos o limite da competência como aquele previsto no Art. 11 da lei nº 9.784/1999, que assim define: “se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 99.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 99.

¹⁰² ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 62.

*relações entre o capital e o trabalho*¹⁰³. No Direito do Trabalho há um ponto de partida: a união dos trabalhadores; e há um ponto de chegada: a melhoria das condições dos trabalhadores¹⁰⁴. Todavia, nenhum dos dois (trabalho + Direito do Trabalho) pode *avançar* sem o outro, sem perfeita sinergia, sob pena de anacronismo. Por outro lado, sem trabalho, o Direito do Trabalho não tem finalidade. A evidência de tanto é que o Direito do Trabalho é inaplicável aos desempregados.

Tal reflexão merece destaque, na medida em que a fiscalização do trabalho tem como precípua finalidade, sobremaneira, a *proteção do trabalho e, sucessivamente*, partindo deste *valor pressuposto*, incide na fiscalização da aplicação da legislação trabalhista, à orientação aos empregadores e trabalhadores e às providências (dentre as quais as sanções) quando da violação da lei e das normas de saúde e segurança do trabalho.

A proteção do trabalho funda-se, assim, no *valor social do trabalho*, que é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito previstos na Constituição Federal de 1988 e, em seu art. 1º, IV, situa-o num contexto de *princípio fundamental*¹⁰⁵, assim definido por Luís Roberto Barroso¹⁰⁶:

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. **A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie [...]** Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. (grifos nossos)

Pondera, sobre tanto, Wagner Balera¹⁰⁷ que:

[...] deveras, só se pode cogitar de **uma sociedade livre quando mediante políticas sociais e econômicas, as forças vivas do País, perseguem, a todo custo o ideal do pleno emprego. [...] O trabalho, sobre ser um valor social fundamental na República [art. 1º, IV] possui uma categoria superior aos demais valores**

¹⁰³ BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil: procedimentos especiais para a ação fiscal**. São Paulo: LTr, 2007. p. 66.

¹⁰⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978, p. 24.

¹⁰⁵ LOBO TORRES, Ricardo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 269.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 147

¹⁰⁷ BALERA, Wagner. **O Valor Social do Trabalho**. In: Revista LTr, n. 10, out. 1994. p. 1167.

que a Ordem Social salvaguarda [art. 193]. Essa primazia não significa outra coisa, em nosso entender, que aquela mesma ideia tão bem expressa pelo magistério social cristão [...] pelo Romano Pontífice. De feito, na Carta Encíclica *laborem Exercens*, o Papa João Paulo II sublinha: 'o trabalho humano é uma chave, provavelmente a chave essencial de toda a questão social normal.

Neste sentido, a afirmação sobre “trabalho” contida na *Carta Encíclica Laborem Exercens*, do Papa João Paulo II, é singular:

O trabalho constitui uma dimensão fundamental da existência do homem sobre a terra¹⁰⁸.

Partindo do contexto em análise, exige-se a preservação do “trabalho”, como *valor chave e princípio maior* na atividade fiscal. E não poderia ser diferente, pois, numa análise realista e atual, “trabalho” é a *forma de realização do homem na busca de uma vida com dignidade*, como ressalta a sensata análise de Antônio Rodrigues de Freitas Júnior¹⁰⁹:

Hoje, portanto, mantém-se a vida com o labor, mas ele não é apenas atividade do animal laborans; transformou-se na forma de realização do homem que realiza o seu trabalho não somente para atender às necessidades de sua existência. A partir do trabalho, o homem mantém sua vida e desenvolve suas potencialidades, agindo e participando da sociedade. Trabalhar é a forma com que a maioria das pessoas no globo terrestre encontra para buscar uma vida com dignidade. É indispensável, portanto, que não apenas assegurado o trabalho, mas este em condições dignas.

Assim, por meio da sua Constituição, o *Estado exerce poder* com vistas a concretizar seus valores e objetivos, em função dos quais estabelece meios para realização. A respeito sustentou Dalmo Dallari, referindo Harold Laski:

O poder do estado não é exercido num vácuo, nem se reduz a um simples jogo de normas existentes por si. Bem longe disso, **é usado para atingir certas finalidades** e suas regras são alteradas, em sua substancia, **para assegurar as finalidades consideradas boas**, em determinada época, pelos que detêm o direito de exercer o poder estatal. Assim sendo, todos os julgamentos sobre valores que o Estado **deve perseguir e sobre a maneira pela qual deve atuar dependem, em grande parte, da apreciação que se faça a**

¹⁰⁸ Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html Acesso em 06.11.2015.

¹⁰⁹ FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. **Direito do Trabalho e direitos humanos**. São Paulo: BH Editora e distribuidora de Livros, 2006. p. 104.

respeito das finalidades que ele esta buscando atingir e das maneiras pelas quais ele procura conseguiu-las¹¹⁰. (grifos nossos)

Por ocasião da ação fiscal promovida pelos AFTs, estes deverão preservar, sobretudo, o valor do trabalho e a busca de sua manutenção. E é no procedimento fiscal, por sua vez, que deve materializar-se tal consciência. Para tanto, os AFTs poderão, a qualquer tempo e, obedecendo aos critérios de conveniência e oportunidade, lavrar os seguintes documentos e procedimentos (a) *auto de infração*: aplicação de uma sanção por força do descumprimento das normas; (b) *notificação de débito*: refere-se à satisfação de um débito; (c) *termo de notificação*: concessão formal de prazo para que o fiscalizado corrija alguma irregularidade, sendo inexistente, no caso, o contraditório; (d) *Termos de embargo ou interdição*: a fim de assegurar a integridade física do trabalhador; (e) *Relatório de mora contumaz*: diz respeito a debito e mora contumaz de salário e FGTS; (f) *Cooperação Técnica*: apoio técnico especializado a fim de assegurar a aplicação das disposições legais regulamentares relativas à segurança e saúde no trabalho¹¹¹.

E no exercício destas atribuições, os AFTs estão condicionados a observância da legalidade administrativa (compreendida no cumprimento da lei; da moralidade administrativa e da defesa do interesse público). Sob o prisma da análise da legalidade administrativa, avaliamos a relação entre o princípio da legalidade (cumprimento da lei) e os atos administrativos fiscais (subordinada à moralidade administrativa) destinados à efetivação da defesa do interesse público.

A primeira matéria na análise da legalidade administrativa consiste na efetivação do cumprimento da lei. Para tanto, enuncia-se no art. 5^a, II, da Constituição Federal, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (grifo nosso). No art. 37, caput¹¹², da Constituição Federal, determina-se que a Administração Pública *deverá obedecer, entre outros, ao princípio da legalidade*. Mais adiante, em seu art. 170, parágrafo único, a Constituição Federal assegura a todos o *livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*. A rigor, no sistema do direito positivo brasileiro, a lei compreende um dos atos jurídicos constantes do art. 59 da Constituição Federal. E, ao conjugá-los com os preceitos constitucionais que regem o processo legislativo, observa-se

¹¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 127.

¹¹¹ RENZO, Rober. **Fiscalização do Trabalho: Doutrina e Prática**. São Paulo: LTr, 2007. p.92.

¹¹² Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “CF, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

que a lei ordinária é o instrumento adequado para dispor sobre os deveres das pessoas privadas. O princípio da legalidade administrativa, norteador por este contexto, determina que os administrados somente possam ser obrigados a fazer (ou proibidos de não fazer) ou deixar de fazer (ou proibidos de fazer) o que a lei adequada assim o determine¹¹³.

O cumprimento da lei, especialmente, deve ater-se ao sentido proposto pelo legislador e pelos limites de interpretação da própria lei. Para discorrer sobre limites, imperiosa a contribuição da *Carta Encíclica Rerum Novarum*, no capítulo “obrigações e limites da intervenção do Estado”, em que assim dispõe:

“é absolutamente necessário aplicar em certos limites a força e autoridade das leis. Esses limites serão determinados pelo mesmo fim que reclama o socorro das leis, isto é, que eles não devem avançar nem empreender nada além do que for necessário para reprimir os abusos e afastar os perigos”¹¹⁴.(grifos nossos)

Para compreender os limites da interpretação da lei sem avançar do seu real sentido necessário e sem ocasionar abusos, vale ressaltar um profícuo estudo quanto ao (des)respeito às normas e a fenomenologia da juridicização compreendido na lição de Marcos Bernardes de Mello¹¹⁵. Neste estudo, apresenta-se situação bem peculiar, que em muitos casos se manifesta durante a ação fiscalizatória, qual seja, o descumprimento da lei pela inobservância do conteúdo/sentido das normas ou da incorreta interpretação dos fatos em sua incidência, que ocasiona avanços além do necessário e reflete abusos, e que são levados a efeito pela discricionariedade do auditor fiscal do trabalho.

Refere a análise que o cumprimento ou descumprimento da lei é ato de aplicação, de execução, portanto, posterior em relação à incidência (que é a ocorrência dos fatos que constituem o suporte fático da norma jurídica, pelos quais, esta norma incide independentemente do querer das pessoas), e, naturalmente, dela dependente. Normalmente isso acontece porque (a) há normas jurídicas cuja característica consiste na sua impositividade em relação à conduta e são inafastáveis pela vontade das pessoas. Quando as normas preveem o aspecto da inafastabilidade da incidência pela vontade humana, ou melhor, da impositividade lógica da norma jurídica, podemos classifica-las em

¹¹³ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro**. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 51. Número 202. Brasília, DF: Senado Federal, abr./jun. 2014. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503034/001011280.pdf?sequence=1> > Acesso em: 06 nov. 2015..

¹¹⁴ LEÃO XIII, Carta. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Apud ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 53.

¹¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61-81.

(a.1) cogentes e (a.2) não-cogentes; e, por outro lado, **(b)** há outras normas que, diferentemente, *não obrigam imperativamente, mas são editadas para suprir lacunas deixadas pela vontade – dispositivas – ou, quando manifestada, deve o interprete entendê-las de certa maneira – interpretativas*.¹¹⁶

Independe se a norma é impositiva ou imperativa, que dependem ou não da vontade e da interpretação dos aplicadores, estas normas sempre constituem em seu objeto um suporte fático, que é um pressuposto lógico, materializável e suficiente. E por representar os valores da segurança jurídica, não se pode permitir que a incerteza quanto à apuração dos fatos e a precariedade de sua conferência com a verdade possam influir na estabilidade das relações inter-humanas e refletir na justiça, que deve ser o valor maior na realização do direito. Uma vez perfectibilizado o suporte fático, incide a norma jurídica e produzem-se as consequências¹¹⁷ em razão da natureza de suas disposições¹¹⁸. Por outro lado, a inafastabilidade da incidência pela conduta humana contrária, e que torne incoincidentes a aplicação e a incidência, por sua vez, resulta em aplicação da norma *contra legem*, e, portanto, não se convalida.¹¹⁹

Mais um aspecto merece ressalva: as diferenças entre a legalidade privada e a legalidade pública, em que se percebe significativas diferenças pela sintética e explicativa transcrição de Alexandre Mazza¹²⁰.

<u>Diferenças entre a legalidade privada e legalidade pública</u>		
Critério de diferenciação	Legalidade Privada	Legalidade Pública
Destinatário	Particulares	Agentes Públicos
Fundamento	Autonomia da vontade	Subordinação
Significado	Podem fazer tudo que a lei não proíbe	Só podem fazer o que a lei autoriza
Silêncio	Equivale a permissão	Equivale a proibição

¹¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61/81.

¹¹⁷ São as consequências: (a) *juridicização*: atribui aos fatos consequências no plano do direito; (b) *desjuridicização*: eliminam a juridicidade atribuída por outra norma a certo fato, por exemplo, os casos de revogação, rescisão ou resolução; (c) *pré-exclusão de juridicidade*: normas jurídicas estruturadas com a finalidade de evitar que certo fato ou conjunto de fatos venha a se tornar jurídico (ato ilícito decorrente de legítima defesa, para remover perigo iminente); (d) *invalidação*: ato jurídico nulo ou anulável; e (e) *deseficacização*: caducidade e prescrição. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61-81)

¹¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61-81.

¹¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61-81.

¹²⁰ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.

legislativo		
Sentido da norma específica	Normas permissivas excepcionam proibições gerais ou reforçam liberdades	Norma proibitiva excepcionam permissões gerais ou reforçam vedações
Norma geral implícita	Permissiva	Proibitiva

E de atos *contra legem* e que não observem os limites de aplicação da lei pela administração pública (no que se inserem os auditores fiscais do trabalho), transcritos no quadro sinóptico acima, é que, prioritariamente, desenvolve-se a afronta à moralidade administrativa.

A segunda face da legalidade administrativa na lógica de análise deste estudo é a moralidade administrativa, que consiste no fato que a Administração e seus agentes *têm de atuar na conformidade de princípios éticos*. Violá-los implica em violação ao próprio direito e configura ilicitude que assujeita a conduta viciada na *invalidação*, na conformidade com o art. 37 da Constituição Federal. Neste contexto, porque compreendem-se no âmbito da moralidade administrativa, os chamados princípios da *lealdade* e *boa-fé*, que impõem aos atos da administração (como aqueles no exercício da fiscalização) os *valores da sinceridade e lhanza*, é vedado qualquer comportamento *astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos*.¹²¹

Tanto é verdade, que as *orientações* firmadas pela administração não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia. Outro argumento é que o agir contra a moralidade administrativa acarreta, entre outras, às hipóteses do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal que prevê, sobretudo, a possibilidade de perda da função pública. O valor da “moralidade administrativa” no ordenamento jurídico pátrio é direito fundamental, tanto que recebeu tal status ao ser eficientemente protegido pelo art. 5º, LXXIII, mormente porque prevê o cabimento de ação popular para anulação de “*ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente...*”¹²².

Juarez Freitas, em estudo, vincula conteúdo da moralidade administrativa não apenas à observância ao conjunto de regras (e aos limites de aplicação da lei pela administração pública), mas também aos *padrões éticos da sociedade*:

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 119-120.

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 119-120.

No atinente ao princípio da moralidade, por mais que se possa assimilá-lo a outras diretrizes e conquanto experimentando pronunciada afinidade com os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com as imensas consequências técnicas e hermenêuticas que daí advém, pretendeu conferir-lhe autonomia jurídica. Segundo princípio estão vedadas condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral médio superior da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência. Não se confunde, por certo, a moralidade com o moralismo, este último intolerante e nãouniversalizável por definição. De certo modo, tal princípio determina que se *trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado, isto é, de modo virtuoso e honesto*. O “outro”, aqui é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados e controlados à base de orientação decisiva e substancial que prescreve **o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos da Constituição**, cumprindo vivificar, exemplarmente, o combate contra toda e qualquer lesão moral ou imaterial provocada por ações públicas não-universalizáveis, destituídas de probidade e de honradez. [...] O princípio da moralidade no campo administrativo não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, prescreve exatamente mais: **diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer liames sociais aceitáveis (justificáveis axiologicamente)**. É certo que um controlador arguto, tendo em vista a mencionada submissão do administrador ao Direito, conseguiria alcançar resultado idêntico, por outras vias¹²³.

A conduta da ação fiscal, portanto, para caracterizar ofensa ao princípio da moralidade administrativa, repercute na transgressão de uma norma de moral social que traga consigo o menosprezo a um bem juridicamente valorado¹²⁴. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria¹²⁵.

Por fim, a terceira e última face da *legalidade administrativa* é a defesa do *interesse público*, pressuposto que deve ser observado pelo auditor fiscal do trabalho por ocasião da inspeção. O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade

¹²³ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53-56.

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 120.

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 120.

de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem¹²⁶. Interesse público, portanto, é o conexo à sociedade como um todo, e só ele pode ser legitimamente objetivado, pois este é interesse que a lei consagra e confere a competência do Estado, como representante do corpo social, defender. Com efeito, por exercerem função pública, os auditores fiscais do trabalho têm que buscar o atendimento do interesse público, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, ideologia e, menos ainda, o seu próprio interesse como pessoa ou agente do Estado.¹²⁷

Por fim, o último dos paradigmas da ação fiscal é a razoabilidade na aplicação das sanções. Isso porque, cabe a inspeção do trabalho instruir, corrigir erros e não arrecadar multas para o fisco, pois a lei visa menos à multa do que a proteção do trabalho¹²⁸.

O auditor fiscal do trabalho, não tem apenas a função de aplicador de multas ou de fiel cumpridor das leis, mas também de orientador, no sentido de mostrar às empresas como a lei deve ser aplicada, principalmente em se tratando de legislação recente. Na verdade, o fiscal do trabalho vai mostrar os erros cometidos pela empresa, para esta se enquadrar na legislação trabalhista¹²⁹. São inclusive objeto da fiscalização a verificação de convenções e acordos coletivos do trabalho, e na ocorrência de incompatibilidades entre estes e as leis, o auditor deverá comunicar a Procuradoria Regional do Trabalho, que nos termos da lei¹³⁰, promoverá ação contra a referida norma. Neste caso, ainda, o auditor fiscal do trabalho não poderá autuar a empresa, pois não tem competência para tratar da legalidade ou não da cláusula da norma coletiva ou entrar no mérito das suas disposições¹³¹.

E neste aspecto mostra-se importante discussão. Ao não ter a competência para tratar da legalidade ou para adentrar no mérito das disposições legais, por óbvio, não poderia caracterizar infrações e imputar sanções (embora inexista qualquer distinção

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 61.

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 99.

¹²⁸ BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil: procedimentos especiais para a ação fiscal**. São Paulo: LTr, 2007. p. 129.

¹²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2006.p.697.

¹³⁰ Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores;

¹³¹ Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores;

substancial entre infrações e sanções administrativas¹³²) na medida que o auditor fiscal do trabalho é subordinado à norma, restringe-se a verificar a sua aplicação, conteúdo e alcance, não cabendo-lhe entrar no mérito da lei, menos ainda se esta é justa ou não.

É manifesta a vedação a “preferência” e “preterimento” de lei válida na busca de outra norma que atenda as concepções de mérito - sobremaneira científico-ideológico - do próprio auditor fiscal do trabalho, como pessoa ou agente do Estado. Perfectibilizado o suporte fático, incide a norma jurídica e produzem-se as consequências¹³³, indiferentemente se for ou não o entendimento do fiscal do trabalho. Não cabe, pois, discutir o mérito e a legalidade de determinada lei para preteri-la e, com isso, justificar enquadramento diverso (num aparato legal incalculável) hábil a justificar infrações, por conseguinte, sanções.

Mas quando justificada a aplicação de sanções, sobremaneira porque, a legislação condiciona os Auditores-Fiscais do Trabalho a lavratura de *auto de infração* quando da verificação da violação de preceito legal, sob pena, inclusive, de responsabilidade administrativa, estas sanções, para serem validamente instituídas, devem atender a determinados princípios básicos, a saber: princípio da legalidade; princípio da anterioridade; princípio da tipicidade; princípio da exigência de voluntariedade; princípio da proporcionalidade; princípio do devido processo legal; e princípio da motivação¹³⁴. Sobre tanto, diga-se que as leis de proteção ao trabalho são normas de ordem pública que não podem ser derogadas pelas partes¹³⁵.

Por ser a modalidade mais comum das sanções, as multas merecem referência. Estas manifestam função intimidadora e exemplar, sobremaneira visando compelir ao administrado uma atuação positiva, de caráter cominatório¹³⁶. As multas têm que atender ao princípio da proporcionalidade, sob pena de invalidade, na medida em que, por mais grave que seja a infração, as multas não tem o condão de comportar verdadeiro confisco e tampouco inviabilizar a atividade empresarial.

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 847.

¹³³ São as consequências: (a) *juridicização*: atribui aos fatos consequências no plano do direito; (b) *desjuridicização*: eliminam a juridicidade atribuída por outra norma a certo fato, por exemplo, os casos de revogação, rescisão ou resolução; (c) *pré-exclusão de juridicidade*: normas jurídicas estruturadas com a finalidade de evitar que certo fato ou conjunto de fatos venha a se tornar jurídico (ato ilícito decorrente de *legítima defesa*, para remover *perigo iminente*); (d) *invalidação*: ato jurídico nulo ou anulável; e (e) *deseficacização*: caducidade e prescrição. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61/81)

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 850.

¹³⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.699.

¹³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010. p. 862/863.

Este aspecto retrata a razoabilidade do agente na aplicação das sanções. É uma medida de razoabilidade. Razoabilidade que tem uma multiplicidade de sentidos, significados e aplicações. Segundo Humberto Ávila, *fala-se razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa*¹³⁷.

Dentre tantas acepções de razoabilidade, três se destacam: (a) aquela em que a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, que mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude das suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. (b) como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim a que ela pretende atingir; (c) o de equivalência entre duas grandezas¹³⁸.

Os limites da ação fiscal é a busca da finalidade pública, vinculando a aplicação das normas jurídicas na perspectiva e com a referência que o interesse público almeja, retratado por sua representação legislativa (na produção das leis) e pelo Estado (na garantia de eficácia da aplicação das leis).

2.3 ANÁLISE DE AUTOS DE INFRAÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS

Reza o art. 628 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 628. Salvo o disposto nos arts. 627 e 627-A, a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

O dispositivo determina o dever do agente fiscal deverá lavrar auto de infração, à vista da existência de violação à legislação trabalhista, sob pena de apuração da responsabilidade funcional.

¹³⁷ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2006. p. 139.

¹³⁸ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2006. p. 139.

Visando a efetivação prática da teoria e dos conceitos até então apresentados, neste capítulo será realizada à análise detalhada dos principais aspectos de um auto de infração formulado no âmbito da construção civil no Estado do Rio Grande do Sul, onde uma empresa construtora manteve válido e inquestionável contrato de empreitada com duas outras empresas para construção de um edifício residencial. Considerando a finalidade acadêmica da análise, apresentamos na sequência alguns dos elementos principais do auto de infração, cuja transcrição completa é retratada no apêndice deste trabalho, registrando, desde já, que foram extraídos do texto os dados das empresas relacionadas e do auditor fiscal do trabalho, substituindo-os por identificações aleatórias. A análise visa, portanto, apresentar argumentos que identificam os vícios e que sustentam a tese em desenvolvimento.

Por relevantes à análise, refira-se que o auto de infração em apreço foi ementado sob o argumento de que a empresa construtora admitia ou mantinha empregados sem o respectivo registro em livro, ficha ou sistema eletrônico competente, em violação ao art. 41, “caput”, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Retrata-se no histórico do auto de infração, que foi realizada inspeção mista em uma obra da construtora-autuada, ocasião em que aduz ter sido constatada a presença de diversos trabalhadores contratados de forma interposta por empresas sem especialização e sem capacidade econômica, para atuar no âmbito da atividade-fim da autuada/construtora. O auditor fiscal do trabalho, diante disso, concluiu pela presença dos requisitos do vínculo de emprego, sob o argumento de ilegalidade da terceirização pela violação aos artigos 2º, 3º e 9º da CLT e da Súmula 331 do TST, bem como do princípio da primazia da realidade. Considerou, a partir de tanto, desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo trabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado).

No bojo do auto de infração, considerou o auditor que a empresa autuada tinha amplitude nas atividades da indústria da construção civil, atuando em todos os processos inerentes à produção de edificações. Na análise das ‘prestadoras de serviço’, efetivas empresas empreiteiras, verificou nos seus objetivos sociais a aptidão para execução de diversas etapas do processo produtivo de construção. Todavia, manifestou objeção ao conteúdo da relação havida entre a empresa contratante e as empresas contratadas, e considerou existente a interposição de mão de obra, a terceirização de atividade fim, não especializada e com subordinação direta, configurando o vínculo direto entre os empregados destas com a construtora-tomadora. Tais objeções se deram em relação à terceirização de parte da execução de etapa da obra compreendida na execução todos os serviços civis, instalações elétricas e hidráulicas do empreendimento, em relação à primeira contratada, e

quanto à execução dos serviços civis do prédio garagem do empreendimento, com relação à segunda contratada.

Considerou-se, no auto de infração, que a construtora-tomadora, por ter em seu objeto social e também executar atividades de 'construção civil em geral', tem conhecimento e a responsabilidade por todo o rol de atividades inerentes à construção civil. Para o auditor, as atividades objeto do contrato de empreitada são as mais triviais e corriqueiras no processo produtivo da construção, não tratando, pois, de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, e, por conseguinte, infringiam a Súmula do TST, nº 331, III. Em razão disso, considerou que os contratos firmados entre as empresas eram nulos para fins laborais, sob o argumento de que a subempreitada só seria lícita nas situações em que o empreiteiro não tem a totalidade dos conhecimentos técnicos especializados indispensáveis para o atendimento das pretensões do dono da obra. Insurgiu-se, ademais, pelo fato de que as empresas contratadas apenas forneciam mão de obra para a execução de serviços, não possuindo autonomia técnica e operacional indispensável para à execução de um verdadeiro contrato de empreitada, mormente porque havia a supervisão e direção da obra por engenheiros da empresa construtora. Na prática, reconheceu o auditor que a construtora somente mantinha na obra engenheiros gerentes de obra, auxiliares técnicos e estagiários.

Sinalizou o auditor no auto de infração, que alguns trabalhadores receberam treinamento específico, fato que considera retratar a não eventualidade e a pessoalidade na prestação do labor. Em relação à caracterização da subordinação, o fiscal ressaltou que houve o controle da obra pela empresa contratante, mesmo que indiretamente, pois na condução da prestação pessoal dos serviços, haviam ordens emanadas de engenheiros, mestres de obras e encarregados, retratadas pelas especificações ou instruções técnicas emitidas. Segundo seus argumentos, foi observada a presença da subordinação estrutural, pela inserção do trabalhador na dinâmica de organização e do funcionamento do tomador de serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, sobremaneira por ser a construtora quem tem o efetivo poder econômico e a capacidade de conduzir a execução da obra, aduzindo que tais fatos tem por objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, art. 9º).

Ainda, concluiu que as empresas contratadas para executarem o serviço não atendem aos requisitos do art. 2º da CLT, sob o argumento de que não possuem capacidade econômico-financeira de assalariar os trabalhadores e tampouco bens hábeis à tanto, pois dependem dos repasses feitos pela TOMADORA para pagar os salários.

A partir do exposto, a ação fiscal considerou que à luz dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT e da Súmula 331 do TST, e do princípio da primazia da realidade, efetivou-se a existência

de vínculo de emprego dos trabalhadores contratados de forma interposta e restou desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante).

Diante do quadro fático e jurídico apresentado, em que pesem todo o zelo e ponderações do auditor fiscal do trabalho, inclusive da técnica e da redação minuciosa, o auto de infração em exame apresenta nulidades e insubsistências.

Acerca das **nulidades do auto de infração**, estas são refletidas em quatro aspectos, quais sejam: **(A)** afronta à competência da Justiça do Trabalho para a declaração da existência de vínculo empregatício, e, por conseguinte, violação do art. 114 da CLT; **(B)** No auto de infração não resta configurada a *infração direta e literal* ao disposto no art. 41, caput, da CLT; **(C)** O agente fiscal não fundamenta sua argumentação em preceito legal, mas, na aplicação da Súmula 331 do TST - que não é lei -, violando o artigo 626 e seguintes da CLT. **(D)** O auditor fiscal do trabalho, ao não observar a validade da relação por empreitada, ao desprezar tal instituto e buscar caracterização de fraude a lei por seus próprios critérios ou de *standards* pessoais, extrapola a sua competência e age em afronta à moralidade administrativa.

(A) Embora o auditor fiscal do trabalho, na atribuição que lhe foi atribuída pela Superintendência Regional do Trabalho tenha obrigação de realizar cumprimento da legislação obreira, o artigo 114 da Constituição Federal, atribui apenas à Justiça do Trabalho a competência para a *declaração da existência de vínculo empregatício*. Há que se destacar que a hipótese em apreço *não se tratava da constatação de trabalhadores, ativamente na empresa sem o regular registro em carteira de trabalho*, situação que exige a lavratura de auto de infração pelo Fiscal do Trabalho, por afronta ao art. 41 da CLT, mas, ao reverso disso, os trabalhadores indicados no auto de infração contavam com sua CTPS assinadas pelos seus respectivos empregadores, empreiteiros contratados pela construtora.

No caso, a fiscalização das condições de trabalho, ainda que atividade estatal, não possui natureza *jurisdicional, mas sim administrativa*. Considerando que as atividades do Auditor Fiscal do Trabalho estão restritas à inspeção do cumprimento das normas de proteção do trabalho e que a declaração de existência de relação empregatícia constitui atividade jurisdicional, dependendo, portanto, de regular processo judicial, assegurando-se às partes a observância dos princípios constitucionais, notadamente o do contraditório e da ampla defesa e que esta não pode resultar da análise subjetiva do Fiscal do Trabalho, torna-se nulo o auto de infração no aspecto.

Cumprido ressaltar que, como expresso nos capítulos anteriores, o instituto da “empreitada” é legalmente previsto e a sua adoção não representa ilicitude, é válida e regular. Ao auditor fiscal do trabalho, por sua vez, não há competência para tratar da

legalidade ou para adentrar no mérito das disposições legais quanto à relação de empreitada, na medida que este é subordinado à norma, e tem sua atuação restrita a verificação da aplicação da lei, conteúdo e alcance, não cabendo-lhe entrar no mérito da lei, **menos ainda se esta é justa ou não, sobremaneira porque, no caso, reitere-se, não se constatou a presença de trabalhadores, ativando-se na obra sem o regular registro em carteira de trabalho**, situação que exige a lavratura de auto de infração pelo Fiscal do Trabalho, por afronta ao art. 41 da CLT, mas, sim, interpretação de que a empreitada realizada, no entender do auditor fiscal do trabalho, representava fraude e simulação para intermediação irregular de mão de obra. Dado que a “preferência” e “preterimento” de lei válida (que prevê expressamente a empreitada) na busca de outra norma que atenda as concepções de mérito - sobremaneira científico-ideológico - do próprio auditor fiscal do trabalho (para se formar a existência de novo vínculo empregatício paralelamente havido com aquele havido com a empresa que foi contratada por empreiteira), sobretudo, exige ampla dilação probatória, excedendo a finalidade da fiscalização.

A questão de validade da relação de empreitada é mérito da norma, portanto, está inserida na competência do Poder Judiciário, não cabendo, ao auditor fiscal do trabalho, o enquadramento como empregado daquele trabalhador vinculado à empreiteira, notadamente quando apresenta a empresa documentação comprobatória da natureza da contratação empreendida.

Destaque-se que, embora no auto de infração tenha o auditor fiscal assegurado à presença de subordinação, pessoalidade, dependência econômica e não eventualidade na relação desenvolvida entre as partes, não detém de competência hábil para caracterizar os elementos do vínculo de emprego.

Entendimento contrário afronta, sobretudo, o direito à ampla defesa e o devido processo legal, direitos fundamentais que devem ser respeitados, sendo certo que, ainda que possa haver indício de irregularidade, esse fato não conduz à conclusão de ser ilícita a contratação de empreiteiras, sendo necessária investigação quanto à existência dos requisitos exigidos pelo art. 3.º, da CLT. E essa constatação somente é permitida, através do Poder Judiciário.

(B) No auto de infração não resta configurada a *infração direta e literal* ao disposto no art. 41, caput, da CLT, e, como tal, retrata-se vício insanável na infração estabelecida. Isso porque, o dispositivo se refere ao “*registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho*”. No entanto, tal registro dos trabalhadores e os seus efetivos empregadores - as empreiteiras - sequer foram objeto de apreciação por parte do agente

fiscal, tanto é que *não apontou um único funcionário sem registro* ou demonstrou irregularidade no relacionamento havido.

Ou seja, o auditor fiscal do trabalho extravasa seus deveres-poderes, pois para o atendimento do escopo legal do art. 41 da CLT, em que é obrigatório para o empregador o registro dos respectivos trabalhadores, o suporte fático da norma está perfectibilizado na situação concreta, pois que a empreiteira efetuou o registro dos funcionários que se avivaram na obra contratada. É evidente que o descumprimento da lei capitulada não ocorreu, sobremaneira porque a *inobservância do conteúdo/sentido das normas* não se perfectibilizou. A norma é impositiva e prevê a *obrigação de registro do trabalhador*. Então: estando registrado o trabalhador pela empreiteira e tendo este anotado condignamente a CTPS, por segurança jurídica, concluiu-se a finalidade da norma jurídica.

(C) O agente fiscal não fundamenta sua argumentação em norma legal, mas, tão-somente, em entendimento jurisprudencial proveniente do Colendo TST a respeito da terceirização da atividade-fim - Súmula 331 daquela Corte. A autuação, muito embora capitulada pelo art. 41 da CLT, foi compreendida sob o enfoque da Súmula 331 do TST, sem atentar para outros elementos da relação de empreitada, de modo a ser eivado de nulidade o auto de infração sob tal esteio.

Dado que o fundamento apresentado - Súmula 331 do TST - sequer é previsto em lei (mas, sim, na jurisprudência), fuge ao auditor fiscal do trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal que sequer tem limites traçados pelo legislador pátrio, na forma dos artigos 626 e seguintes da CLT.

(D) A finalidade da Administração Pública é a gestão de bens, interesses e serviços públicos de acordo com os **preceitos da lei** e da **moralidade administrativa**, cuja finalidade é, sempre, o **interesse público**. O auditor fiscal do trabalho está adstrito aos mandamentos da lei e ao interesse da coletividade. A conduta do auditor fiscal do trabalho, portanto, não decorrente de seus próprios critérios ou de standards pessoais, que, não obstante aparentar legalidade, no caso, age com excesso e afronta o teor de instituto legal que é o da empreita, válido e eficaz.

Igualmente, o procedimento do agente administrativo de declarar que a relação comercial pactuada pela autuada com as empresas referidas no auto de infração como terceirização ilícita e capitular a infração no art. 41, da CLT, foi irregular, vez que não é dado ao Fiscal do Trabalho fazer interpretação do mérito do dispositivo legal e reconhecer a existência de terceirização ilícita, menos ainda quando há previsão legal no art. 455 da CLT que prevê a licitude do contrato de empreitada. Ao teor do auto de infração o auditor fiscal do trabalho extrapola a sua competência, age em descumprimento a lei e à moralidade

administrativa. Repise-se que a atuação da fiscalização deve se ater à verificação do cumprimento da lei em sentido estrito, não cabendo ao fiscal declarar a invalidade da contratação. Verifica-se, *in casu*, a atuação do fiscal como invasão de competência do Poder Judiciário Trabalhista ao analisar a presença dos elementos caracterizadores da relação empregatícia para fins de atuação de empresa pela violação da legislação trabalhista.

Assim, a ação do auditor fiscal do trabalho afronta os diversos princípios norteadores da *administração pública*, tornando, por consequência, nulo o auto de infração em apreço.

Acerca da **insubsistência do auto de infração**, ao contrário do sustentado pelo agente fiscal, não se verificam quaisquer elementos para justificar a intermediação irregular de mão de obra e/ou terceirização ilícita, mas, sim, mera relação comercial entre as partes, por lícito contrato de empreitada.

Primeiro como referido no âmbito da análise do item “CONTRATO DE EMPREITADA”, sobremaneira acerca dos “FUNDAMENTOS DO CONTRATO DE EMPREITADA” e sob a ótica da “LIBERDADE PARA CONTRATAR”, supra-analisados, não há que se discutir da validade da relação havida, que foi negada pelo auditor fiscal do trabalho no momento em que lavrou o auto de infração.

Afora a legalidade e licitude da relação por empreitada, verificou-se que a empresa construtora contratante não mantém qualquer ingerência sobre o modo de produção das contratadas, estando, ademais, os trabalhadores sujeitos exclusivamente às ordens dos seus titulares ou prepostos (e não da construtora atuada), tal como, inclusive, assumido no texto ao se referir que “*O trabalho é passado dos engenheiros para os encarregados da TOMADORA ou para os encarregados das empresas interpostas*”, em situação que não comporta qualquer retoque.

Por outro lado, não foram preenchidos os requisitos do art. 2º e 3º da CLT e não há caracterização da relação de emprego, como, sobremaneira, será abordado na sequência do presente estudo.

Também, pela relação havida, não há como se justificar a precarização das relações do trabalho e das garantias ao trabalhador em decorrência do contrato de empreitada. O auditor fiscal do trabalho narra que as atividades objeto do contrato de empreitada, no caso concreto, denotam evidente interposição ilícita de mão de obra, nos termos do item I, da Súmula 331, do TST. Sustenta que a forma de gestão da atuada consiste em lotear a execução da sua atividade fim entre os pequenos empreiteiros, que são microempresas viabilizando-se, assim a redução de custos do empreendimento, precarizando os serviços, atuando evidentemente com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos

preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, art. 9º). Não restou demonstrado no auto de infração, contudo, a efetiva ilicitude na relação de empreitada havida no caso concreto, menos ainda de modo a precarizar as relações de trabalho e fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho.

Ademais, conforme da conta o capítulo “*responsabilidade das empresas da construção civil na relação de empreitada*”, a relação por empreitada havida referenda duplicidade de garantias ao trabalhador, já que é existente a responsabilidade (seja solidária e/ou subsidiária) da empresa contratante, e verifica-se a corresponsabilização ao adimplemento das obrigações derivadas do contrato de trabalho por parte do empreiteiro/subempreiteiro.

Os argumentos acima, em cotejo com todo o teor do presente trabalho, demonstram que a relação de empreitada é válida, e como tal deve ser reconhecida, evitando de insubsistência e nulidade qualquer auto de infração que não considerar tais disposições.

3 O VÍNCULO EMPREGATÍCIO

3.1 OS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A palavra trabalho, embora ampla, em síntese, é o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim. A relação de emprego é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, cuja relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual - o Direito do Trabalho¹³⁹.

No Direito do Trabalho brasileiro, inexistente uma definição legal para relação de trabalho. Coube à doutrina definir o que é relação de emprego no direito brasileiro, e, para tanto, utilizou dos conceitos estabelecidos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A partir da conjugação entre subordinação, contraprestação mediante salário, pessoalidade e continuidade se evidencia a concretização da relação de emprego.¹⁴⁰

Leciona Délio Maranhão¹⁴¹:

É o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga à prestação pessoal, subordinada e não eventual do serviço, colocando a força de trabalho à disposição de outra pessoa, física ou jurídica, que assume os riscos de um empreendimento econômico (empregador) ou de quem é a este, legalmente, equiparado, e que se obriga a uma contraprestação (salário).

Maurício Godinho Delgado, assim aduz¹⁴²:

A caracterização da relação empregatícia é, portanto, procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida em que propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justralhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. É procedimento com reflexos no próprio Direito Processual do Trabalho, uma vez que este abrange, essencialmente, as lides principais e conexas em torno da relação de emprego (a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela EC 45/2004 - art. 114, 1 a IX, CF/88 - não retirou a

¹³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 280.

¹⁴⁰ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 239/241.

¹⁴¹ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho** – 17. ed. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1993. p. 46.

¹⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 281.

hegemonia das lides empregatícias no âmbito da Justiça Especializada).

Trata, pois, de um negócio jurídico realizado entre dois sujeitos, em pleno gozo da sua autonomia privada, que, por sua característica negocial, estipulam sua relação com o objeto principal sendo o binômio trabalho/salário. Entretanto, urgem outras obrigações, acessórias, como o dever de fidelidade, o respeito à integridade física, de respeito aos limites do contrato, de dar trabalho, de assiduidade, por exemplo. Também são elementos derivados a orientação da relação pelo princípio da boa-fé, o direito à informação, à execução continuada, a vedação ao rigor excessivo, guarda de segredos da empresa, não concorrência¹⁴³.

Os elementos *tático-jurídicos*¹⁴⁴ da pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, portanto, estruturam a relação de emprego e a distinguem, sendo que, na falta de um destes elementos não se perfectibiliza e torna imperfeita tal relação Vejamos:

(A) Pessoalidade: Também identificada como *prestação pessoal de serviço a outrem*, a pessoalidade é uma das principais características do contrato de trabalho, caracterizada pelo fato de ter o empregado que cumprir a obrigação de trabalhar pessoalmente. Ou seja, verificação obrigação de uma pessoa certa e determinada, em que as características, condições, qualidades, fideducias e confiança havidas nesta pessoa (o chamado *intuitu personae*), é que constituem o elemento determinante para a formação do contrato de trabalho¹⁴⁵. A noção de que o sujeito que presta serviços em uma relação de trabalho é um ser humano, ao que denominamos pessoalidade, enseja o reconhecimento de uma série de direitos e deveres, o que faz com que alguns autores cheguem a mencioná-lo como um princípio jurídico¹⁴⁶.

A pessoalidade é assim qualificada:

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada - ou efetivamente cumprida - deve ser, desse modo, intuitu personae com respeito ao prestador de serviços, que não poderá,

¹⁴³ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 241.

¹⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 283.

¹⁴⁵ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 241/245.

¹⁴⁶ Nesse sentido, RIBERIO DE VILHENA fala no "princípio da pessoalidade". VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2005, p. 404.

assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática de substituição intermitente - circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador focado -, descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico¹⁴⁷.

As características da pessoa, em algumas funções, é requisito para seleção, pois pode considerar a *qualificação profissional*, a *capacidade de esforço físico*, e, também, a *profissionalidade* do candidato ao emprego. Desta forma, incumbe ao sujeito específico contratado, o exercício das obrigações de “fazer” e de “dar”, cujo objeto é infungível e intransmissível, ou seja, indelegável a outrem¹⁴⁸.

(B) Não eventualidade: A relação de trabalho implica num pressuposto temporal, que considera a ocorrência de um fato jurídico dinâmico que forma-se e desenvolve-se através do decurso do tempo, com caráter de continuidade e permanência. O trabalho realizado em frações descontínuas de tempo, assim como efetivado aleatória ou eventualmente, e que não está baseado nas necessidades normais e permanentes da empresa (e também na vontade das partes em se vincular continuamente), não configura a relação de emprego¹⁴⁹.

No particular, referiu VILHENA¹⁵⁰:

a eventualidade é um pressuposto que deve ser revisto, não só pela precariedade de contornos e pela mobilidade ou fluidez com que transita de caso para caso, como por não guardar qualquer relação com o objeto básico da tutela jurídica na prestação de serviços: o trabalho por conta alheia. Eventual ou não, o trabalho foi prestado, com um intensivo tónus de pessoalidade, integrou o patrimônio do credor e correspondeu a um desgaste psicofísico de seu prestador. Esses são os supostos fundamentais que dão nascimento à tutela jurídica no Direito do Trabalho.

No sentido, aliás, lecionam ARAUJO e COIMBRA¹⁵¹:

A não eventualidade precisa ser vista sob as dimensões objetiva e subjetiva. No prisma da dimensão objetiva, a não eventualidade se estabelece pela existência de um posto de trabalho que deverá ser ocupado e que está inserido na organização da empresa. A

¹⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 285.

¹⁴⁸ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 241/245.

¹⁴⁹ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 246/252.

¹⁵⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 414-415.

¹⁵¹ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 252.

dimensão subjetiva, por sua vez, reflete o estado de consciência dos sujeitos da relação de emprego, dotado de expectativa recíproca e de bilateralidade obrigacional. A não eventualidade subjetiva gera a necessidade de pré-aviso (aviso prévio) para que a outra parte se prepare para os efeitos do término do contrato.

Sobre tanto, considera DELGADO¹⁵²:

A ideia de permanência atua no Direito do Trabalho em duas dimensões principais: de um lado, na duração do contrato empregatício, que tende a ser incentivada ao máximo pelas normas justralhistas. Rege esse ramo jurídico, nesse aspecto, o princípio da continuidade da relação de emprego, pelo qual se incentiva, normativamente, a permanência indefinida do vínculo de emprego, emergindo como exceções as hipóteses de pactuações temporalmente delimitadas de contratos de trabalho.

A justificar tal aspecto de expectativa de término do contrato, sinalize-se que a rescisão do contrato por iniciativa do empregador e o pedido de demissão por parte do empregado não podem ser negados, pondo fim ao direito de permanecer no emprego.

(C) Subordinação: É considerado o elemento que dá fisionomia própria à relação de emprego, bem como ao negócio jurídico laboral, sendo elemento essencial, que melhor permite distingui-los dos contratos afins. Isso, pois, a subordinação, entre todos esses elementos, é o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia¹⁵³. A subordinação é indispensável para desenvolver uma atividade produtiva em qualquer regime de produção. Pela noção de subordinação, tem-se que o empregador adquire uma porção de liberdade do empregado e, como contraprestação, lhe paga salário (meio principal e/ou único de subsistência)¹⁵⁴. Transparece na subordinação, uma ideia básica de submetimento, sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência¹⁵⁵.

Adverte-se ainda, quanto à natureza da subordinação do trabalhador, diversos critérios são indicados na doutrina. Entre eles a dependência social, dependência técnica, dependência econômica e dependência hierárquica ou subordinação jurídica. Sobre tanto, divergências e insubsistências são apontadas na doutrina, importando ressaltar, entre elas,

¹⁵² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 286.

¹⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 294.

¹⁵⁴ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 252-253.

¹⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989. p. 103.

a crítica ao critério econômico, pois que a dependência econômica não pode ser considerada um critério formal capaz de distinguir juridicamente a natureza jurídica da dependência existente na relação de emprego, pois fracassa em muitas situações corriqueiras. A CLT não utiliza a expressão subordinação, mas ela resulta da conjugação do binômio: dependência *versus* direção, no qual, de um lado o art. 2º da CLT confere ao empregador o poder de dirigir a prestação pessoal de serviço, e, de outro, no art. 3º da CLT, refere que o empregado trabalha sob a dependência do empregador. Ainda, e no que concerne à subordinação jurídica, esta compreende-se pela análise do caráter subjetivo e objetivo da subordinação. Por caráter subjetivo, compreende-se a consciência de cumprir ordens por parte do empregado, consistindo como legítima as obrigações de obediência, diligência e fidelidade. Por objetiva, a subordinação se justifica pela inserção do trabalho nos fins do empreendimento econômico da empresa¹⁵⁶.

RIBEIRO DE VILHENA acentua que “à atividade como objeto de uma relação jurídica, não pode ser assimilado o trabalhador como pessoa. Qualquer acepção em sentido diverso importará em coisificá-lo”¹⁵⁷. (D) Contraprestação mediante salário (onerosidade): Ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada¹⁵⁸. Relaciona-se ao fato que as partes suportam ônus e esforços econômicos recíprocos, considerando, para tanto, a quantidade de esforço realizado para obter algo em troca. A força de trabalho colocada à disposição do empregador, no desenvolvimento de um processo produtivo, corresponde a uma retribuição econômica em favor do empregado (salário). O trabalho é o objeto do contrato de trabalho, e, por ele, deve ser remunerado. Com o salário, por sua vez, o empregado cumpre com a sua obrigação principal e completa o sinalagma contratual. Esse raciocínio retrata a comutatividade, característica típica do contrato de trabalho¹⁵⁹.

No aspecto, entretanto, RIBEIRO DE VILHENA cita ampla doutrina que afasta a onerosidade como requisito necessário para a configuração da relação de emprego. Refere os ensinamentos de Maus, para quem “a remunerabilidade (*die Entgeltlichkeit*) não pertence

¹⁵⁶ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014.p. 252-260.

¹⁵⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2005, p. 465.

¹⁵⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 291.

¹⁵⁹ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 260/267.

ao conceito de empregado”, e Schaub, segundo o qual “*não é essencial ao conceito de empregado seja o trabalho prestado contra pagamento (gegen Entgelt) ou exercido em caráter profissional (berufsmässig ausgebt wird)*”¹⁶⁰ Para o autor em análise, o reconhecimento da onerosidade do trabalho prestado e o dever de pagar salário é uma decorrência do vínculo, e não de um pressuposto ou uma condição.

Além do exposto, a doutrina refere-se à expressão *animus contrahendi* para traduzir a fundamental intenção das partes com respeito à natureza e efeitos jurídicos do vínculo formado entre elas. Embora os autores não tendam a colocar esse aspecto da relação empregatícia como parte componente de um de seus elementos fático-jurídicos constitutivos (a onerosidade), o correto é situar exatamente nesse plano o chamado *animus contrahendi*. Essa expressão traduz, na verdade, a intenção do prestador de se vincular (ou não) a título oneroso e empregatício: inexistindo essa intenção, não há o plano subjetivo do elemento fático-jurídico da onerosidade¹⁶¹.

Está claro, desse modo, que o fenômeno da relação de emprego somente se completa, do ponto de vista de seus efeitos jurídicos, se reunidos, no vínculo examinado, não só os elementos fático-jurídicos, como também os jurídico-formais do respectivo contrato. Verificada a reunião dos elementos fático-jurídicos, a relação de emprego existe. Entretanto, se não confirmada à presença (ou regularidade) de todos os elementos jurídico-formais do correspondente contrato, a relação de emprego pode se tomar impotente para provocar efeitos no mundo jurídico¹⁶². Ou seja, a conjugação desses elementos fático-jurídicos consolida a relação de emprego, que, por sua vez, é regida por aspectos jurídico-formais consistentes no contrato de emprego.

Quanto a este, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) usa a expressão contrato de trabalho (gênero), em regra, para tratar apenas de uma de suas espécies: o contrato de emprego. O contrato de emprego, por não contar com previsão expressa na CLT de sua efetiva definição e alcance, adota os elementos constituidores da relação de emprego para sua definição, conjugados a partir do quanto estabelecido nos artigos 2º e 3º da referida consolidação.¹⁶³

¹⁶⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 746.

¹⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 293.

¹⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 301.

¹⁶³ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 477.

Considera-se, portanto, contrato de emprego, como sendo “*um negócio jurídico, em que empregado e empregador operam em um vínculo onde os elementos essenciais são a prestação de trabalho por pessoa física (empregado), contraprestado por salário, de natureza não eventual e mediante subordinação jurídica.*”¹⁶⁴

As principais **características do contrato de emprego** e que repercutem na sua caracterização são as seguintes:

(A) Contrato de direito privado: Tendo o Direito do Trabalho origem no direito privado, o instrumento básico do contrato de emprego, assim como o estudo da natureza jurídica do vínculo de emprego, tem natureza contratual¹⁶⁵.

(B) Consensual: O contrato de emprego, independentemente da observância de formalidades especiais, constitui-se pelo simples consenso entre as partes. A vontade propulsora de sua formação pode ser expressa ou tácita.¹⁶⁶

(C) Bilateral ou sinalagmático: *As prestações trabalhistas são recíprocas e guardam, subjetivamente, uma noção de equivalência: o empregado recebe salário porque trabalha ou fica à disposição do empregador*¹⁶⁷. Ainda, *o empregado cria, com o seu trabalho, um valor para o empregador, que em função disso retorna uma prestação ao empregado (contraprestação = pagamento de salário)*.¹⁶⁸ A bilateralidade consiste no fato que as obrigações são recíprocas (trabalho + salário) e tal fato constitui o núcleo obrigacional do contrato. Desse modo, o trabalho como objeto do contrato de emprego e obrigação principal do empregador deve ser remunerado. De outro lado, ao pagar-lhe salário, o empregador cumpre com sua obrigação principal e completa o sinalagma¹⁶⁹, conferindo-lhe reciprocidade entre as obrigações.

(D) Comutativo: Há comutatividade porque um contratante se compromete a fazer aquilo que considera equivalente ao que o outro se obriga a prestar. O esforço pessoal do empregado é relativamente comutado pela percepção de salário, sendo que há *certeza entre as prestações* na medida em que há a prévia fixação de um montante certo de

¹⁶⁴ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 477-478.

¹⁶⁵ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 478-479.

¹⁶⁶ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 480.

¹⁶⁷ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 480.

¹⁶⁸ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 480.

¹⁶⁹ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 480.

contraprestação (o salário) ao final da prestação periódica e sucessiva de trabalho. Neste contexto, o contrato de emprego repele os riscos ao empregado, já que é o empregador que assume os riscos do empreendimento¹⁷⁰.

(E) Oneroso: O contrato de emprego tem como uma de suas principais características a onerosidade. Ou seja, as prestações principais do contrato de emprego são aquilatáveis economicamente, havendo um “fluxo patrimonial” de um sujeito da relação de emprego para o outro e vice-versa¹⁷¹.

(F) Intuitu personae em relação à pessoa do empregado: A obrigação de trabalhar é personalíssima e só pode ser concretizada pela pessoa contratada, demonstrando a manifesta personalidade na prestação do trabalho. Caracteriza-se como uma obrigação de fazer, consideradas as qualidades pessoais do indivíduo¹⁷².

(G) Trato sucessivo ou execução continuada: Decorre do fato de que a execução das obrigações pactuadas entre trabalhador e empregador se prolonga no tempo, com o renascimento periódico das prestações e de maneira indefinida (contrato por prazo indeterminado) – regra geral – ou com término fixado entre as partes (contrato por prazo determinado). Está intrinsecamente ligado com a não eventualidade e, ao mesmo tempo, a um dos princípios específicos do Direito do Trabalho que é o princípio da continuidade¹⁷³.

Observe-se, entretanto, que a continuidade das prestações do contrato de emprego não é absoluta, na medida em que existem situações jurídicas onde o contrato de trabalho é suspenso (parcial ou totalmente). Outra evidência de continuidade é que o contrato, mesmo na hipótese de sucessão de empregadores, pela estrutura jurídica ou na propriedade da empresa, nos termos da conjugação dos art. 10 e 448 da CLT, não minimiza e tampouco altera as obrigações contratuais, persistindo, sob todos os enfoques, a manutenção do contrato em vigor, normalmente, sem qualquer modificação dos direitos adquiridos (obrigações principais e acessórias) decorrente da operação empresarial¹⁷⁴.

Quanto aos **elementos integrantes do contrato de emprego**, ainda, há de ser ressaltar o seguinte. A noção de contrato está vinculada ao encontro do interesse e vontade

¹⁷⁰ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 481-482.

¹⁷¹ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cíntia Machado de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 79.

¹⁷² ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 483-484.

¹⁷³ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 484/485.

¹⁷⁴ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 484/485.

das partes para a consecução da relação de trabalho, de modo que consensualmente e sem maiores formalidades, uma das partes apresenta uma proposta e a outra acolhe o seu teor, de modo a consolidar um vínculo jurídico entre ambas. Este vínculo depende de elementos obrigatórios e essenciais para lhe tornarem existente, válido e eficaz. Nesse contexto, dos elementos que integram o contrato de emprego alguns são essenciais e outros são acidentais (facultativos ou secundários). Os elementos essenciais são aqueles ligados à validade, quais sejam: capacidade das partes; manifestação da vontade sem vícios, objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

A noção desses conceitos, ademais, assim se compreende:

(A) Capacidade das partes: A condição geral das partes contratantes, que, previamente, estão postas no direito civil, entre outros: idade, enfermidade ou deficiência mental, embriagues habitual, vício em tóxicos, discernimento reduzido por deficiência mental, os excepcionais, os pródigos. São capazes aqueles que têm aptidão de exercer por si os atos da vida civil e o exercício de direitos, seja por capacidade de gozo (ser titular de direitos e obrigações), seja por capacidade de exercício (idoneidade para atuar juridicamente, exercendo ou adquirindo direitos, cumprindo ou assumindo obrigações, por si ou através de um representante). Esta capacidade pode ser absoluta ou relativa. Absoluta decorre do pleno exercício de manifestação da sua vontade sozinho e, relativa, quando, para tanto, necessita estar assistido ou autorizado¹⁷⁵.

Ressalte-se, ainda, a capacidade trabalhista, consistente na aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício de atos da vida laborativa. O Direito do Trabalho não introduz inovações no que concerne à capacidade do empregador; preserva, aqui, portanto, o padrão jurídico já assentado no Direito Civil. Desde que se trate de pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a quem a ordem jurídica reconheça aptidão para adquirir e exercer, por si ou por outrem, direitos e obrigações na vida civil, tem-se como capaz esse ente para assumir direitos e obrigações trabalhistas¹⁷⁶.

(B) Manifestação de vontade desprovida de vícios: A condição para perfectibilização do negócio jurídico é que as partes exteriorizem e declarem expressamente sua vontade

¹⁷⁵ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 487-489.

¹⁷⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 510.

dentro de parâmetros de lealdade, honestidade e confiança, com intencionalidade de promover determinada consequência juridicamente prevista¹⁷⁷.

Em se tratando de contrato de emprego, por sua vez, os termos do negócio são, em regra, ditados pelo empregador, em face do elemento da subordinação. Frequentemente, o trabalhador simplesmente adere a um contrato cujas cláusulas não discutem, em face de sua inferioridade no plano econômico¹⁷⁸.

Importante referir, no mais, que vontade e declaração não são o mesmo fenômeno. Antes de colocar em ação a sua vontade, o agente precisa conhecer o “bem” de que precisa e formar conhecimento consciente de que este atrai ou não sua vontade. Conhecido o bem, forma-se a autodeterminação para querê-lo, cujo ápice é a declaração da vontade em promover o ato jurídico tutelado pelo direito capaz de proporcionar o bem que pretende alcançar. Ou seja, a vontade é o autoconhecimento do desejo (intencionalidade), a declaração é o meio de expressão para atingir tal finalidade, que é um efeito jurídico tutelado pela lei¹⁷⁹.

Dita vontade, entretanto, não pode comportar vícios. Ou seja, aquele que não se acha na posse de sua razão, ou por embriaguez, ou por alienação mental, ou por deficiência de idade, não tem seus atos juridicamente válidos. Também não subsistirão os atos que desviem da boa-fé e da honestidade, quando se objetivar prejudicar o direito de alguém ou fugir das determinações da lei. Revelam-se, também, outros casos, onde a manifestação de vontade esteja prejudicada por um evento que leve à discordância entre a vontade e a declaração. Os vícios de consentimento são o erro, o dolo e a coação. Por outro lado, os vícios sociais são a simulação e a fraude contra credores¹⁸⁰.

(C) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável: A ordem jurídica somente confere validade ao contrato que tenha objeto lícito (art. 145, II, CCB/1916; art.: 166, 11, CCB/2002). O Direito do Trabalho não destoa desse critério normativo geral. Enquadrando-se a atividade prestada em um tipo legal criminal, rejeita a ordem justralhista reconhecimento jurídico à relação socioeconômica formada, negando-lhe, desse modo,

¹⁷⁷ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 489-495.

¹⁷⁸ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 489-495.

¹⁷⁹ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 494-495.

¹⁸⁰ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 495/500.

qualquer repercussão de caráter trabalhista. Não será válido, pois, contrato laborativo que tenha por objeto atividade ilícita¹⁸¹.

O negócio jurídico relativo ao contrato de emprego é aquele que traz vantagens patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo para o empregador a obtenção de trabalho subordinado e, para o empregado, a remuneração, e, portanto, dada a contemplação de tal negócio jurídico na lei e atendidos seus pressupostos, é revelada a licitude. Existem fatos, entretanto, que violam as normas jurídicas e caracterizam como negação ao direito. Tais, atos, por sua vez, são considerados ilícitos. Por outro lado, esse negócio é possível quando esteja no alcance das forças humanas e as forças da natureza permitam a sua realização, sendo a consequência da impossibilidade a invalidade do ato. Além disso, o objeto deverá ser determinado ou determinável, na medida em que o contrato de emprego se revela determinável pelo fato de que o empregado tem conhecimento das funções que ele virá a desenvolver na empresa e que nestas poderão aderir novas cláusulas e condições, que alterem ou não o equilíbrio contratual¹⁸².

(D) Forma prescrita e não defesa em lei: No Direito do Trabalho, essa regra também se manifesta: em princípio, não há qualquer instrumentalização específica obrigatória na celebração de um contrato empregatício. O contrato de trabalho é pacto não solene; é, portanto, contrato do tipo informal, consensual, podendo ser licitamente ajustado até mesmo de modo apenas tácito (caput dos artigos 442 e 443 da CLT)¹⁸³. Ou seja, na maioria dos casos, o contrato de emprego não é revestido de maiores formalidades. Todavia, existem casos em que a lei exige determinadas formalidades, mediante contrato mínimo legal, tais como, por exemplo, o contrato de aprendizagem, o contrato de atleta profissional e o contrato de trabalho temporário¹⁸⁴.

¹⁸¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 512.

¹⁸² ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 501/505.

¹⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 514.

¹⁸⁴ ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 506.

3.2 DA (NÃO) CARACTERIZAÇÃO DOS REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NAS RELAÇÕES DE EMPREITADA

Sendo válida a relação de empreitada ajustada entre empresa construtora e a empreiteira/subempreiteira, importante investigar se os requisitos para a caracterização da relação de emprego, a saber, os elementos tático-jurídicos¹⁸⁵ da pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, estão presentes na conjugação da relação entre empresa construtora contratante e os funcionários dos empreiteiros/subempreiteiros, considerando, para tanto, a premissa da preexistência de contratos de trabalho regulares entre os dois últimos.

Considerar-se-á, igualmente, o quadro fático delineado no auto de infração apresentado no capítulo antecedente, de modo a retratar com fidedignidade um escopo de investigação e análise.

(A) Da ausência de prestação pessoal de serviço: A definição de tal requisito, pela doutrina, como visto, remete ao fato de que o empregado deve cumprir a obrigação de trabalhar pessoalmente. A noção de pessoalidade parte da aceção de que o trabalho deve ser prestado, por uma pessoa certa e determinada, sendo intransmissível a outrem a obrigação de trabalhar. Ou seja, como analisado, decorre do conceito de trabalho personalíssimo ou *intuitu personae*.

No caso, o auditor fiscal do trabalho ampara sua tese de que haveria relação de emprego por constarem os empregados das empresas A e B na listagem de pessoas que adentraram no canteiro de obras da construtora, o que, por sua vez, é inócuo à caracterização da relação empregatícia, uma vez que o nome do próprio auditor do trabalho, ao ingressar no canteiro de obras, também é registrado no aludido documento, sem que disso resulte em qualquer vínculo.

Além disso, não restou evidenciado no objeto do auto de infração, por evidencia alguma, que os trabalhadores avivam-se no canteiro de obras apresentavam qualquer vínculo de *pessoalidade* em relação à empreitada havida com a autuada, tampouco assumiram obrigação de trabalhar com a empresa construtora de maneira personalíssima e intransmissível.

A relação de empreitada, não tem o condão de caracterizar *pessoalidade na consecução de seu objeto*, mas, sim, visa exclusivamente o *resultado*. E isso se

¹⁸⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 283.

perfectibilizou na situação concreta abordada no auto de infração. Tanto é que não restou apurada a indicação de qualquer profissional que deva trabalhar, pessoalmente, no canteiro de obras, e, sobremaneira, não há qualquer ato obrigacional no contrato de empreitada de que o resultado deva ser produzido por pessoa certa e determinada.

Sobretudo, não pode ser descartada a necessidade de análise casuística dos elementos caracterizadores da relação empregatícia, cujas circunstâncias definidoras da *relação de emprego se concentram na pessoa do trabalhador e não na relação de empreitada havida entre as partes*, sobremaneira no que se refere à suposta “terceirização irregular”, como elencado pela auditoria fiscal do trabalho. Note-se que, para tanto, necessária à verificação pela autoridade competente que é o Poder Judiciário, submetendo a avaliação, caso a caso, da presença dos pressupostos do art. 3º da CLT, dentre os quais a pessoalidade. Ausente tal circunstância, não há como reconhecer a relação empregatícia.

Nessa linha de raciocínio, não subsiste a caracterização de pessoalidade, elementar à formação do vínculo de emprego. E, em não havendo o requisito da pessoalidade, resta afastado elemento indispensável à caracterização da relação jurídica de emprego.

(B) Não eventualidade: Todo ato ou fato jurídico se forma e se desenvolve através do decurso do tempo, tendo como premissa, portanto, um suporte fático mínimo que supõe um espaço de tempo. O contrato de trabalho é um negócio jurídico pelo qual o fator tempo é um fator distintivo para sua caracterização, vez que pressupõe uma relação de execução continuada.

Ocorre, entretanto, que entre os empregados das empreiteiras A e B não resta (e tampouco restou) demonstrado o elemento da não eventualidade, situação também não demonstrada no teor do auto de infração em apreço.

Na análise sob o prisma individual do trabalhador, em relação à atuada, não há qualquer expectativa recíproca e de bilateralidade obrigacional, tanto é que os trabalhadores das empresas A e B, por não terem qualquer vinculação de exclusividade e continuidade de sua individual atuação, circulam entre as diversas obras das empreiteiras com outras empresas que não a atuada-construtora.

Por outro lado, também, por tratar de relação de empreitada, esta é pautada por atividade e não por unidade de tempo, hábil a atrair a noção de continuidade.

Nestes termos, não caracterizado, também sob tal prisma, aspecto fundamental a caracterização do vínculo de emprego e da relação empregatícia.

(C) Subordinação: Considerada como elemento fundamental para a caracterização do vínculo de emprego, a subordinação também não se verifica na hipótese em diagnóstico. Como se viu no auto de infração, a empresa contratante, em momento algum, faz

exigências, dirige e coordena a atividade dos funcionários dos empreiteiros havidos na obra, que estão condignamente identificados mediante a utilização de uniformes da empreiteira, sua efetiva empregadora. A autuada não adverte e tampouco faz qualquer cobrança aos funcionários dos empreiteiros. Não mantém qualquer relacionamento direto, a não ser com o responsável da empreiteira designado para tal, exclusivamente.

Adverte-se ainda, quanto à natureza da subordinação do trabalhador, diversos critérios são indicados na doutrina. Entre eles a dependência social, dependência técnica, dependência econômica e dependência hierárquica ou subordinação jurídica.

Como visto nos capítulos precedentes, o critério econômico e a dependência econômica não podem ser considerados critérios formais capazes de distinguir juridicamente a natureza jurídica da dependência existente na relação de emprego, pois fracassam em muitas situações corriqueiras, como a em análise, o que refuta a argumentação do auditor fiscal do trabalho no sentido que uma das justificativas para invalidade da relação pautada era a dependência econômica da empreiteira em relação à construtora-contratante.

A CLT não utiliza a expressão subordinação, mas ela resulta da conjugação do binômio: dependência *versus* direção. Na análise, a empresa construtora não dirigiu a prestação pessoal de serviço, e o empregado da empreiteira, não trabalhou sob a dependência da empresa construtora.

No que concerne à subordinação jurídica, no âmbito do caráter subjetivo, não restou apurado o ânimo de cumprir ordens por parte do empregado em relação à construtora, mas, exclusivamente, frente à empreiteira. E somente a esta foi legítima as obrigações de obediência, diligência e fidelidade. No âmbito objetivo, a subordinação do empregado à empresa empreiteira se justifica pela inserção do trabalho para que esta conclua a relação de empreitada.

Ou seja, não há como sustentar a subordinação, nem mesmo estrutural. Aliás, o fato de a autuada fiscalizar o resultado da empreitada e observar se o mesmo está em consonância com seus projetos e especificações, não justifica a subordinação do empregado de empresa empreiteira, vez que é da própria essência da noção de empreitada a exigência de resultados, concernente ao produto da atividade contratada.

Note-se, no caso, que são as próprias empreiteiras que admitem, assalariam e dirigem a prestação pessoal de serviço, sem qualquer interferência da empresa construtora. Ditas empreiteiras, ainda, observam os preceitos legais para sua constituição (com registro no CREA, inclusive) e tem profissional técnico habilitado para a direção dos trabalhos desenvolvidos no canteiro de obras da construtora. Este, por sua vez, identifica o objeto da

contratação, prazos e define os métodos hábeis a consecução destes fins, sobremaneira porque, para a empresa construtora contratante interessa apenas o alcance do resultado, independentemente da fiscalização do meio para o qual o resultado é obtido. Os riscos são exclusivos do empreiteiro, como, por exemplo, o da não aprovação da qualidade do objeto contratado, cabendo a esta empreiteira, por sua conta, o refazimento, até atingir o resultado objetivado. A autonomia, pois, na direção e condução da empreitada, no caso, é das empresas empreiteiras A e B, não tendo o auditor do trabalho demonstrado efetivamente, a guisa de sua extensa argumentação, a efetiva subordinação.

Sob outro prisma, o fato de o valor do contrato havido entre autuada e empreiteira ser superior ao próprio capital social integralizado desta empreiteira, em nada é capaz de sustentar, por si só, a sua insolvência ou incapacidade de honrar com suas obrigações para com seus funcionários, tanto é que não apontou qualquer violação à lei neste sentido. Note-se, no particular, que não é o capital social informado nos quadros sociais que distingue a solvência ou a insolvência de determinada empresa, mas, sim, suas disponibilidades financeiras é que garantem tal condição. No particular, inexistente qualquer previsão legal que estabeleça que o capital social da empresa contratada deva ser igual ou superior ao valor objeto contratado, pois, se válido dito argumento, que vai contra a efetiva dinâmica das relações comerciais, as empresas teriam obstaculizado o seu crescimento, pois são as oportunidades de contratação é que a tornam capitalizada, de modo que, uma das consequências, pode ser a elevação do capital social integralizado.

Portanto, não restou confirmado, no teor do auto de infração, o preenchimento dos elementos que caracterizam substancialmente a subordinação.

(D) Contraprestação mediante salário (onerosidade): Os contratos de empreitada não estabelecem como forma de pagamento as empresas empreiteiras, a rubrica salário. Ao reverso disso, ditos contratos de empreitada estabelecem preço pelo resultado do objeto contratado, justamente porque este é fundado na dinâmica comercial e pelo cálculo dos custos inerentes aos meios de produção e, sobretudo, ao *lucro* da empresa contratada.

No caso, não há qualquer evidencia no auto de infração de que a autuada assalaria os empregados das referidas empreiteiras, na medida em que assim não o fez. Ressalte-se, no tocante, que o direito ao salário nasce do contrato individual de trabalho, cujos requisitos, previstos na CLT, também não restaram perfectibilizados.

Dado o exposto, também sob tal prisma não se justifica o preenchimento dos requisitos para o vínculo de emprego.

Como observado, nenhum dos elementos integrantes do contrato de emprego, restou concretizado. No mais, não restou apurado o encontro do interesse e vontade das

partes para a consecução da relação de trabalho, de modo que consensualmente e sem maiores formalidades, pretendessem consolidar um vínculo jurídico entre ambas.

Por outro lado, não se trata da constatação de trabalhadores das empreiteiras, ativando-se em obra da construtora, sem o regular registro em carteira de trabalho, situação que exige a lavratura de auto de infração pelo Fiscal do Trabalho, com vistas à redução dos índices de informalidade.

O auto de infração lavrado com base no artigo 41 da CLT *desconsiderou a efetiva existência da relação de emprego entre os trabalhadores e a empreiteira contratada*, em válida e regular relação de empreitada, incorrendo em situação diversa daquela atinente à competência do auditor fiscal do trabalho, que, por sua vez, deveria ser restrita, dentre outras tarefas, à "*verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando à redução dos índices de informalidade...*" expressa no inciso II do artigo 11 da Lei n. 10.593/2002.

Ou seja, se depreende da própria análise ao auto de infração que não restou apurada violação a legislação laboral, menos ainda com esteio no art. 41 da CLT. Por outro lado, restou apurado que o auditor fiscal do trabalho excedeu os limites do exercício da fiscalização do efetivo registro do contrato de trabalho na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS para desconsiderar a relação de emprego já existente e declarar a existência de *nova* relação empregatícia, sem, contudo, ter competência para o exercício da atividade jurisdicional, que depende de regular processo judicial, assegurando-se às partes a observância dos princípios constitucionais, notadamente o do contraditório e da ampla defesa. É incontestável que a atribuição do Auditor Fiscal do Trabalho não se estende à desconsideração ou declaração de vínculo de emprego, sobremaneira frente ao teor do caput do art. 39 da CLT.

Sobretudo porque, a competência de declaração ou não de vínculo de emprego (sobremaneira quando já existente um vínculo de emprego perfeito em andamento, sobre o qual sequer foi reputada qualquer afronta à legislação trabalhista quanto ao seu pleno desenvolver) é exclusiva do Poder Judiciário, no âmbito da Justiça Especializada, que, apenas mediante provocação dos interessados e com base em ampla dilação probatória, pronuncia-se sobre as diversas modalidades de relações de trabalho e emprego, estabelecendo os efeitos daí decorrentes.

Por todo exposto, sendo válida a relação de empreita ajustada entre empresa construtora e a empreiteira/subempreiteira, e não sendo preenchidos os elementos tático-

jurídicos¹⁸⁶ da personalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, não há como ser caracterizada a relação de emprego.

3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Considerando o teor dos aspectos antes abordados, objetiva o presente estudo a verificação do acolhimento da tese acerca da validade da invalidade dos autos de infração capitulados pelo artigo 41 da CLT diante das relações de empreitada, bem como da viabilidade ou não de reconhecimento de vínculo de emprego nestas relações.

Acerca do primeiro aspecto, relativo à (in)validade dos autos de infração capitulados pelo artigo 41 da CLT, embora em nenhum dos julgados do TRT da 4ª Região tenha sido observada a abordagem sob a ótica da relação de empreitada/subempreitada, tem-se que a jurisprudência deste tribunal regional tem externado posicionamento contrário ao sustentado no presente estudo, firmando a validade das infrações ao artigo 41 da CLT quando o objeto contratado encontra-se inserido na atividade-fim da empresa, portanto, caracterizando fraude à legislação do trabalho, com a atração do art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), impondo-se às autuadas a responsabilidade pelos registros de contrato de emprego, sob o fundamento do inciso I, do Enunciado nº 331, do TST, e, sobretudo por entender presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego entre a empresa contratante e os trabalhadores contratados por intermédio de outras empresas, fulcro nos art. 2º e 3º da CLT.

Na forma em que apresentada, a jurisprudência aduz que o contexto fático se amolda à diretriz da Súmula nº 331, I, do Tribunal Superior do Trabalho, tendo o MTE validamente procedido à avaliação da presença dos elementos necessários à caracterização do vínculo de emprego para lavrar autos de infração calcados em descumprimento dos preceitos legais que pressupõem a condição de empregador, o art. 41 da CLT, textualmente:

Em todas as atividades será obrigatório para o empregador o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Parágrafo único - Além da qualificação civil ou profissional de cada trabalhador, deverão ser anotados todos os dados relativos à sua admissão no emprego, duração e efetividade do trabalho, a férias,

¹⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 283.

acidentes e demais circunstâncias que interessem à proteção do trabalhador).

O entendimento do E. TRT da 4ª Região é no sentido de serem válidos os autos de infração sob o argumento de que as atribuições que são conferidas ao auditor fiscal do trabalho pela legislação ordinária, prevista nos artigos 626 e 628 da CLT, art. 11 da Lei nº 10.593/02 e no art. 18 do Decreto nº 4.552/2002, ancora a competência da fiscalização do Trabalho para aplicar o auto de infração, *verbis*:

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA POR DESCUMPRIMENTO DO ART. 41 DA CLT. Hipótese em que a contratação irregular de mão-de-obra para atividade-fim da autora enseja a aplicação das penalidades previstas pelo descumprimento do artigo 41 da CLT. 9. (...) A fiscalização do trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego, tem competência e capacidade para verificar a existência do vínculo de emprego quando, como no caso, constatados os requisitos do artigo 3º da CLT e, bem visível a fraude, nos termos do artigo 9º da CLT, aplicar a multa correspondente. Coaduna-se com a Sentença quanto à irregularidade da terceirização, porquanto o trabalho realizado se configura, até mesmo, em atividade fim da empresa recorrida, ocorrendo a infração ao disposto no art. 41 da CLT, o que autoriza a aplicação da multa do art. 47 da CLT {...}(Acórdão do processo 0000026-38.2010.5.04.0122RO/REENEC, 3ª Turma, julgado em 14/08/2013, Redator: Ricardo Carvalho Fraga, Participaram: Maria Madalena Telesca, Marcos Fagundes Salomão).

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 41 DA CLT. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. O auditor fiscal do trabalho detém atribuição para lavrar auto de infração quando verificar a ocorrência de violação de preceito legal, sob pena de responsabilidade administrativa, de acordo como que estabelecem os artigos 11, II, da Lei 10.593/02 e 628 da CLT. No caso, o agente de fiscalização constatou o descumprimento ao artigo 41 da CLT, na medida em que a Caixa Econômica Federal empregou mão de obra irregular para a execução de tarefas ligadas à sua atividade-fim, em afronta ao artigo 9º da CLT. Assim, fica mantida a validade dos autos de infração e a imposição da penalidade correspondente. (Acórdão do processo 0001567-93.2011.5.04.0018 RO; 4ª Turma, julgado em 18/07/2013, Redator: Gilberto Souza dos Santos, Participaram: Ricardo Tavares Gehling, George Achutti).

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DO ART. 41 DA CLT. CONSTATAÇÃO DE TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR. INSPEÇÃO DO TRABALHO. FISCALIZAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. O fato de a Caixa Econômica Federal manter empregados sem o respectivo registro em livro, ficha ou sistema eletrônico competente - uma vez evidenciada a ilicitude da terceirização por ela efetivada -, dá ensejo a aplicação da multa administrativa por descumprimento do art. 41 da

CLT. É do Auditor Fiscal do Trabalho - nos termos do art. 11, II, da Lei nº 10.593/02 -, a competência para declarar, na órbita administrativa, a nulidade de relações jurídicas trilaterais que visem a mascarar o vínculo de emprego com o tomador.(Acórdão do processo 0001341-30.2011.5.04.0005 RO, 8ª Turma, julgado em 21/03/2013, Redator: Lucia Ehrenbrink, Participam: Francisco Rossal de Araújo, Angela Rosi Almeida Chapper).

Observa-se, ademais, que "*o reconhecimento administrativo de violação à leis trabalhistas pelo auditor-fiscal do trabalho, com objetivo fiscalizatório, não invade, tampouco prejudica a apreciação do caso concreto pelo Poder Judiciário*", como motivado no Acórdão do processo 0001038-11.2010.5.04.0018 RO, julgado pela 8ª Turma deste TRT em 06/12/2012, em que Redator o Desembargador Francisco Rossal de Araújo.

Sob este particular, os julgados do TRT da 4ª Região estão em sintonia com os arestos do Tribunal Superior do Trabalho, que já se pronunciou acerca do tema em sede de recurso de revista, como exemplifica a ementa ora reproduzida:

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO POR EVIDÊNCIA DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. IMPOSIÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. O Auditor Fiscal do Trabalho, autorizado pela Constituição da República, em seus arts. 1º, incisos III (dignidade da pessoa humana) e IV (valor social do trabalho), e 7º (rol de direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social), a par do art. 21, XXIV, CF/88, bem como pela legislação infraconstitucional (notadamente a que cuida da terceirização), detém a prerrogativa de lavrar auto de infração com aplicação de multa por evidência de terceirização ilícita. Deve ser ressaltada a possibilidade de contestação desses atos tanto administrativamente quanto judicialmente. O Poder Executivo tem a competência e o dever de assegurar a fiel execução das leis no País (art. 84, IV, CF), função que realiza, no âmbito juslaborativo, entre outras medidas e instituições, mediante a competência explícita da União para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho(art. 21, XXIV, CF). O Auditor Fiscal do Trabalho, como qualquer autoridade de inspeção do Estado (inspeção do trabalho, inspeção fazendária, inspeção sanitária, etc.) tem o poder e o dever de examinar os dados da situação concreta posta à sua análise, durante a inspeção, verificando se ali há (ou não) cumprimento ou descumprimento das respectivas leis federais imperativas. Na hipótese da atuação do Auditor Fiscal do Trabalho, este pode (e deve) examinar a presença (ou não) de relações jurídicas enquadradas nas leis trabalhistas e se estas leis estão (ou não) sendo cumpridas no caso concreto, aplicando as sanções pertinentes. Outrossim, as autoridades do Ministério do Trabalho e Emprego estão plenamente vinculadas ao princípio constitucional da legalidade, haja vista o art. 628, caput, da CLT, que impõe ao Fiscal do Trabalho a lavratura do auto de infração quando verificar o descumprimento a preceito de proteção do trabalhador, sob pena de responsabilidade pessoal, cumprindo ressaltar que o art. 11, I, da Lei

10.593/2002, também traz dispositivo que exige do Auditor Fiscal a verificação do cumprimento de disposições legais e regulamentares. Recurso de revista conhecido e provido, (RR - 109500-74.2006.5.16.0016, Relator-Ministro: Maurício Godinho Delgado, Data de Julgamento: 21/11/2012, 3ª Turma).

Não obstante o entendimento regional quanto à caracterização de vínculo de emprego quando do reconhecimento de terceirização ilícita, com afronta ao art. 41 da CLT, a jurisprudência regional não analisou a contenda sob a ótica do preenchimento dos requisitos para a caracterização do vínculo de emprego nos casos de válido relacionamento por empreitada, considerando, para tanto, que o empregado do empreiteiro/subempreiteiro já contava com válido registro de contrato de emprego em sua CTPS.

No particular, entretanto, um processo oriundo da 12ª Região abordou a inexistência do preenchimento dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego, sendo, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA EM FACE DA EMPREITEIRA PRINCIPAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. DESPROVIMENTO. O Tribunal a quo, após a cuidadosa análise do acervo fático-probatório produzido nos autos, rejeitou o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com a empreiteira principal, registrando que essa Demandada não remunerava o empregado, tampouco o fiscalizava diretamente. Diante das razões e conclusão adotadas pela Turma de Julgamento, não verifico malferimento aos dispositivos legais invocados pelo Agravante, tampouco contrariedade à Súmula n. 331 deste Tribunal, nos moldes preconizados pelas alíneas "a" e "c" do art. 896 da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, Processo: AIRR - 0002065-19.2012.5.12.0056 Data de Julgamento: 12/08/2015, Relator Desembargador Convocado: Tarcísio Régis Valente, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2015)

Neste processo, o Tribunal Regional da 12ª Região, assim havia ementado a o seu entendimento:

EMPREITEIRO PRINCIPAL. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO. IMPOSSIBILIDADE. Comprovado nos autos que o autor não era remunerado nem fiscalizado pelo empreiteiro principal, mas sim pelo subempreiteiro, não se destina diretamente a ele o pedido de reconhecimento do vínculo de emprego com base no art. 455 da CLT, pois o dispositivo legal retrocitado garante a responsabilização solidária pelas parcelas inadimplidas mas não o reconhecimento do vínculo direto entre o prestador do serviço e o

empreiteiro principal. (TRT 12ª Região, Processo: 0002065-19.2012.5.12.0056, Data de Julgamento: 02/04/2014, Relator Desembargador: ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO, 6ª Câmara, Data de Publicação: 02/04/2014)

A decisão regional contou com a seguinte fundamentação:

VÍNCULO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO. CONECTÁRIOS LEGAIS (...) Trata-se portanto, de típico contrato de subempreitada onde a contratada (subempreiteira) repassava à construtora principal, responsável pela obra (...) o produto final e acabado, como se sua fosse a autoria do trabalho e o resultado decorrente, ainda que este tenha sido realizado pelo autor e sua equipe. A prova produzida, indica claramente que o autor não mantinha qualquer tipo de vínculo com a construtora principal, que não o remunerava nem o fiscalizava diretamente. Nesse passo, compartilho o entendimento do Juiz de origem (...) Contudo, não se pode, "in caso", reconhecer uma relação de emprego direta com a contratante principal ante à ausência dos requisitos do art. 2º da CLT.. Atento ao limite do pedido inicial de reconhecimento do vínculo e conectários legais, nego provimento ao recurso, mantenho a sentença. (TRT 12ª Região, Processo: 0002065-19.2012.5.12.0056, Data de Julgamento: 02/04/2014, Relator Desembargador: ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO, 6ª Câmara, Data de Publicação: 02/04/2014)

O cerne da decisão foi justamente a impossibilidade de se reconhecer o vínculo direto do autor com a construtora, quando não existe dúvida de que ele efetivamente foi empregado da subempreiteira, por quem foi contratado, fiscalizado e remunerado.

Nesse aspecto, tem-se que o objeto em análise no presente trabalho restou contemplado, nos fundamentos do julgado. Ou seja, não se está a tratar da responsabilidade da empreiteira principal/construtora – o que é inequívoco. Está-se diante do não reconhecimento de vínculo de emprego, pois, no caso, reconhecer uma relação de emprego direta com a contratante principal afronta os requisitos do art. 2º da CLT, pois não preenchidos. Sobretudo, o E. TST entendeu que tal decisão regional não viola o art. 455 e 818 da CLT, e, tampouco, contraria o disposto na Súmula n. 331 do TST, porquanto o pedido formulado inicialmente pelo autor se limitou ao reconhecimento de vínculo de emprego com a demandada - empreiteira principal, que não restou reconhecido, por ausentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT.

Sob outro prisma, que consiste na *licitude do contrato e empreitada no âmbito da construção civil*, tem-se importante decisão do TST nos autos do Recurso de Revista sob o nº 1227-44.2012.5.09.0029, de relatoria do Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, julgado em 14/10/2015, e assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO DO PARQUET DE RECONHECIMENTO DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA.

DECISÃO QUE RECONHECE A LICITUDE DO CONTRATO DE SUBEMPREITADA. Cinge-se a controvérsia a se saber se é lícita a contratação de mão-de-obra em subempreitada entre empresas de construção civil para execução de atividade-fim e a consequente formação de vínculo de emprego diretamente com a empreiteira principal. Conforme descrito pelo acórdão recorrido, verifica-se a existência de contrato de subempreitada de construção civil entre as empresas. Foi registrado, ainda, que "*não há nos autos qualquer notícia acerca de eventual ausência de quitação dos salários ou encargos contratuais periféricos pelas contratadas*". Nesse contexto, constata-se que a relação jurídica existente entre as empresas, estabelecida por meio de um regular contrato de prestação de serviços na modalidade subempreitada, não implica a formação de vínculo diretamente com a construtora principal (empreiteira) diante da inexistência de previsão legal, mas somente sua responsabilização solidária caso haja algum inadimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada (subempreiteira). Recurso de revista não conhecido. (TST, Processo: RR - 1227-44.2012.5.09.0029 Data de Julgamento: 14/10/2015, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015.)

Tal decisão decorre de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho que, segundo se extrai da r. sentença, visava o seguinte: (a) Determinação para que a ré se abstenha de admitir ou manter empregado sem registro; (b) Determinação para que a ré se abstenha definitivamente de contratar terceiros para prestação de serviços relacionados à atividade-fim; (c) Determinação para que se abstenha de firmar contratos de fornecimento de mão-de-obra; (d) determinação para que se abstenha de absorver mão-de-obra por empresa interposta em relação às atividades-fim; (e) determinação para que a ré rescinda os contratos de prestação de serviços que tenham por objeto atividades inerentes à sua atividade-fim; (f) indenização por danos morais coletivos.

Na sentença do processo em apreço, se extrai o seguinte:

Argumenta que (...) a quase totalidade dos trabalhadores que atuam na obra não foram registrados pela ré, mas por empreiteiras contratadas para a execução da obra. (...) que faz uso de terceirização na execução de projetos de construção civil sob sua responsabilidade, com a justificativa de que a subcontratação se faz necessária em virtude do tempo de execução da obra e em decorrência da dificuldade encontrada na contratação em cidade na qual não possui sede. (...) Não há nos autos notícia da existência de empregados sem o devido registro em CTPS, seja em relação à ré, seja em relação às prestadoras de serviços, razão pela qual não há falar em imposição de obrigação de não fazer no particular. (...) **Quanto à contratação pela ré das prestadoras de serviços, enfrenta-se hipótese de subempreitada, quando a construtora principal pactua a execução de obra de sua titularidade com outra construtora prestadora dos serviços. Essa modalidade de contratação é autorizada pelo artigo 455 da CLT(...). Nesse**

contexto, compete à construtora contratada, prestadora de serviços, admitir, dirigir e remunerar os empregados que executarão a obra, não configurando caso de terceirização ilícita, ainda que os serviços realizados estejam diretamente vinculados à atividade-fim da empreiteira principal. Ademais, a SDI-1 do C. TST consolidou a viabilidade da subempreitada ao editar a Orientação Jurisprudencial 191 (...). Portanto, entende o Juízo pela legalidade do procedimento adotado pela ré, não se observando a suposta lesão a direito trabalhista e impondo-se a rejeição das pretensões mandamentais formuladas na petição inicial. (...) **Concluindo-se pela legalidade nos procedimentos adotados pela ré durante a execução de suas obras de construção civil e inexistência de danos morais coletivos a serem reparados, entende o Juízo não haver direito à pretensão de que se fixem condições de contratação de prestadoras de serviços a serem observadas pela ré, imposição de multa ou indenização por danos morais coletivos.**

Já o Tribunal Regional da 9ª Região, ratificou a decisão de origem ao assim julgar:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – (...) verifico que efetivamente não se pode extrair qualquer irregularidade nas respectivas contratações. Pontuo, aliás, que conforme indicado pelo magistrado de primeiro grau, a ré trouxe à baila documentos que comprovam a regular contratação e registro dos empregados pelas subempreiteiras, com o respectivo adimplemento dos encargos contratuais e previdenciários (a ré, ainda, colacionou GFIPs das empresas prestadoras de serviços, relacionando os empregados que atuaram na obra - fls. 83/97, 109, 112/139, bem como o pagamento das verbas trabalhistas e das contribuições previdenciárias - fl. 110). Saliento que não há nos autos qualquer notícia acerca de eventual ausência de quitação dos salários ou encargos contratuais periféricos pelas contratadas. Não vieram à baila, outrossim, elementos que denotem a precarização salarial dos empregados, aspecto que, por si só, tornaria a pactuação perpetrada entre as rés plenamente nula. Dessumo, por conseguinte, do conjunto probatório em tela, que se encontram presentes os requisitos necessários para a configuração de contrato de subempreitada de serviços relacionados à construção civil, pelo que, não configurada a terceirização ilícita de mão-de-obra e consequente formação de vínculo de emprego diretamente com a empreiteira principal ARB Engenharia e Construções LTDA, assim como, o cumprimento das obrigações de fazer veiculadas na inicial. Nada a reparar, destarte, nos termos da fundamentação.

No âmbito da análise do recurso de revista oferecido pelo Ministério Público do Trabalho, foi assim entendido, pelo acórdão de relatoria do Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, *verbis*:

Cinge-se a controvérsia a se saber se é lícita a contratação de mão-de-obra em subempreitada entre empresas de construção civil para execução de atividade-fim e a consequente formação de vínculo de emprego diretamente com a empreiteira principal (in

casu - ARB Engenharia e Construções LTDA). Conforme descrito pelo acórdão recorrido, **verifica-se a existência de contrato de subempreitada de construção civil entre as empresas, sendo determinada a responsabilidade solidária das contratantes. Foi registrado, ainda, que "não há nos autos qualquer notícia acerca de eventual ausência de quitação dos salários ou encargos contratuais periféricos pelas contratadas."** (fl. 254). No que se refere à responsabilidade do empreiteiro pelos débitos trabalhistas contraídos pelo subempreiteiro por ele contratado, dispõe o artigo 455 da CLT que: *Art. 455. Nos contratos de sub-empreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.* A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o empreiteiro principal, quando se tratar de empresa construtora ou incorporadora, como no caso em exame, responde solidariamente com o subempreiteiro pelos débitos trabalhistas inadimplidos. Nesse contexto, constata-se que **a relação jurídica existente entre as partes, estabelecida por meio de um regular contrato de prestação de serviços - subempreitada, não implica formação de vínculo diretamente com a construtora principal (empreiteira) diante da inexistência de previsão legal, mas somente sua responsabilização solidária caso haja algum inadimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada (subempreiteira). Incólumes, portanto, os arts. 9º e 455 da CLT.** Não se constata contrariedade à Súmula nº 331 desta Corte, pois a hipótese dos autos não se confunde com a de terceirização. Por sua vez, o disposto na OJ nº 191 da SBDI-1 não trata especificamente da questão em exame, uma vez que não faz referência ao vínculo de emprego direto com o empreiteiro. O recurso também não prospera por divergência jurisprudencial, uma vez que os arestos colacionados, às fls. 264-267, não servem ao fim colimado, na medida em que tratam de subempreiteiro inidôneo e de terceirização de atividade-fim, e não apresentam tese específica sobre as regularidades do contrato de subempreitada e financeira da empresa contratada, ou seja, não guardam identidade fática com o acórdão recorrido, o que não atende à exigência da Súmula nº 296 do TST. Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.

Destarte, da decisão do TST, se extrai a confirmação dos argumentos sustentados no presente estudo, sobremaneira porque chancela os seguintes aspectos (a) é lícita à contratação de mão-de-obra em subempreitada entre empresas de construção civil para execução de atividade-fim; (b) não há a formação de vínculo de emprego diretamente com a empreiteira principal e os funcionários da subempreiteira; (c) a relação de empreitada não configura afronta ao arts. 9º da CLT; (d) Não se constata contrariedade à Súmula nº 331 desta Corte, pois a relação de empreitada não se confunde com a de terceirização.

Portanto, da análise concreta da relação de empreitada lícita com os elementos necessários à formação do vínculo de emprego, sobremaneira à luz da jurisprudência que

analisa a questão, não se evidencia a presença de afronta ao artigo 41 da CLT e, tampouco subsistem, na espécie, motivos hábeis a inviabilizar a prática da relação de empreitada no âmbito da construção civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A empreitada é uma relação em que uma das partes obriga-se a executar por si só, ou com o auxílio de outros, mas sem dependência ou subordinação, determinada obra ou prestar certo serviço, mediante pagamento do preço global ou proporcional ao trabalho realizado. É uma relação bilateral, comutativa, onerosa, consensual e de execução continuada ou sucessiva, legalmente reconhecida e disciplinada.

No âmbito da construção civil, dado o modelo de organização do processo produtivo, necessidade de aperfeiçoamento e profissionalização, bem como pela diversidade operacional de cada etapa de uma obra, que se repete ciclicamente, o relacionamento por empreitada é fundamental, contribuindo para a economia e à segurança econômica de trabalhadores, já que atende à finalidade operacional das empresas e, por outro lado, atende aos trabalhadores, que asseguram a vigência de seus contratos de trabalho, evitando demissões e rotatividade.

A contratação por empreitada, mesmo em atividade inerente e conexa à finalidade da empresa construtora, em sua essência, não se reveste de qualquer ilegalidade e/ou inconstitucionalidade, sobremaneira porque já está consagrada como um consolidado *costume* da sociedade brasileira, forjado ao longo do tempo pela sua constante adoção, que é contemplada legalmente desde o Código Comercial de 1850, chancelada pelo Código Civil de 1916, pela CLT de 1943 e ratificada pelo Código Civil de 2002, entre tantas outras bases legais, demonstrando que, há mais de 165 anos, é inconteste a sua adoção, na promoção de atos jurídicos perfeitos.

Se tanto não bastasse, a opção pela adoção das relações de empreitada é inerente à liberdade de agir do indivíduo, representada pela *livre iniciativa*, que dá ao empreendedor da construção civil a possibilidade de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente, podendo *contratar*, para tanto, relações de empreitada (ou subempreitada) na construção civil, independentemente da natureza da atividade (seja ela atividade fim ou atividade meio) de sua empresa.

Para tanto, concluiu-se que a Súmula nº 331 do TST não se aplica à relação de empreitada e, por conseguinte, não tem o condão de afetar a possibilidade de contratação por empreitada para a execução total ou parcial de obra ou de serviços na construção civil (inclusive no âmbito da atividade-fim da construtora), já que, além de não ser hipótese legal, usurpa e invade as competências do Poder Legislativo, que atribuiu exclusivamente à União legislar sobre Direito do Trabalho, violando, sobremaneira, princípios consagrados em nossa Constituição Federal. Se tanto não bastasse, analisou-se tal súmula e verificou-se que esta impôs designações de “atividade-meio” e “atividade-fim” não expressas em lei, impondo

restrições ao exercício da liberdade sem lei que o estabeleça, tanto é que tal temática teve repercussão geral reconhecida que pende de julgamento pelo STF.

Por outro lado, demonstrou-se que a adoção da relação por empreitada, não revela, por si só, mecanismo fraudulento e simulado para intermediação de mão-de-obra por meio de empresa interposta, e, tampouco, importa em nulidade do ato, nos termos do art. 9 da CLT.

Outro paradigma sobre a matéria também foi esclarecido. A relação por empreitada não precariza a relação de trabalho e, tampouco, suprime obrigações por parte do subempreiteiro e do empreiteiro principal, sobretudo porque, há uma co-responsabilização entre o empreiteiro/subempreiteiro e a empresa da construção civil que permite uma ampliação da garantia ao empregado de adimplemento das obrigações trabalhistas. Ou seja, há um suplemento para efetivação do adimplemento ao credor, que lhe assegura maior proteção/garantia. Sobre tanto, sustentou-se que a garantia se dá no âmbito da responsabilidade subsidiária - vez que ausente lei à disciplinar que tal responsabilidade seria da espécie solidária – que somente ocorrerá na hipótese de o efetivo empregador não comportar o cumprimento das suas obrigações, observada a limitação ao período em que houve o benefício do trabalho realizado.

A partir de tal contexto, adentrou-se no estudo da ação fiscalizatória no âmbito do Ministério do Trabalho e do próprio papel da fiscalização do trabalho. Compreendeu-se que a missão da Inspeção do Trabalho resume-se em três princípios básicos, tal como preconizado nas Convenções 81 e 129, artigos 3.1 e 6.1, respectivamente: (a) velar pela aplicação da legislação trabalhista; (b) orientar empregadores e trabalhadores quanto ao cumprimento da legislação trabalhistas; (c) noticiar as autoridades competentes qualquer fato que não esteja em seu âmbito de atuação. No âmbito da legislação pátria ficou esclarecido que a ação fiscal representam *uma forma de intervenção do Estado nas relações de trabalho* que tem como mandamentos da Lei no 10.593/2002, do Decreto nº 4.552/2002 e da CLT.

E quanto à ação fiscalizatória, surgiu o enfrentamento dos seus efetivos limites. Construiu-se, a partir de tanto, uma análise pormenorizada do próprio objetivo da ação fiscal, consistente no *exercício da função pública* limitada ao âmbito da competência do auditor fiscal do trabalho, e que observe a proteção ao valor do trabalho; a legalidade administrativa (compreendida no cumprimento da lei; na observância da moralidade administrativa e na defesa do interesse público); e, a razoabilidade na aplicação das sanções.

Visando a efetivação prática da teoria e dos conceitos apresentados foi realizada análise de um auto de infração formulado no âmbito da construção civil, onde uma empresa construtora manteve válido e inquestionável *contrato de empreitada* com duas outras empresas para construção de um edifício residencial, em que apresentadas diversas nulidades e insubsistências do ato administrativo-fiscalizatório.

Acerca das *nulidades do auto de infração*, estas são refletidas em quatro aspectos, quais sejam: **(A)** afronta à competência da Justiça do Trabalho para a declaração da existência de vínculo empregatício, e, por conseguinte, violação do art. 114 da CLT; **(B)** Ausência de *infração direta e literal* ao disposto no art. 41, caput, da CLT; **(C)** Ausência de argumentação em preceito legal, mas, somente, na aplicação da Súmula 331 do TST - que não é lei -, violando o artigo 626 e seguintes da CLT. **(D)** O auditor fiscal do trabalho, ao não observar a validade da relação por empreitada, ao desprezar tal instituto e buscar caracterização de fraude a lei por seus próprios critérios ou de *standards* pessoais, extrapolou a sua competência funcional, em afronta à moralidade administrativa.

No âmbito das *insubsistências do auto de infração*, ao contrário do sustentado pelo agente fiscal, restou demonstrado que não se verificam quaisquer elementos para justificar a intermediação irregular de mão de obra e/ou terceirização ilícita, mas, sim, mera relação comercial entre as partes, por lícito contrato de empreitada. Notou-se, aliás, que a validade da relação havida por empreitada foi negada pelo auditor fiscal do trabalho no momento em que lavrou o auto de infração, e, também, que não foram preenchidos os requisitos do art. 2º e 3º da CLT e não há caracterização da relação de emprego.

A ausência de caracterização da relação de emprego corroborou-se pelo não preenchimento dos elementos tático-jurídicos da *personalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação*. Demonstrou-se, ainda, que a relação havida não preenche as características do contrato de emprego (contrato de direito privado, consensual, bilateral ou sinalagmático, comutativo, oneroso, *intuitu personae* em relação à pessoa do empregado, trato sucessivo ou execução continuada) e dos elementos integrantes do contrato de emprego (capacidade das partes; manifestação da vontade sem vícios, objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei).

A noção desses conceitos, aplicados à relação de empreitada ajustada entre empresa construtora e a empreiteira/subempreiteira, demonstrou que não se justifica o preenchimento dos requisitos para o vínculo de emprego, na medida em que nenhum dos elementos integrantes do contrato de emprego restou concretizado. No mais, não restou apurado o encontro do interesse e vontade das partes para a consecução da relação de trabalho, de modo que consensualmente e sem maiores formalidades, pretendessem

consolidar um vínculo jurídico entre ambas, além de não se constatar o fato de que os trabalhadores de empreiteiras, ativando-se em obra da construtora, sem o regular registro em carteira de trabalho, situação que exige a lavratura de auto de infração pelo Fiscal do Trabalho, com vistas à redução dos índices de informalidade. O auto de infração lavrado com base no artigo 41 da CLT *desconsiderou a efetiva existência da relação de emprego entre os trabalhadores e a empreiteira contratada*, em válida e regular relação de empreitada, sobremaneira porque desconsiderou a relação de emprego já existente e declarou a existência de *nova* relação empregatícia, sem, contudo, ter competência para o exercício da atividade jurisdicional.

No estudo a verificação do acolhimento da tese acerca da (in)validade dos autos de infração capitulados pelo artigo 41 da CLT diante das relações de empreitada, bem como da viabilidade ou não de reconhecimento de vínculo de emprego nestas relações, verificou-se a ausência de julgados do TRT da 4ª Região com abordagem sob a ótica da relação de empreitada/subempreitada.

Em processo oriundo do TRT da 12ª Região, todavia, houve a abordagem da inexistência do preenchimento dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego em relação de empreitada, sendo, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, ratificado tal entendimento. O cerne da decisão foi justamente a impossibilidade de se reconhecer o vínculo direto do empregado-autor com a construtora, quando não existe dúvida de que ele efetivamente foi empregado da subempreiteira, por quem foi contratado, fiscalizado e remunerado.

Sob outro prisma, que consiste na *licitude do contrato e empreitada no âmbito da construção civil*, importante decisão do TST confirmou os argumentos sustentados no presente estudo, sobremaneira porque chancelou os seguintes aspectos: (a) que é lícita à contratação de mão-de-obra em subempreitada entre empresas de construção civil para execução de atividade-fim; (b) que não há a formação de vínculo de emprego diretamente com a empreiteira principal e os funcionários da subempreiteira; (c) que a relação de empreitada não configura afronta ao arts. 9º da CLT; e, por fim, (d) que não se constata contrariedade à Súmula nº 331 do TST, pois a relação de empreitada não se confunde com a de terceirização.

Portanto, pela análise concreta da relação de empreitada lícita com os elementos necessários à formação do vínculo de emprego, sobremaneira à luz da jurisprudência que analisa a questão, não se evidencia a presença de afronta ao artigo 41 da CLT e, tampouco subsistem, na espécie, motivos hábeis a inviabilizar a prática da relação de empreitada no âmbito da atividade fim da construção civil.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014.

ASSIS, Roberta Maria Correa de. **Reforma Trabalhista - caminhos e descaminhos**. In: ROCHA, C. Alexandre A. (Org.). Agenda legislativa para o desenvolvimento nacional. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2011.

AVILA, Humberto. **Indicadores de segurança jurídica**. In: DORNELES, Leandro do Amaral D. de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de Oliveira (Org.). **Temas de Direito e processo do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. v. 2.

_____. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2006.

BALERA, Wagner. **O Valor Social do Trabalho**. In: Revista LTr, n. 10, out. 1994.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. BARCELLOS, Ana Paula de. **Limites constitucionais à edição de súmula por Tribunal Superior: análise da súmula 331, I, do TST**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 5, n. 7, p. 456-480, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://app.vlex.com/#vid/constitucionais-sumula-tribunal-tst-417359318>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil: procedimentos especiais para a ação fiscal**. São Paulo: LTr, 2007.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Responsabilidade trabalhista do empregador no contrato de subemprego**. Publicado em 12/2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20593/responsabilidade-trabalhista-do-empregador-no-contrato-de-subemprego#ixzz3qcsuclt6>> Acesso em: 05 nov. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03.11.2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 03.11.2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 03.11.2015.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 03.11.2015.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 03.11.2015.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 03.11.2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03.11.2015.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 03.11.2015.

BRASIL. Receita Federal Do Brasil, **Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009**. Disponível em: <www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MF-RFB/2009/971/971.htm>. Acesso em: 03.11.2015.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e Teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEL MAR, Carlos Pinto. **Direito na construção civil**. São Paulo: Pini: Leud, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. 3 v.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cíntia Machado de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro**. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 51. Número 202. Brasília, DF: Senado Federal, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503034/001011280.pdf?sequence=1>> Acesso em: 06 nov. 2015.

FREITAS. Juarez. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. **Direito do Trabalho e direitos humanos**. São Paulo: BH Editora e distribuidora de Livros, 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Introdução ao direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO TORRES, Ricardo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho** – 17. ed. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1993.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista; SOUZA, Larissa Martins de; **Acerca da dicotomia atividade-fim e atividade-meio e suas implicações na licitude da terceirização trabalhista**. In: Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 175-192, jan./mar. 2014. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/.../001002789.pdf?> Acesso em: 03 nov. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Construção de Edifício – Empreitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 600, out. 1985.

_____. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. 1 v.

_____. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. **Súmulas do TST comentadas**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2008.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. 1. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 1995.

RENZO, Rober. **Fiscalização do Trabalho: Doutrina e Prática**. São Paulo: LTr, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Os princípios do Direito do Trabalho**, p. 17. In: Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Ano XVI, n. 16. O direito e o Processo do Trabalho em Transformação. São Paulo: LTr Editora, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2005.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A. 1972.

APÊNDICE

ELEMENTOS DE UM AUTO DE INFRAÇÃO PARA ANÁLISE

DESCRIÇÃO DA EMENTA/NR: “Admitir ou manter empregado sem o respectivo registro em livro, ficha ou sistema eletrônico competente”.

HISTÓRICO: Em inspeção mista reiniciada (...), foi constatado que a mesma mantinha trabalhadores contratados de forma interposta por diversas empresas, em desconformidade com os dispositivos legais. Na inspeção verificou-se que tais empregados foram contratados para atuar em atividade fim, por meio de empresas sem especialização e sem capacidade econômica, bem como se constatou a presença dos requisitos do vínculo de emprego em relação à empresa XYZ Dessa forma, constatada a ilegalidade da terceirização encontrada e diante do previsto nos artigos 2º, 3º e 9º da CLT e da Súmula 331 do TST, bem como o Princípio da primazia da realidade, impõe-se que se considere desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo justrabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado), razão pela qual é lavra o presente auto de infração, uma vez que o real empregador não registrou os empregados relacionados ao final deste auto de infração.(...)

DAS ATIVIDADES DA TOMADORA - Em razão do acima explanado, a TOMADORA assume também todas as atividades declaradas pelo grupo, que são: a) construção civil em geral; b) a compra e a venda de materiais de construção; c) a consultoria técnica de Engenharia Civil; d) a incorporação de empreendimentos imobiliários; e) a elaboração de projetos de engenharia civil; f) a compra e a venda de imóveis; g) a assessoria e projetos de segurança do trabalho; h) a importação e a exportação de materiais concernentes ao ramo; i) a instalação integrada (mecânica, elétrica, hidráulica) predial, industrial e de subestações e de linhas de transmissão; j) a manutenção integrada (mecânica, elétrica, hidráulica) predial, industrial e de subestações e de linhas de transmissão; k) a instalação de sistemas de refrigeração e ar condicionado; l) a instalação de estrutura metálica; m) a instalação de sistemas de proteção contra incêndio; n) a instalação de redes de saneamento; e o) a participação, como sócia ou acionista, em outras sociedades. Destas, chamamos atenção para a atividade ampla de construção civil em geral e as atividades de instalação integrada (mecânica, elétrica, hidráulica) predial ”.

DAS PRESTADORAS DE SERVIÇO - A TOMADORA firmou contrato de prestação de serviços com várias empresas. Dessas, foram identificadas 2 (duas) empresas prestadoras de serviços FORNECEDORAS DE MÃO DE OBRA contratadas com o objetivo de executarem diversas etapas do processo produtivo de construção. Neste foi constatada a interposição de mão de obra, bem como terceirização de atividade fim e não especializada, bem como subordinação direta, configurando-se, portanto, vínculo direto com a TOMADORA. Tal constatação se deu com relação à terceirização de parte da execução da obra para as seguintes empresas, doravante chamadas genericamente de PRESTADORAS: 1) EMPRESA A - contratada empreitada de etapa da obra RESIDENCIAL ABC, compreendidos execução todos os serviços civis, instalações elétricas e hidráulicas do empreendimento, no valor de R\$ 4.929.836,12 (quatro milhões, novecentos e vinte e nove mil, oitocentos e trinta e seis reais e doze centavos). 2) EMPRESA B - contratada empreitada de etapa da obra RESIDENCIAL ABC, compreendido a execução dos serviços civis do prédio garagem do empreendimento, no valor de R\$ 865.991,00 (seiscentos e oitenta e cinco mil novecentos e noventa e um reais). Na obra foram encontrados laborando aproximadamente 03 trabalhadores contratados pela TOMADORA. Foram encontrados, ainda, conforme inspeção física e relações de empregados apresentados pela empresa XYZ, um total de 34 (trinta e quatro) trabalhadores contratados por meio da empresa

prestadora de serviço EMPRESA A e um total de 9 (nove) trabalhadores contratados por meio da empresa prestadora do serviço EMPRESA B, totalizando 43 (quarenta e três) trabalhadores contratados por meio das empresas prestadoras de serviço, em relação aos quais se constatou, no decorrer da inspeção, que se encontravam presentes os requisitos da relação de emprego em relação à TOMADORA, como demonstrado a seguir.

RELAÇÃO DE EMPREGO - ATIVIDADE-FIM - como já demonstrado, constatou-se que a TOMADORA não só assume como também efetivamente executa atividades de "construção civil em geral". Ao fazê-lo, a TOMADORA atrai para si todo o conhecimento e consequentemente a responsabilidade por todo o rol de atividades inerentes à construção civil em geral. As PRESTADORAS executavam atividades da construção civil em geral (que coincidem com as da TOMADORA). Entrevistei empregados da EMPRESA A que são carpinteiros e pedreiros que fazem alvenaria e preparação da fundação da Torre 4 e entrevistei empregados da EMPRESA B que são ferreiros e carpinteiros e preparavam a fundação do prédio garagem. Apesar desses fatos, a TOMADORA contratou trabalhadores por empresas interpostas para exercerem atividades que estão inseridas de forma direta dentro da sua atividade econômica (construção civil em geral), ligadas diretamente a sua atividade-fim. Os serviços terceirizados de alvenaria, instalações elétricas, hidráulicas, estrutura, colocação de esquadrias dentre outros, fazem parte de qualquer modalidade de empreendimento da construção civil, constituindo explicitamente atividade fim da TOMADORA. Conclui-se, portanto, que se terceirizou o que há de mais trivial corriqueiro no processo produtivo da construção em evidente afronta à Súmula do TST, nº 331, III, que autoriza somente "a terceirização de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador. Neste sentido, os contratos firmados entre TOMADORA e prestadoras devem ser considerados nulos para fins laborais, pois a subempreitada só será lícita nas situações "em que o empreiteiro não tem a totalidade dos conhecimentos técnicos especializados indispensáveis para o atendimento das pretensões do dono da obra" (MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, 2010, p. 201). E como se percebe os serviços prestados não divergem das atividades de construção de edifícios. A atividade da TOMADORA constante em 'seu cartão do CNPJ, é o CNAE 4120-4/00 - construção de edifícios. Da análise dos contratos firmados com as PRESTADORAS percebe-se que "seu objeto confunde-se com o objeto social da empresa 'TOMADORA, uma vez que as atividades desenvolvidas pelas prestadoras estão inseridas nas funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial da empresa TOMADORA, compondo, portanto, a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, desta forma, atividades nucleares, definidoras da essência da dinâmica empresarial da TOMADORA dos serviços. Foram terceirizados serviços como alvenaria, instalações elétricas, hidráulicas, estrutura e colocação de esquadrias.

INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA - verificou-se, ainda, que as empresas prestadoras de serviço relacionadas, apenas fornecem mão de obra para a execução do serviço, não possuindo a verdadeira autonomia técnica e operacional indispensável para à execução de um verdadeiro contrato de empreitada, caracterizando-se, portanto, a mera intermediação de mão de obra. No caso ora analisado, temos a contratação de trabalhadores para prestarem serviços em obra comandada pela TOMADORA, sob a supervisão e direção de seus diversos prepostos. Para recebimento do pagamento a contratada tem que apresentar o registro dos empregados, folhas de pagamento, guias de FGTS, recibos de salários de rescisão de contrato. Previsões contratuais tais como as descritas, deixam claro que a relação existente entre a TOMADORA e às prestadoras é de mera intermediação de mão de obra, com a transferência de suas responsabilidades para as contratadas. Apenas está se fazendo substituir por outra empresa. Ainda que fossem os serviços especializados o contrato deve ser desconsiderado pois a subordinação é flagrante, com a direção e supervisão do trabalhos diretamente pela TOMADORA.

PESSOALIDADE E NÃO EVENTUALIDADE - também à pessoalidade encontra-se caracterizada, uma vez que alguns trabalhadores receberam treinamento específico da TOMADORA para a execução de serviços na obra. Os elementos apresentados anteriormente indicam que os serviços que eles realizam (tais como alvenaria, instalações elétricas, hidráulicas, estrutura, colocação de esquadrias etc.) são habituais na empresa pois se inserem no núcleo das atividades essenciais de uma construção e que, até mesmo pelo investimento feito pela TOMADORA em treinamentos, os empregados subcontratados trabalham de forma não eventual, desvirtuando a contratação, que se dá através de interposta pessoa. Tanto é assim que os contratos firmados com as prestadoras se prolongam no tempo.

SUBORDINAÇÃO - também se constatou a existência de subordinação, uma vez que a empresta TOMADORA dá instruções específicas quanto à execução das atividades, fiscaliza e corrige a execução, dirigindo de forma direta à prestação de serviços no canteiro de obras. Os prepostos da empresa TOMADORA supervisionam e dirigem pessoalmente os trabalhos, como foi constatado tanto na inspeção física efetuada pela equipe de fiscalização no canteiro de obras, quanto no relato de trabalhadores entrevistados. Mesmo quando **o controle não é direto, a TOMADORA dirige, ainda que indiretamente, a prestação pessoal dos serviços**, quer por meio de ordens emanadas de engenheiros, mestres de obras e encarregados, quer por especificações ou instruções emitidas, como, previsto em contrato. A TOMADORA tem poder diretivo em clara evidência da inexistência da autonomia técnica e operacional. Verificou-se ainda que, apesar de algumas prestadoras terem adotado formalmente o procedimento de indicar um trabalhador para responder como encarregado, de fato o que se percebeu é que a empresa TOMADORA é quem planeja, distribui, supervisiona e controla os trabalhos desenvolvidos, pelos obreiros dentro do canteiro de obras, havendo uma hierarquia gerencial bem definida, composta por empregados da TOMADORA, conforme apurado nos locais de trabalho. Na prática, constatou-se que a TOMADORA mantém na obra engenheiros gerentes de obra e auxiliares técnicos, e estagiários. **O trabalho é passado dos engenheiros para os encarregados da TOMADORA ou para os encarregados das empresas interpostas** - que nesses, casos atuam como meros repassadores das diretrizes da TOMADORA - ou repassados diretamente dos encarregados da TOMADORA para os trabalhadores das prestadoras. Não há um responsável técnico das PRESTADORAS, para o caso de solução de problemas que ocorram durante a execução dos serviços contratados. Nestes casos recorre-se aos técnicos da TOMADORA. Também se observou a presença da **subordinação estrutural, inserindo-se assim na estrutura produtiva, ou seja "a inserção 'do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.**" (DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de Trabalho. Revista LTr, São Paulo, LTr, ano 70, n. 6, p.657-667, jun. 2006, p. 667). Isto porque a TOMADORA é que detém o efetivo **poder econômico**, bem como à capacidade para 'dimensionar as características de tempo, modo e lugar referente à execução da obra, ou seja, de fixar quando fazer, como fazer e onde fazer. Não por acaso, a CLT, no art. 2º, considera como empregador, a empresa e não seu titular. Pois para o Direito do Trabalho importa mais a realidade da atividade econômica empreendida em seu conjunto, do que a simples formalização empresarial (princípio da despersonalização da figura do empregador). Deste modo, na relação entre a TOMADORA e os "empregados" das prestadoras apontadas há subordinação estrutural (já que estes se inserem na mesma dinâmica organizacional, inclusive realizando atividade fim e não especializada), constituindo-se, vínculo de emprego direto, nos termos dos art. 2º e 3º da CLT. As terceirizadas indicadas apenas fornecem mão de obra para a execução do serviço, não possuindo a verdadeira autonomia técnica e operacional indispensável para a execução de um verdadeiro contrato de empreitada, caracterizando-se, portanto, evidente interposição ilícita de mão de obra, nos termos do item I, da Súmula 331, do TST. A forma de gestão da TOMADORA consiste em lotear a execução da sua atividade fim entre os pequenos empreiteiros, que são microempresas

viabilizando-se, assim a redução de custas do empreendimento, precarizando os serviços. Ela planeja, distribui, supervisiona e controla diariamente os trabalhos desenvolvidos pelos obreiros dentro do canteiro de obras, havendo uma hierarquia gerencial bem definida. Com esta estrutura organizativa a TOMADORA controla integralmente o processo produtivo com **a “vantagem” de não ter que se responsabilizar pela contratação direta de empregados, atuando evidentemente com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, art. 9º).** Junte-se a isso o fato de que, para que tal ocorra, necessário que haja vigilância, atenção, controle imediato sobre os serviços executados por cada um dos empregados, caso contrário não tem como saber se o serviço realizado pelo trabalhador está sendo executado a contento ou que o profissional esteja realizando trabalho com o rendimento e/ou qualidade satisfatórios. Durante a inspeção física constatou-se que os trabalhadores passam por constantes abordagens dos encarregados, que avaliam e dão instruções sobre como fazer ou refazer os serviços.

AUSÊNCIA DE ESPECIALIZAÇÃO - a análise do objeto dos contratos firmados (alvenaria, instalações elétricas, hidráulicas, estrutura, colocação de esquadrias etc.) deixa clara a ausência de especialização dos serviços executados pelas empresas subcontratadas (e em alguns casos até falta de especialização das empresas). A falta de especialização evidencia-se, ainda, por meio de outros elementos, tais como a utilização de ajudantes, a execução de trabalhos que estão inseridas nas atribuições estruturais ou essenciais da empresa. Assim, percebe-se que não há especialização alguma. Ademais, a obrigatoriedade contratual de as empresas interpostas seguirem especificações instruções estabelecidas pela contratante comprova que tais empresas padecem de uma falta de especialização e capacitação técnica, tão explícita que necessitam se utilizar de tais artifícios para executar o serviço contratado com precisão técnica. Vale repetir, as empresas não possuem especialistas (técnicos) durante a execução dos contratos.

NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ART. 2º DA CLT E FALTA DE CAPACIDADE ECONÔMICA DAS EMPRESAS INTERPOSTAS - por fim, verificou-se que **as empresas contratadas para executarem o serviço não atendem aos requisitos do art. 2º da CLT, que conceitua o empregador como "a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço",** senão vejamos. As empresas prestadoras não dirigem a prestação de serviço, já que, como demonstrado acima, a subordinação do trabalhador se dá em relação à empresa TOMADORA de serviço, que é quem dirige, orienta e fiscaliza a prestação de serviço por meio de seus engenheiros, assessores técnicos, técnico de segurança e estagiários de engenharia. **Várias das empresas prestadoras de serviço não possuem capacidade econômico-financeira de assalarar os trabalhadores, pois dependem dos repasses feitos pela TOMADORA para pagar os salários.** A análise dos contratos sociais também indica que tais empresas não, capacidade de assumir, os riscos da atividade econômica uma vez que, além do baixo capital social indicado no contrato social das empresas, **verifica-se também a ausência de bens a garantir eventuais pagamentos.** As subempreiteiras não tem **idoneidade financeira para arcar com os encargos de uma atividade empresarial autônoma,** estando subordinadas economicamente à TOMADORA. Todas as empresas terceirizadas citadas não possuem capacidade para assumir os contratos firmados São os seguintes os contratos firmados e que foram desvirtuados, no nosso entendimento: 1) EMPRESA A - Capital social de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais). Contratada empreitada de etapa na obra ABC, compreendidos execução todos os serviços civis, instalações elétricas e hidráulicas do empreendimento, no valor de R\$ 4.929.836,12 (quatro milhões, novecentos e vinte e nove mil, oitocentos e trinta e seis reais e doze centavos). 2) EMPRESA B -. Capital social de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Contratada empreitada de etapa da obra ABC, compreendido a execução dos serviços civis do prédio garagem do empreendimento, no valor de R\$ 865.991,00 (seiscentos e oitenta e cinco mil novecentos e noventa e um reais). Como se percebe, o

capital social é ínfimo em relação ao valor do contrato assumido. Desta forma, restou evidente do relato acima e aos documentos anexados a este auto de infração, que os contratos de prestação de serviço firmados entre a TOMADORA e as empresas prestadoras de serviço relacionadas, buscam apenas dissimular a real relação de emprego entre os trabalhadores que ali prestam serviço e a empresa TOMADORA, uma vez que tais contratos foram firmados em ofensa aos dispositivos legais vigentes, especialmente os artigos 2º e 3º da CLT e o Enunciado 331/TST, devendo ser considerados nulos de pleno direito, na forma do art. 9º da CLT. Diante do exposto, verifica-se que os trabalhadores executam tarefas atreladas a atividade-fim da TOMADORA, sem especialização, estando presentes os requisitos de relação de emprego em relação à TOMADORA de serviços, bem como constatamos que houve mera intermediação de mão de obra, com o agravante de os contratos terem sido firmados com empresas sem capacidade econômico-financeira e que não cumprem os requisitos do art 2º da CLT, evidenciando a ilicitude da terceirização praticada no canteiro de obra fiscalizado. Assim, à luz dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT e da Súmula 331 do TST, e do princípio da primazia da realidade, constata-se que o vínculo de emprego dos trabalhadores contratados de forma interposta forma-se diretamente com a TOMADORA de serviço, uma vez que a ordem jurídica determina que se considere desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo justralhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado), razão pela qual se lavra o presente auto de infração, uma vez que o real empregador não registrou os empregados relacionados ao final deste auto de infração. Na situação descrita foram encontrados 34 (trinta e quatro) trabalhadores contratados por meio da empresa prestadora de serviço EMPRESA A e um total de 9 (nove) trabalhadores contratados por meio da empresa prestadora de serviço EMPRESA B totalizando 43 (quarenta e três) trabalhadores contratados por meio das empresas prestadoras de serviço, que estão relacionados abaixo, (com nome e data de admissão na empresa de contratação formal). Foram considerados os trabalhadores vinculados às empresas que prestavam serviços no canteiro de obras na data da inspeção. Para elaboração da lista de nomes dos trabalhadores foram utilizadas as fotocópias das fichas de registro que a TOMADORA mantém para controle de acesso à obra apresentadas à fiscalização, bem como entrevista com os empregados, realizada durante inspeção física no estabelecimento. Não foram incluídos trabalhadores de empresas que não prestavam mais serviços no canteiro de obras na data da inspeção, bem como aqueles em cujo labor não se constatou a presença dos requisitos do vínculo de emprego em relação à TOMADORA.

CAPITULAÇÃO: art. 41, “caput”, da Consolidação das Leis do Trabalho.

ELEMENTOS DE CONVICÇÃO: Inspeção no local de trabalho. Entrevistas com trabalhadores. Fotocópias de páginas dos contratos sociais das empresas citadas e dos contratos de prestação de serviço entre a TOMADORA e as TERCEIRIZADAS. (grifos nossos).