

30/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO -
ABAG
ADV.(A/S) : TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER
ADV.(A/S) : MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO
INTDO.(A/S) : TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES
AM. CURIAE. : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS -
CEBRASSE
ADV.(A/S) : PERCIVAL MENON MARICATO
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DE SERVICOS - CNS
ADV.(A/S) : ANTONIO CARLOS VIANNA DE BARROS
AM. CURIAE. : ABNT - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE
TELESSERVICOS
ADV.(A/S) : CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO
AM. CURIAE. : SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS
PRESTADORAS DE SERVIÇOS A TERCEIROS,
COLOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE MÃO DE
OBRA, TRABALHO TEMPORÁRIO, LEITURA DE
MEDIDORES E ENTREGA DE AVISOS DO ESTADO
DE SÃO PAULO - SINDEEPRES
ADV.(A/S) : ALMIR PAZZIANOTTO PINTO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES
DO TRABALHO - ANPT
ADV.(A/S) : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS
AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT
ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE. : FORCA SINDICAL
ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE. : CENTRAL DOS TRABALHADORES E
TRABALHADORAS DO BRASIL - CTB

ADPF 324 / DF

ADV.(A/S) :JOSE EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE. :NOVA CENTRAL SINDICAL DOS TRABALHADORES
- NCST
ADV.(A/S) :JOSE EYMARD LOGUERCIO

Ementa: DIREITO DO TRABALHO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E DE ATIVIDADE-MEIO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício

ADPF 324 / DF

abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações.

4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).

5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial.

6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta.

7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de

ADPF 324 / DF

emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”.

8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, no mérito, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Na assentada, o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.

Brasília, 30 de agosto de 2018.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO -
ABAG
ADV.(A/S) : LUIZ RODRIGUES WAMBIER
INTDO.(A/S) : TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES
AM. CURIAE. : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS -
CEBRASSE
ADV.(A/S) : PERCIVAL MENON MARICATO
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DE SERVICOS - CNS
ADV.(A/S) : ANTONIO CARLOS VIANNA DE BARROS
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELESSERVIÇOS -
ABT
ADV.(A/S) : CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO
AM. CURIAE. : SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS
PRESTADORAS DE SERVIÇOS A TERCEIROS,
COLOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE MÃO DE
OBRA, TRABALHO TEMPORÁRIO, LEITURA DE
MEDIDORES E ENTREGA DE AVISOS DO ESTADO
DE SÃO PAULO - SINDEEPRES
ADV.(A/S) : ALMIR PAZZIANOTTO PINTO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES
DO TRABALHO - ANPT
ADV.(A/S) : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS
AM. CURIAE. : CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES - CUT
ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE. : FORÇA SINDICAL - Fs
ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE. : CENTRAL DOS TRABALHADORES E
TRABALHADORAS DO BRASIL - CTB
ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE. : NOVA CENTRAL SINDICAL DOS TRABALHADORES
- NcST
ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO

ADPF 324 / DF

RELATÓRIO

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, tendo como objeto o conjunto das decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho acerca da terceirização de serviços. Afirma-se que tal conjunto de decisões – a pretexto de aplicar a Súmula 331 do TST – tem produzido entendimentos casuísticos, imprecisos, erráticos, que não permitem qualquer previsibilidade quanto às hipóteses de cabimento da terceirização, o que, na prática, inviabiliza em absoluto a sua contratação no âmbito do agronegócio, onerando as atividades dos associados da ABAG, impedindo sua adequada gestão e limitando a competitividade do setor na esfera internacional. Confirma-se o teor do referido enunciado:

Súmula 331 do TST

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.

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.

ADPF 324 / DF

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.”

2. A requerente esclarece, a título ilustrativo, que a Justiça do Trabalho, a pretexto de interpretar os conceitos de atividade-meio (em que a terceirização seria permitida) e de atividade-fim (em que a terceirização estaria vedada segundo o mesmo enunciado), explicitados no Enunciado 331 do TST, tem sustentado entendimentos surpreendentes, segundo os quais determinada atividade não poderá ser terceirizada se: *i*) a tomadora de serviço empregar qualquer funcionário para desenvolver a mesma tarefa; *ii*) se a atividade for essencial para o negócio (mesmo que não seja atividade-fim); *iii*) se a prestadora de serviço atender à tomadora em caráter exclusivo; *iv*) se a tomadora praticar qualquer ato de orientação sobre o serviço terceirizado, mesmo que através de gerentes ou supervisores das empresas prestadoras de serviço contratadas. Frisa que tal conjunto de decisões da Justiça do Trabalho reflete um padrão decisório que resulta no impedimento absoluto à terceirização.

3. A postulante observa, ainda, que não há qualquer lei que restrinja ou vede a terceirização, que pudesse servir de base quer para as limitações instituídas pelo Enunciado 331 do TST, quer para as interpretações que, a pretexto de aplicá-lo, estabelecem novas restrições à terceirização. Argumenta que, ao contrário do que vem sendo praticado pela Justiça do Trabalho, a Constituição prevê expressamente que ao

ADPF 324 / DF

particular será permitido todo comportamento que não lhe tenha sido vedado por lei. Chama atenção para o fato de que a Justiça do Trabalho tem deixado de observar a licitude da terceirização inclusive nos casos em que lei formal expressamente a autoriza, como seria o caso do art. 94 da Lei 9.472/1997[1][1]. Salienta que esse quadro compromete a geração de empregos formais que ocorreria por meio da terceirização, a competitividade dos produtos brasileiros, tanto no mercado interno quanto no mercado externo, e o tratamento isonômico entre concorrentes, na medida em que a insegurança hermenêutica que se instalou tem gerado decisões conflitantes acerca de terceirizações similares praticadas por agentes econômicos que disputam o mesmo mercado, gerando impactos assimétricos de custos para cada qual.

4. A requerente sustenta que o padrão interpretativo e decisório atualmente em vigor Justiça do Trabalho em matéria de terceirização viola: i) o princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II); ii) a liberdade dos agentes econômicos de contratarem e de estabelecerem estratégias racionais de produção; iii) a livre iniciativa (CF/88, arts. 1º, IV, e 170) ; iv) a livre concorrência (CF/88, art. 170, IV); v) a valorização do trabalho humano (CF/1988, art. 1º, IV); vi) o tratamento isonômico entre concorrentes (CF/1988, art. 5º, I); vii) a atuação do Estado como agente normativo e regulador da economia (CF/1988, art. 174).

5. Com base em tais argumentos, a arguente requer medida cautelar para que se suspenda o andamento de processos que tenham por objeto a discussão sobre a legalidade da terceirização de serviços por empresas. No mérito, requer a declaração de inconstitucionalidade da *“interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho, as quais vedam a prática de terceirização sem legislação específica aplicável que a proíba, em clara violação aos preceitos constitucionais fundamentais da legalidade, da livre concorrência e da valorização do trabalho, decisões estas que têm resultado concretamente e um inconstitucional obstáculo quase insuperável à terceirização”*.

ADPF 324 / DF

6. Apliquei ao feito o rito do artigo 12 da Lei 9.868/99.

7. O Tribunal Superior do Trabalho – TST apresentou informações defendendo a inépcia da petição inicial, por descumprimento do princípio da subsidiariedade, tendo em vista a existência de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, sobre o mesmo tema (ARE 713.211, rel. Min. Luiz Fux). A alegação de inépcia do TST tem por base, igualmente, a percepção de que o objeto real da arguição seria, em verdade, a Súmula 331 do TST, quando o próprio STF já se pronunciou no sentido do descabimento de ação direta contra súmulas simples.

8. No mérito, o TST esclarece que, em virtude da inexistência de lei regulamentadora da prática de terceirização, o tribunal houve por bem editar o referido verbete, no intuito de proteger os trabalhadores terceirizados e de assegurar a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados. E observa que a previsão, constante da Súmula 331, que reconhece a legalidade da terceirização em caso de trabalho temporário e nos casos de serviços de vigilância, conservação e limpeza, baseia-se no teor da Lei 6.019/1974 e da Lei 7.102/1983, cuja *ratio* autorizaria a contratação de serviços temporários ou ligados à atividade-meio da empresa. Por fim, a vedação à terceirização de serviços ligados à atividade-fim ou à atividade essencial, prevista no verbete, decorreria da inexistência de previsão legal que expressamente a autorize, diferentemente dos demais casos. Por essas razões, entende o TST que a Súmula 331 do TST não configura exercício ilegítimo de atividade legislativa pelo Judiciário.

9. A Advocacia-Geral da União apresentou parecer, no qual sustentou, preliminarmente, o não conhecimento da arguição, tendo em vista: i) a ilegitimidade ativa da requerente, que não representaria homogeneamente os interesses de uma categoria específica; e ii) a ausência de procuração conferindo poderes específicos aos advogados

ADPF 324 / DF

signatários da petição para impugnação de atos do Poder Público. No mérito, manifestou-se pela improcedência do feito, argumentando que as interpretações conferidas à Súmula 331 do TST, aplicadas em decisões proferidas no âmbito da Justiça Trabalhista, fixam limites à terceirização, com a finalidade de valorizar o trabalho e a relação de emprego, assegurando a dignidade humana e, por conseguinte, não causando ofensas aos preceitos fundamentais evocados pela arguente.

10. Na sequência, o Procurador-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento da ação porque: *i)* a arguente não representaria categoria específica e, portanto, não possuiria legitimidade ativa; *ii)* seria inepta a petição inicial, por não individualizar os atos do Poder Público a serem impugnados; *iii)* não seria cabível ADPF para contestar decisões judiciais transitadas em julgado, tampouco para questionar súmula de tribunal superior; *iv)* o princípio da subsidiariedade estaria desatendido; e *v)* estaria irregular a representação processual da arguente, que não teria conferido poderes específicos para impugnação de atos do Poder Público. No mérito, defendeu a improcedência da arguição por entender que a intermediação de mão de obra em atividade-fim é incompatível com a Constituição Federal. Confira-se o teor da respectiva ementa:

“CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO CONHECIMENTO. ILEGITIMIDADE ATIVA DA REQUERENTE. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO ESPECIFICAÇÃO DOS ATOS DO PODER PÚBLICO QUESTIONADOS. DECISÕES JUDICIAIS TRANSITADAS EM JULGADO. NÃO CABIMENTO DE ADPF CONTRA SÚMULA. CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 331 DO TST.

1. Não possui legitimidade ativa para ajuizar arguição de

ADPF 324 / DF

descumprimento de preceito fundamental (ADPF) a Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG), pois não representa categoria específica. Precedentes.

2. É inepta petição inicial de ADPF que não individualize os atos do poder público objeto de impugnação. Precedentes.

3. Não cabe ADPF para contestar decisões judiciais transitadas em julgado. Precedentes.

4. É inadmissível ADPF para questionar súmula de jurisprudência de tribunal superior. Precedentes.

5. É incompatível com a Constituição da República a intermediação de mão de obra em atividade-fim.

6. Não se deve conhecer arguição de descumprimento de preceito fundamental que não atenda ao princípio da subsidiariedade, isto é, se existe meio alternativo para sanar a alegada lesão a preceito fundamental. Precedentes.”

11. Foram admitidos como *amici curiae*: i) a Confederação Nacional da Indústria - CNI, ii) a Central Brasileira do Setor de Serviços - CEBRASSE, iii) a Confederação Nacional de Serviços, iv) a Associação Brasileira de Telesserviços - ABT, v) o Sindicato dos Empregados em Empresas Prestadoras de Serviço a Terceiros, Colocação e Administração de Mão de obra, Trabalho Temporário, Leitura de Medidores e Entrega de Avisos do Estado de São Paulo - SINDEEPRES, vi) a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho ANPT e, conjuntamente, vii) a Central Única dos Trabalhadores - CUT, a Força Sindical - FS, a Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil - CTB e a Nova Central Sindical dos Trabalhadores – NCST.

12. É o relatório.

[1][1] Lei 9.472/1997, art. 94: “No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: [...]; II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como

ADPF 324 / DF

a implementação de projetos associados”.

16/08/2018**PLENÁRIO****ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****ADIAMENTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu não gostaria de ser anticlimático. Em primeiro lugar, eu gostaria de elogiar a todas as sustentações orais de altíssimo nível, em que os melhores argumentos, de cada lado, foram postos de uma forma muito própria, muito adequada e esclarecedora.

Presidente, eu não queria se anticlimático, mas, a verdade é que, menos à luz das sustentações, embora ache que haja argumentos novos que precisam serem enfrentados. Não propriamente que tenha mudado a minha convicção, mas acho que há alguns pontos que precisam ser revisados em razão das sustentações.

Além disso, o meu voto é relativamente longo, até porque, na ADPF, existe uma grande quantidade de preliminares que precisam ser enfrentadas. E a isso tudo se soma o fato de que alguns colegas precisam sair às 18 horas, e eu não teria condições de completar o meu voto até às 18 horas.

Portanto, Presidente, eu gostaria de sugerir que nós retomássemos - se parecer bem a Vossa Excelência - esta votação como primeiro processo na próxima quarta-feira, em que poderíamos organizar - e eu mesmo teria tempo de fazer um voto mais breve, para quarta-feira, porque com o Eleitoral, hoje, eu não tive tempo para ser tão breve quanto gostaria de ser.

De modo que, se estiver bem para todos os Colegas - consulto também o Ministro Luiz Fux que é correlator -, eu proporia de retomarmos o julgamento na próxima quarta-feira.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, eu gostaria também de secundar essa sugestão do Ministro Barroso porque poucas vezes nós vimos aqui uma gama de tantos advogados sustentando, com tanta profundidade, temas deveras complexos.

ADPF 324 / DF

Eu tenho uma ementa de 10 laudas e um voto de 40 laudas. Eu também não gostaria de suprimir nenhum dado importante, mas também, da mesma forma que o Ministro Luís Roberto Barroso, nós, ao adiarmos o processo para a próxima sessão, eu terei também condições de sintetizar mais para que todos os Colegas tenham a oportunidade de votar no momento próprio.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, não é um adiamento para as calendas. É para julgar na semana que vem, com um pouco mais de...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Seria apenas, então, a suspensão do julgamento para continuidade na próxima sessão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Suspensão do julgamento.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO - ABAG

ADV.(A/S) : TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (22129/PR)

ADV.(A/S) : MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO (15348/PR)

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (0020016/DF, 20016/DF, 91152/RJ)

AM. CURIAE. : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE

ADV.(A/S) : PERCIVAL MENON MARICATO (42143/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DE SERVICOS - CNS

ADV.(A/S) : ANTONIO CARLOS VIANNA DE BARROS (39219/DF, 1420-A/RJ, 17663/SP)

AM. CURIAE. : ABNT - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELESSERVICOS

ADV.(A/S) : CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (34238/DF, 96073/RJ)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS A TERCEIROS, COLOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE MÃO DE OBRA, TRABALHO TEMPORÁRIO, LEITURA DE MEDIDORES E ENTREGA DE AVISOS DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDEEPRES

ADV.(A/S) : ALMIR PAZZIANOTTO PINTO (130503/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO - ANPT

ADV.(A/S) : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS (5939/DF)

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : FORÇA SINDICAL

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : CENTRAL DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS DO BRASIL - CTB

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : NOVA CENTRAL SINDICAL DOS TRABALHADORES - NCST

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, Associação Brasileira do Agronegócio - ABAG, a Dra. Teresa Arruda Alvim; pela Procuradoria-Geral da República, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Telesservicos - ABT, o Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto; pelo *amicus curiae* Central Brasileira do Setor de Serviços - CEBRASSE, o Dr. Flávio Henrique Unes Pereira; pelos *amici curiae* Central Única dos Trabalhadores - CUT, Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil - CTB, Força Sindical

- FS e Nova Central Sindical dos Trabalhadores - NCTS, o Dr. José Eymard Loguércio; e, pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT, o Dr. Gustavo Teixeira Ramos. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 16.8.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, foram apregoados conjuntamente a ADPF 324 e o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 958.252. Portanto, o meu voto é conjunto para os dois processos.

Na ADPF 324, o objeto é o conjunto de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho que, invocando o Enunciado 321 do TST, tem produzido decisões contraditórias e restritivas da terceirização, e alega a autora que essas decisões têm aumentado a litigiosidade em torno da matéria e trazido insegurança jurídica e prejuízos. Portanto, esse é o objeto da primeira ação: um conjunto de decisões da Justiça do Trabalho restritivas, quando não impeditivas, da terceirização.

O outro processo é o Recursos Extraordinário da relatoria do Ministro Luiz Fux, cujo objeto é uma decisão do TRT da 3ª Região, que foi mantida pelo TST, que impede que uma empresa de celulose - isto é, fabricante de papel -, terceirize os serviços de reflorestamento e afins, por considerar que tais serviços constituiriam atividade-fim da empresa fabricante de papel, o que seria vedado na concepção que o TST tem dessa matéria.

A discussão, portanto, versa o tema da terceirização.

Terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa para outra empresa, por motivos de custo, eficiência, especialização ou por qualquer outro interesse empresarial legítimo. Assim, uma etapa da cadeia produtiva de uma empresa - chamada empresa contratante - passa a ser cumprida por uma outra empresa - denominada empresa contratada ou empresa prestadora de serviços. Por exemplo, uma empresa pode optar por ter um departamento jurídico internamente ou pode optar por contratar um escritório de advocacia. Eu acho perfeitamente legítimo, já antecipando, que um escritório de advocacia especializado em advocacia

ADPF 324 / DF

tributária, portanto, sua atividade-fim, contrate um parecer ou uma sustentação de outro escritório especializado em advocacia tributária, mesmo sendo esta a sua atividade-fim.

Também acho - um outro exemplo de terceirização - que uma empresa de construção pode empregar um engenheiro calculista ou pode contratar externamente uma empresa que faça os cálculos das suas obras. Ou pode, perfeitamente, apesar de a sua atividade-fim ser construção, pode contratar a impermeabilização do telhado ou pode contratar a construção da piscina com uma empresa especializada. Portanto, em última análise, tarefas de interesse da empresa contratante são desempenhadas por uma empresa contratada, prestadora de serviços.

No geral, a Justiça do Trabalho tem entendido que é possível terceirizar a atividade-meio, mas que não é possível terceirizar a atividade-fim.

Eu vou começar o meu voto pelas matérias comuns às duas ações e depois vou destacar as especificidades de cada uma. Portanto, faço no meu voto uma introdução que considero importante, e que aqui vou evidentemente abreviar, sobre a evolução da história e a evolução do mundo do trabalho.

A história da humanidade é dividida pelos autores e pelos antropólogos em três grandes marcos: o da Revolução Cognitiva, quando surge verdadeiramente o *homo sapiens* e a capacidade de comunicação. A segunda revolução é a Revolução Agrícola, que fixa o homem na terra quando ele aprende a plantar e a domesticar animais. E a terceira é a Revolução Científica, que começa ali na virada do Renascimento para a Idade Moderna e vem até os dias de hoje. Já agora, no entanto, nós vivemos, no âmbito da Revolução Científica, o que tem sido chamado de a 4ª Revolução Industrial. Esta é a Revolução Digital ou Tecnológica que está em curso. Na verdade, é a 4ª Revolução Industrial, porque as três primeiras foram, Presidente, a do Vapor, entre 1850 e 1900, a da Eletricidade, entre 1900 e 1940, e a do Motor e a da Automação, de 1940 até o final do século passado. A revolução que nós estamos vivendo é a Revolução Tecnológica, é a chamada Revolução Digital em que, dizem os

ADPF 324 / DF

técnicos, mudou-se de uma tecnologia mecânica e analógica para a tecnologia eletrônica digital, o que permitiu a massificação dos computadores, do telefone celular e a conexão de bilhões de pessoas pela internet.

De modo que, no mundo de hoje, a maneira como se realiza uma pesquisa, se fazem compras e se chama um táxi, reserva-se um voo ou ouve-se música, para citar alguns exemplos, foi inteiramente revolucionada, Presidente. Nós vivemos sob a égide de um novo vocabulário, uma nova semântica e uma nova gramática. A linguagem dos nossos dias inclui um conjunto de termos que, há poucos anos, não eram sequer cogitados, e, hoje, já não imaginaríamos como viver sem eles. Fiz uma pequena lista, Presidente: Google - como foi possível viver tanto tempo sem poder dar um "google" e saber o que está acontecendo? -, WhatsApp, Waze, Uber, Spotify, YouTube, Windows, Mac, Dropbox, Skype, FaceTime, Facebook, Twitter, Instagram, Amazon, Google Maps, Google Translator, para citar alguns que eu conheço de conhecimento próprio, porque, se perguntar para os meus filhos, vai aparecer mais um lote aqui, que alguns de nós nunca ouvimos falar. Portanto, não há setor da economia tradicional que não tenha sido afetado. E está todo mundo atrás de novos modelos de negócio. Como bússola para este caminho, procura-se também uma nova ética que consiga combinar liberdade, privacidade, veracidade, proteção contra *hackers*, proteção contra criminalidade *on-line* e outras vicissitudes.

Aliás, a maior parte dos processos, hoje, no Supremo Tribunal Federal, são processos eletrônicos. O interessado faz *upload* de onde ele estiver, e cada um de nós consegue acessar o sistema de qualquer parte do mundo. Eu e todos os Colegas aqui podemos decidir e assinar eletronicamente, estejamos em Brasília, em Londres ou em Vassouras. Portanto, este é o mundo novo em que nós estamos vivendo.

A velha economia não morreu, mas ela tenta interagir com esta nova realidade. Mas aquela economia tradicional baseada na produção agrícola, baseada na produção industrial, na transformação de matérias-primas, ouro, petróleo, trigo, essa economia cede espaço a um novo

ADPF 324 / DF

tempo em que o grande valor, a grande riqueza é a propriedade intelectual, o conhecimento e a informação.

As grandes empresas, no início do século passado, eram as empresas petrolíferas, e o petróleo era a principal *commodity* do mundo. Hoje em dia, as grandes empresas não produzem nada físico. As cinco maiores empresas do mundo atual são Google, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft. Portanto, inovações e avanços tecnológicos constroem esse admirável mundo novo da biotecnologia, da inteligência artificial, da robótica, da impressão em 3D, da nanotecnologia e da computação quântica. O futuro é imprevisível e assustador.

O aclamado autor israelense Yuval Noah Harari, que escreveu os Clássicos *Sapiens e Homo Deus*, diz que o avanço tecnológico e a engenharia criarão super-homens. E ele faz algumas especulações aterradoras sobre o futuro da humanidade e uma delas - que nos interessa aqui particularmente - é a seguinte: enquanto a Revolução Industrial criou a classe trabalhadora, a próxima grande revolução, esta que está em curso, criará a classe inútil.

O risco do desemprego é a assombração das próximas gerações. A sociedade, as empresas, o direito do trabalho e o sindicalismo precisam adaptar-se ao novo tempo. A história não para. Quando surgiu a impressão *offset*, os linotipistas invadiam as redações para quebrarem as máquinas de *offset*; quando surgiu a produção de roupas *prêt-à-porter* na França, os alfaiates invadiam as lojas para destruir os estoques. E mesmo assim a história não parou. E, portanto, nós temos que ser passageiros do futuro e não prisioneiros do passado.

Como vejo, Presidente, queridos Colegas, Ministra Rosa, o Direito do Trabalho no contexto atual? É inevitável que, nesta realidade que eu acabo de descrever, o Direito do Trabalho passe em todos os países de economia aberta por transformações extensa e muito profundas. Não se trata propriamente - e eu queria deixar claro - de escolhas ideológicas ou de preferências filosóficas. Trata-se, na verdade, do curso da história.

E é nesse ambiente que nós todos estamos aqui para pensar a melhor forma de harmonizar os interesses e as demandas empresariais com os

ADPF 324 / DF

direitos básicos dos trabalhadores. E, do modo como eu penso a vida, é preciso assegurar a todos os trabalhadores empregos, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte. Portanto, relativamente ao debate das questões trabalhistas que têm chegado ao Supremo, eu acredito que as posições que tenho defendido aqui são as posições favoráveis aos trabalhadores - respeito a quem pensa diferentemente.

Quando eu defendi que a quitação geral dada pelo trabalhador que aderiu voluntariamente a um plano de demissão incentivada, instituído mediante negociação coletiva, deveria prevalecer - quitação geral, aderiu voluntariamente ao plano e deu quitação -, eu entendi que esta manifestação de vontade deveria prevalecer sobre a regra da CLT, porque considerei - e considero hoje ainda - que a desmoralização dos programas de demissão incentivada era ruim para os trabalhadores.

Quando eu votei a favor da contribuição sindical facultativa e não compulsória, foi por entender que o modelo de monopólio e arrecadação fácil, subjacente aos sindicatos brasileiros, favorecia aos sindicalistas, mas não aos trabalhadores.

E quando apoiei as regras que desestimulavam a litigância trabalhista temerária, foi para favorecer e dar celeridade aos casos dos trabalhadores que efetivamente litigavam por bons direitos e não os que litigavam por espertezas diversas.

Eu estou pontuando este aspecto para deixar claro que este não é um debate entre progressistas e reacionários, este é um debate e esta é uma discussão sobre qual é a forma mais progressista de se assegurarem emprego, direitos dos empregados e desenvolvimento econômico. Porque, se não houver desenvolvimento econômico e nem sucesso empresarial das empresas, não haverá emprego, renda ou qualquer outro direito para os trabalhadores.

Em um momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade, é preciso considerar as opções disponíveis, sem preconceitos ideológicos e sem apegos a dogmas antigos. Assim é como me parece.

ADPF 324 / DF

Subjacente a essa discussão está uma dualidade que já esteve presente nos debates anteriores sobre questões trabalhistas, que contrapõe, a meu ver, uma visão protecionista/paternalista, de um lado, e uma visão emancipatória e libertadora, do outro lado, que procura fortalecer a negociação e a liberdade de contratar.

Sempre lembrando que, no Direito do Trabalho, a liberdade de contratar é rigidamente limitada pela Constituição. Com ou sem terceirização, há direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores, que estarão sempre assegurados, desde que não sejam jogados na informalidade trazida por regras trabalhistas excessivamente rígidas - e 37 milhões de trabalhadores informais é um número muito importante para passar despercebido. Mas esses direitos básicos constitucionalizados não podem ser afastados: salário mínimo, piso salarial da categoria, segurança no trabalho, repouso remunerado, férias, fundo de garantia. Tudo isso, não importa se o regime é terceirizado ou não, são direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores e não estão em discussão aqui. O que está em discussão aqui é uma visão de se manter uma estrutura de produção que, em toda parte do mundo, já foi flexibilizada, que é o modo de produção fordista, em que a empresa precisa concentrar de forma vertical todas as etapas do processo produtivo. Com isso, ela tem um altíssimo custo fixo e não consegue se adaptar, de acordo com a conjuntura, aos aumentos e às reduções de demanda. E, justamente para superar esse paradigma, desde os anos 50 e 60, surgiu um modelo alternativo, tendo como pioneira a empresa Toyota, do Japão, que passou a contratar externamente algumas das fases de produção dos seus automóveis, uma fórmula que permite que você, pela contratação externa, aumente ou reduza a produção na conformidade das leis da oferta e da procura, da demanda do mercado, que infelizmente não é possível revogar por ato judicial ou mesmo por ato legislativo.

Portanto, essa fórmula dá flexibilidade às empresas e permite que a empresa contratante se especialize naquilo que ela pode oferecer como diferencial e, por outro lado, beneficie-se da especialização e da eficiência de outras empresas.

ADPF 324 / DF

Por exemplo, uma montadora de automóveis, em lugar de produzir pneus, adquire-os de uma empresa especializada, com *know how* específico. Ela contrata externamente, terceiriza a produção dos pneus, embora não seja difícil considerar que o pneu é atividade-fim de produção de um automóvel, pois um carro sem pneu não tem condição. Ou uma construtora não precisa produzir concreto, ela pode contratar com uma empresa a produção de concreto ou pode comprar pré-moldados de concreto de uma empresa externa. Uma incorporadora imobiliária pode terceirizar os serviços de portaria, de segurança, de piscina, de restaurante, de exploração do estacionamento.

Não se trata, portanto, de uma divisão entre atividade-meio e atividade-fim; mas de saber se é bom para a lógica do negócio que determinadas atividades sejam prestadas por terceiros que são remunerados e empregam trabalhadores para prestarem aquelas atividades. Isso não é Direito, isso é Economia e não há como fugir desse modelo.

Esse modelo de produção flexível é hoje uma realidade em todo o mundo. E, em virtude da globalização dos mercados, constitui um elemento essencial para a preservação da competitividade das empresas.

Tanto é assim que quase todos os países relevantes do mundo admitem a terceirização. Ela é amplamente praticada nos Estados Unidos, na Alemanha, na Áustria, nos Países Escandinavos, na Espanha, no Uruguai; e é praticada com limitações semelhantes às que devem vigorar no Brasil - como estou aqui propondo - em países como França, Reino Unido, Itália, Chile, Argentina, México, Colômbia, Peru e diversos outros países da América Latina, mas não a Venezuela.

Portanto, Presidente, este é o contexto em que se debate a terceirização. Ela é muito mais do que uma forma de reduzir custos, é uma estratégia de produção imprescindível para a sobrevivência e competitividade de muitas empresas brasileiras, cujos empregos queremos preservar.

Ouvi, Presidente, com muita atenção, todas as sustentações e todos os argumentos contrapostos, e aqui entre nós, temos Colegas por

ADPF 324 / DF

quem tenho carinho, respeito e admiração que têm uma visão diversa, pessoas as quais também escutei. E enfrento agora, Presidente, os pontos que considerarei mais importantes que foram suscitados, sobretudo da tribuna, e em memoriais, contrários à terceirização. É quase uma discussão metajurídica, mas considero importante.

Uma das alegações é que a terceirização visa, tão somente, a redução do custo da mão de obra. Primeira observação que faria é que uma empresa procurar reduzir o custo da mão de obra faz parte do seu negócio em toda parte do mundo. E, em muitas partes do mundo, as empresas terceirizam é para o exterior para, precisamente, terem mão de obra a melhor custo. Portanto, não permitir a terceirização interna pode até incentivar a terceirização externa. Quem for ao Estados Unidos verá que todos os *call centers* dos Estados Unidos são na Índia, porque eles terceirizam pois lá é muito mais barato. Não seria em si um problema procurar pagar, ter um custo de recursos humanos menor. Mas não é essa a questão central.

A terceirização tem outras finalidades mais importantes. Primeiro, aumentar a qualidade através da contratação externa de serviços que não constituem o diferencial da empresa e que são prestados com maior eficiência por terceiros. Quem faz só pneu faz pneu melhor do que quem faz pneus e muitas outras coisas. Segundo, ampliar a capacidade para atender ao aumento temporário de demandas. Portanto, você terceiriza porque teve um aumento de demanda. Terceiro, possibilitar o acesso a mão de obra qualificada e tecnologia não dominada pela empresa. Quarto, desenvolver atividades que demandam conhecimento especializado e capacidade de atração de profissionais de ponta.

Terceirizar, portanto, não significa necessariamente reduzir custo. Aliás, muitas grandes empresas - inclusive, o Supremo, embora não seja uma empresa - terceirizam o setor de tecnologia de informação porque esse é um serviço altamente especializado, altamente sofisticado, que exige atualização contínua e, conseqüentemente, você não tem interesse, muitas vezes, de prestá-lo internamente por alguém que vai ficar fossilizado num determinado estágio, quando você quer buscar estágios

ADPF 324 / DF

mais avançados em outros lugares. Portanto, a alegação de que é só para reduzir custo acho que não seria em si o problema, mas não é somente para isso e, talvez, haja outros objetivos mais relevantes.

Há um argumento que se tornou mais retórico do que propriamente substantivo, que é o da precarização da relação de emprego. A questão da precarização: primeiro, há problemas nas relações de emprego com terceirização ou sem terceirização. Com todas essas restrições que há à terceirização, existem 5 milhões de reclamações trabalhista no Brasil. E elas não são devidas à terceirização por evidente.

Portanto, os problemas que existem relativos ao possível descumprimento do contrato de trabalho ou das obrigações trabalhistas na terceirização são os mesmos que existem na contratação direta. Mas, no caso da terceirização, isso é perfeitamente contornável desde que se exija da empresa contratante da prestadora de serviço, da terceirizada, que se certifique das condições econômicas e jurídicas da empresa cujo serviço se está tomando. Em segundo lugar e muito importante, com a equiparação de condições de saúde e segurança dos empregados terceirizados às condições dos empregados da contratante quando prestarem serviços nas instalações destas. Portanto, a empresa contratante do serviço terceirizado tem de assegurar ao terceirizado as mesmas condições de segurança do trabalho que são asseguradas aos seus próprios empregados.

Em terceiro lugar e muito importante, a empresa tomadora do serviço permanece com responsabilidade subsidiária no caso de descumprimento das normas trabalhistas e previdenciárias por parte da empresa prestadora de serviço. Portanto, o argumento da precarização não se sustenta, porque, no contrato entre a empresa prestadora de serviços e o empregado, as obrigações trabalhistas são exigíveis e a empresa que contratou a prestação de serviço é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias. De modo que não consigo alcançar a plenitude do argumento da precarização, porque as normas constitucionais que se aplicam ao Direito do Trabalho continuam valendo no contrato entre o empregado e a terceirizada.

ADPF 324 / DF

Um outro argumento seria o da alta rotatividade no emprego e da sobrecarga dos Sistemas de Previdência e Assistência Social. Flutuações de emprego decorrem de variações do mercado, da economia e da produção. Sem terceirização, o Brasil tem 13 milhões de desempregados neste exato momento. Portanto, não vejo como se possa imputar à terceirização este ônus da rotatividade. E as empresas terceirizadas, como disse anteriormente, empregam por prazo indeterminado e têm de cumprir as obrigações trabalhistas.

Eu estive recentemente no aeroporto de Guarulhos, um funcionário me atendeu e me contou a vida dele, e disse: "Eu trabalhava para a empresa tal, que passou por uma crise financeira. Eu tive sorte e fui contratado por uma empresa terceirizada do aeroporto. E agora a minha antiga empresa está em dificuldade, mas eu presto serviço a diferentes empresas. E, portanto, para mim, foi melhor estar numa terceirizada e poder circular em diferentes empresas do que ter permanecido na minha empresa antiga e ter sido demitido. Agora eu estaria sem emprego algum." Portanto, acho que esta lógica de que a terceirização vai prejudicar a empregabilidade é uma lógica que não tem sustentação econômica.

Há uma discussão quanto ao oferecimento de salários inferiores. Quem teve chance de ler os memoriais pôde observar que, nos memoriais da CUT e dos *amici curiae*, sustentou-se que haveria uma remuneração em média 24% inferior dos casos de terceirização. O IPEA tem números completamente diferentes e uma posição totalmente diferente em relação ao impacto da terceirização sobre o mercado de trabalho.

E ainda um ponto, Presidente, que foi enfatizado e que também me chamou a atenção e me levou a uma certa reflexão: dizer que a terceirização viola a dignidade humana do trabalhador. Aí há uma contradição intrínseca, porque, se se admite a terceirização da atividade-meio e não se admite a terceirização da atividade-fim, então, quando você terceiriza atividade-fim, há violação da dignidade humana do trabalhador; mas, quando você terceiriza a atividade-meio, não há violação da dignidade humana do trabalhador? Com todas as vênias, não

ADPF 324 / DF

consigo alcançar a racionalidade desse argumento.

Portanto, acho que uma terceirização bem regulada e com ônus subsidiários sobre a empresa tomadora do serviço é muito melhor para o mercado de trabalho do que a não terceirização, que impede, muitas vezes, contratações que atendem a circunstancial aumento de demanda quando o empregador muitas vezes não quer ter o ônus de contratar, por pouco tempo, e, depois, ter que pagar todas as verbas rescisórias.

Essas são, Presidente, as contraposições a argumentos que procurei enfrentar com a maior seriedade e que foram trazidos da tribuna.

E, agora, partindo para conclusão do meu voto, eu trato das questões estritamente jurídicas que, a meu ver, são muito simples: as amplas restrições à terceirização, tal como vem sendo feito pelo conjunto de decisões de boa parte da Justiça do Trabalho, violam, a meu ver, a livre iniciativa, a livre concorrência e a segurança jurídica, além de não terem respaldo legal; e pretendo demonstrar isso muito brevemente.

Quanto aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, esses princípios asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento de atividades econômicas e das suas estratégias de produção em busca dos melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade. Desde que respeitados os direitos mínimos previstos na Constituição e na legislação, a Constituição não impõe adoção de um modelo específico de produção e não impede o desenvolvimento de estratégias flexíveis. E, portanto, a Constituição não veda nem implícita nem explicitamente a terceirização. Essa é uma projeção ideológica de quem a interpreta com viés antigo, com todo respeito a quem pense diferente.

E, no tocante à segurança jurídica, a interpretação que tem sido dada pela Justiça do Trabalho a essa matéria criou um ambiente de extrema insegurança jurídica, porque trabalha-se com conceitos jurídicos indeterminados como atividade-meio, atividade-fim, atividade essencial, e, aí, cada um projeta nesses conceitos elásticos o que deseja.

Em um dos casos que está na pauta, a Justiça do Trabalho considerou que uma empresa de telefonia não podia terceirizar os

ADPF 324 / DF

serviços de *call center* porque considera que *call center* é atividade-fim de empresa de telefonia. E aí? Decisão da última instância da Justiça do Trabalho.

Portanto, a permissão de que esses conceitos jurídicos indeterminados sejam definidores da jurisprudência acaba gerando um grande grau de subjetividade e uma incerteza jurídica imensa. E boa parte desses trabalhadores que estão na informalidade poderiam estar na formalidade trabalhando em empresas terceirizadas. Portanto, eu penso que esta jurisprudência traz insegurança jurídica e pessoalmente acho que traz, inclusive, desemprego.

Por fim, não há nenhuma lei que proíba a terceirização. Portanto, essas restrições são todas impostas por criação da própria Justiça do Trabalho. A invocação que se faz dos arts. 2º e 3º da CLT é de que a CLT prevê que as relações trabalhistas sejam bilaterais e que a terceirização criaria um tipo de relação jurídica trilateral. Tecnicamente, não é isso que ocorre e nem faz nenhum sentido essa crítica, porque, na terceirização, há duas relações bilaterais: a primeira, entre a empresa contratante e a empresa prestadora de serviços, uma relação de natureza civil; e a segunda, uma relação entre a empresa terceirizada e o empregado, está assim uma relação de natureza trabalhista. Portanto, não há uma relação trilateral, o que há são duas relações bilaterais.

E, de resto, no Direito Privado vigora a autonomia da vontade. Se não há lei proibindo a terceirização, não há por que se interpretar que exista esta proibição, desde que respeitados os direitos trabalhistas, tais como previstos na Constituição e na própria CLT.

E aqui eu chego ao capítulo final, Presidente, que considero igualmente importante: os limites que, a meu ver, a Constituição impõe à terceirização.

Ministro Lewandowski, é o caminho do meio que, a meu ver, precisamos procurar trilhar, atento à preocupação que Vossa Excelência manifestou. A atuação desvirtuada de uma empresa terceirizada não macula esse modo de fazer negócio, porque senão a atuação viciada das empresas que contratam diretamente aboliria o mercado de trabalho.

ADPF 324 / DF

Gente que se comporta mal existe em todos os domínios da vida. A utilização abusiva da terceirização deve ser evitada e reprimida, e os ganhos de eficiência e de empregabilidade trazidos pela terceirização não podem, evidentemente, decorrer do descumprimento de direitos nem muito menos da violação da dignidade do trabalhador.

Por isso mesmo, Presidente, considero que se podem inferir da Constituição algumas limitações que, de resto, foram introduzidas na Lei de Terceirização. E os limites são: o contratante tem o dever de se certificar da idoneidade e da capacidade econômica da empresa terceirizada para honrar o contrato com todas as obrigações, inclusive as de cunho trabalhista e previdenciário, e ela deve ter, porque é do seu interesse, um dever de fiscalização, pela razão de que a empresa que tomou o serviço terceirizado assume a responsabilidade subsidiária, caso a empresa terceirizada deixe de honrar suas obrigações - como eu penso que deve ser e como a lei superveniente já prevê. No entanto, a responsabilidade subsidiária não significa, a meu ver e com todas as vênias, que exista uma relação direta de emprego entre a empresa contratante e o empregado da empresa terceirizada; a responsabilidade é subsidiária. E, como disse, essas limitações derivam da Constituição e estão expressas na legislação que cuida da matéria, as Leis nº 13.429/2017 e 13.467.

Antes de concluir, Presidente, como eu votei conjuntamente, há, em relação à ADPF, um conjunto de preliminares que enfrento brevemente, rejeitando todas elas. A primeira é que a procuração não daria poderes específicos para questionar este conjunto. A procuração dava poderes para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental, portanto ela satisfaz plenamente. A segunda, a de que indiretamente se estaria tentando impugnar um enunciado da Justiça do Trabalho. Na verdade, não é nem propriamente o enunciado, é como as diversas instâncias da Justiça do Trabalho têm interpretado esse enunciado, é o conjunto de decisões que está em questão. Nós já admitimos inúmeras ADPFs aqui em que o que estava em discussão era o conjunto de decisões, seja em uniões homoafetivas, seja na ADPF 54, que eu mesmo

ADPF 324 / DF

fui advogado, na questão da anencefalia. Havia decisões discrepantes autorizando ou não autorizando, e o Supremo entendeu que a existência de decisões controvertidas acerca de um tema era ato estatal suficiente para a ADPF.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A importação de pneus usados, ADPF 101.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Também essa. A subsidiariedade eu também acho que está presente. Temos admitido julgar ADPFs e repercussões gerais simultaneamente em muitos casos, até porque a decisão em processo objetivo produz efeitos mais extensos e mais profundos do que a decisão na repercussão geral, porque ela vincula inclusive a Administração Pública, e, pelo novo Código de Processo Civil, o Código Fux, a repercussão geral, embora seja vinculante, ela exige o esgotamento das instâncias ordinárias, ao passo que a decisão, em ação direta, permite a reclamação imediata.

Portanto, acho que a subsidiariedade está presente. E me parece que a alegação de perda do objeto pela superveniência da lei não incide aqui por mais de uma razão, uma delas - muito importante - é que o Enunciado 331 não foi revogado, continua em vigor, sendo interpretado e aplicado pela Justiça do Trabalho. Em segundo lugar, o entendimento que tem prevalecido na Justiça do Trabalho é que a nova legislação que disciplina a terceirização somente se aplica aos novos contratos. De modo que todas as relações empregatícias que estavam em vigor até 2017, ou seja, quase todas, continuam sujeitas a esta mesma linha interpretativa.

Presidente, estou sendo breve, mas se houver impugnação, responderei mais analiticamente. Essa entidade que reúne todas as empresas do agronegócio tem representatividade adequada - e é o critério utilizado por nós -, porque o agronegócio é particularmente impactado por esta jurisprudência restritiva da Justiça do Trabalho.

Em relação à ação de relatoria do Ministro Luiz Fux, há repercussão geral concedida pelo plenário virtual, RE 958.252, de modo que não se coloca a questão do cabimento.

Concluo, Presidente, lendo...

ADPF 324 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, como são cinco preliminares, gostaria de tomar os votos quanto às preliminares, depois ficaríamos adstritos ao mérito, o que já é de intensidade suficiente.

A minha proposta é que Vossa Excelência exponha de uma maneira breve. Se os Ministros quiserem questionar alguns desses itens, haverá espaço para a devida atenção.

Então, será destacado pelo Ministro-Relator Roberto Barroso cinco preliminares, a primeira das quais sobre a pertinência, em razão do objeto da ADPF ser um conjunto de decisões questionadas, porque se concentraria no Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

O Ministro considera que não há qualquer irregularidade nesse objeto trazido, até porque comprovada a iterativa tomada de decisões sobre a matéria e rejeitou essa preliminar.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

Ementa: DIREITO DO TRABALHO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E DE ATIVIDADE-MEIO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício

ADPF 324 / DF

abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações.

4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).

5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial.

6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta.

7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de

ADPF 324 / DF

emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”.

8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado.

INTRODUÇÃO

1. A história da humanidade é dividida pelos autores e pelos antropólogos em três grandes marcos. Em primeiro lugar, com a revolução cognitiva, surge o *homo sapiens* e a capacidade de comunicação. Em seguida, com a revolução agrícola, o homem se fixa à terra, quando aprende a plantar e a domesticar animais. Por fim, a revolução científica começa na virada do Renascimento para a Idade Moderna e vem até os dias de hoje. Já agora, nós vivemos, no âmbito da revolução científica. No que respeita a ela, passamos pela revolução do vapor, entre 1850 e 1900; pela revolução da eletricidade, entre 1900 e 1940; pela revolução do motor e a da automação, de 1940 até o final do século passado. E, atualmente, estamos vivendo a revolução tecnológica, a chamada revolução digital, em que, dizem os técnicos, mudou-se de uma tecnologia mecânica e analógica para a tecnologia eletrônica digital, o que permitiu a massificação dos computadores, do telefone celular e a conexão de bilhões de pessoas pela internet.

2. De modo que, no mundo de hoje, a maneira como realiza-

ADPF 324 / DF

se uma pesquisa, fazem-se compras, chama-se um táxi, reserva-se um voo ou ouve-se música, para citar alguns exemplos, foi inteiramente revolucionada. Nós vivemos sob a égide de um novo vocabulário, uma nova semântica e uma nova gramática. A linguagem dos nossos dias inclui um conjunto de termos que, há poucos anos, não eram sequer cogitados: Google, WhatsApp, Waze, Uber, Spotify, YouTube, Windows, Mac, Dropbox, Skype, FaceTime, Facebook, Twitter, Instagram, Amazon, Google Maps, Google Translator, para citar alguns. Não há setor da economia tradicional que não tenha sido afetado: todos estão atrás de novos modelos de negócio.

3. Como bússola para este caminho, procura-se também uma nova ética que consiga combinar liberdade, privacidade, veracidade, proteção contra *hackers*, proteção contra criminalidade *on-line* e outras vicissitudes. Aliás, a maior parte dos processos, hoje, no Supremo Tribunal Federal, são processos eletrônicos. O interessado faz *upload* de onde ele estiver, e cada um de nós consegue acessar o sistema de qualquer parte do mundo. Eu e todos os Colegas aqui podemos decidir e assinar eletronicamente, estejamos em Brasília, em Londres ou em Vassouras. Portanto, este é o mundo novo em que nós estamos vivendo.

4. A velha economia não morreu, mas tenta interagir com essa nova realidade. A economia tradicional baseada na produção agrícola, baseada na produção industrial, na transformação de matérias-primas, ouro, petróleo, trigo, essa economia cede espaço a um novo tempo, em que o grande valor, a grande riqueza é a propriedade intelectual, o conhecimento e a informação. As grandes empresas, no início do século passado, eram as empresas petrolíferas, e o petróleo era a principal *commodity* do mundo. As cinco maiores empresas do mundo atual são Google, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft. Portanto, inovações e avanços tecnológicos constroem esse admirável mundo novo da biotecnologia, da inteligência artificial, da robótica, da impressão em 3D, da nanotecnologia e da computação quântica. O futuro é imprevisível e assustador.

5. O aclamado autor israelense Yuval Noah Harari, que

ADPF 324 / DF

escreveu os clássicos *Sapiens e Homo Deus*, diz que o avanço tecnológico e a engenharia criarão super-homens. E ele faz algumas especulações aterradoras sobre o futuro da humanidade e uma delas - que nos interessa aqui particularmente - é a seguinte: enquanto a Revolução Industrial criou a classe trabalhadora, a revolução que está em curso criará a classe inútil. O risco do desemprego é a assombração das próximas gerações. A sociedade, as empresas, o direito do trabalho e o sindicalismo precisam adaptar-se ao novo tempo. A história não para. Quando surgiu a impressão *offset*, os linotipistas invadiam as redações para quebrar as máquinas de *offset*; quando surgiu a produção de roupas *prêt-à-porter* na França, os alfaiates invadiam as lojas para destruir os estoques. E mesmo assim a história não parou. E, portanto, nós temos que ser passageiros do futuro e não prisioneiros do passado.

6. É inevitável que, nesta realidade que eu acabo de descrever, o Direito do Trabalho passe em todos os países de economia aberta por transformações extensas e muito profundas. Não se trata - e eu queria deixar claro - de escolhas ideológicas ou de preferências filosóficas. Trata-se do curso da história. E é nesse ambiente que nós todos estamos aqui para pensar a melhor forma de harmonizar os interesses e as demandas empresariais com os direitos básicos dos trabalhadores. É preciso assegurar a todos os trabalhadores empregos, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte. Portanto, relativamente ao debate das questões trabalhistas que têm chegado ao Supremo, eu acredito que as posições que tenho defendido aqui são as posições favoráveis aos trabalhadores.

7. Quando defendi que a quitação geral dada pelo trabalhador que aderiu voluntariamente a um plano de demissão incentivada, instituído mediante negociação coletiva, deveria prevalecer, eu me manifestei assim porque considero que a desmoralização dos programas de demissão incentivada teria sido negativa para os trabalhadores. Quando eu votei a favor da contribuição sindical facultativa, foi por entender que o modelo de monopólio e arrecadação fácil, subjacente aos sindicatos brasileiros, favorecia o funcionamento de

ADPF 324 / DF

sindicatos não representativos da vontade dos trabalhadores, por não dependerem da sua vontade para se financiarem. Quando apoiei as regras que desestimulavam a litigância trabalhista temerária, entendi que este era um caminho fundamental para dar celeridade aos casos dos trabalhadores que efetivamente litigam por bons direitos. Eu estou pontuando esse aspecto para deixar claro que este não é um debate entre progressistas e reacionários, este é um debate e esta é uma discussão sobre qual é a forma mais progressista de se assegurarem empregos, direitos dos empregados e desenvolvimento econômico. Porque, se não houver desenvolvimento econômico ou sucesso empresarial das empresas, não haverá emprego, renda ou qualquer outro direito para os trabalhadores. Em um momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade, é preciso considerar as opções disponíveis, sem preconceitos ideológicos e sem apegos a dogmas antigos.

8. Feitas essas considerações, passo ao exame das preliminares.

PRELIMINARES

I. REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL: PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS PARA AJUIZAR ADPF

9. A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria Geral da República alegam a existência de irregularidade na representação da requerente porque a procuração conferida a seus advogados não teria indicado especificamente quais atos do poder público seriam objeto de impugnação por meio desta ação.

10. Constata-se, contudo, que a requerente juntou aos autos procuração por meio da qual outorgou a seus advogados *os mais amplos poderes para ajuizarem arguição de descumprimento de preceito fundamental*, tal como exigido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[1]. Se a procuração foi conferida com tal amplitude, sem definir detalhadamente

ADPF 324 / DF

o ato atacado, é porque se transferiu aos advogados a sua delimitação precisa. Não compete ao STF interpretar a procuração de forma a reduzi-lhe o escopo: quem pode o mais (propor ADPF contra qualquer ato), pode o menos (propor a mesma ação contra ato determinado).

11. É importante ter em conta, ademais, que esta ADPF não se volta contra *um ato específico* do poder público, como ocorre nos casos mais usuais. Volta-se, em verdade, contra *um conjunto de decisões* da Justiça do Trabalho, do qual deriva uma interpretação que, no entendimento da requerente, restringe de forma excessiva a contratação de serviços terceirizados. Não havia, portanto, um ato específico do poder público a ser indicado na procuração (mas um conjunto difuso de atos) e fazia sentido atribuir a delimitação precisa do objeto da ação aos advogados porque esta demandava efetivamente alguma sofisticação.

12. Pelo exposto, rejeito a preliminar de irregularidade na representação processual.

II. INOCORRÊNCIA DE INÉPCIA DA INICIAL: ADEQUADA DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA ADPF

13. O Tribunal Superior do Trabalho, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União arguem a inépcia da petição inicial, porque: i) não seria cabível ADPF para contestar súmulas de tribunais superiores ou decisões judiciais transitadas em julgado, bem como porque ii) a inicial não individualizaria o ato do poder público impugnado por meio da ação.

14. A inépcia não se verifica. A Arguente não se insurge contra decisões específicas que transitaram em julgado ou contra a Súmula 331 do TST especificamente. Tampouco deixou de individualizar o objeto da ação. Tal objeto é muito claro. A ADPF volta-se contra o conjunto de decisões que expressa a interpretação da Justiça do Trabalho acerca dos limites e condições aplicáveis à terceirização. Essa interpretação encontra-se explicitada na Súmula 331 do TST e, ainda, em um amplo conjunto de julgados que a aplicam, muitas vezes, de forma conflitante e/ou

ADPF 324 / DF

imprevisível. Tais julgados foram anexados ao processo pela requerente.

15. A inicial indica, com muita clareza, as razões pelas quais, em seu entendimento, os aludidos acórdãos violam os princípios da legalidade, da livre iniciativa e da livre concorrência, além de não ensejarem previsibilidade mínima do direito ou tratamento isonômico entre os jurisdicionados.

16. É perfeitamente viável ajuizar uma ADPF contra entendimento ou interpretação jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal já enfrentou situação semelhante quando do julgamento da APDF 54, rel. Min. Marco Aurélio, em que se impugnava justamente entendimento no sentido da impossibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos, expresso em um conjunto amplo e difuso de decisões judiciais. Confira-se trecho do pertinente acórdão:

“FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. **Mostra-se inconstitucional a interpretação** de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. [...]” (ADPF 54, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe*, 12.04.2012, grifou-se).

17. Constata-se, portanto, que não há óbice a que se analise e declare a inconstitucionalidade de uma interpretação judicial conferida a normas infraconstitucionais, por meio de ADPF, razão pela qual deixo de acolher esta segunda preliminar.

III. LEGITIMIDADE ATIVA: REPRESENTATIVIDADE DA REQUERENTE E HOMOGENEIDADE DOS INTERESSES DE SEUS MEMBROS

18. Tampouco procede a alegação de que a ABAG não representaria uma categoria econômica específica por congregar pessoas jurídicas que desenvolvem atividades distintas. O Supremo Tribunal

ADPF 324 / DF

Federal já decidiu que o fato de uma associação reunir diversos segmentos componentes de um setor da atividade econômica não a descredencia para o ajuizamento de ação direta. Confira-se:

LEGITIMIDADE – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSOCIAÇÃO DE ÂMBITO NACIONAL – SEGMENTOS CONGREGADOS. **O fato de a associação requerente congrega diversos segmentos existentes no mercado não a descredencia para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade – evolução da jurisprudência.** ADIN. LEGITIMIDADE E PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Surge a pertinência temática, presente ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por associação, quando esta **congrega setor econômico que é alcançado, em termos de tributo, pela norma atacada.** [...]. (ADI 3.413, rel. Min. Marco Aurélio, DJe, 01.08.2011, grifou)

19. No caso acima, a Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos – ABIMAQ ajuizou ação com o propósito de impugnar a validade de benefício fiscal conferido exclusivamente em favor das fábricas produtoras de equipamentos esportivos situadas em determinado estado da federação. No entendimento da associação, tal benefício introduzia assimetria concorrencial desfavorável às indústrias de equipamentos esportivos situadas em todas as demais localidades da federação.

20. Veja-se que a ABIMAQ não era formada apenas por fabricantes de equipamentos esportivos. Ao contrário, era composta por fabricantes dos mais diversos tipos de máquinas, alguns dos quais sequer seriam atingidos pelo benefício fiscal em questão. No entanto, o STF entendeu que a associação era representativa dos interesses da indústria de equipamentos esportivos – ainda que representasse também outros segmentos da indústria de máquinas – e que, por consequência, estava legitimada a atacar norma que comprometia a livre concorrência no setor de produção de equipamentos esportivos.

ADPF 324 / DF

21. No presente caso, tal como ocorreu no caso acima, a ABAG é formada por pessoas jurídicas produtoras e/ou prestadoras de serviços que atuam em segmentos do agronegócio e/ou em sua cadeia econômica. De acordo com seu objeto social, compete a ela integrar todos os segmentos do agronegócio e *“aumentar a competitividade do sistema, tanto nacional quanto internacionalmente”*. Na presente ação, a ABAG argumenta justamente que a interpretação conferida pela Justiça do Trabalho ao instituto da terceirização impacta negativamente sobre a competitividade das empresas nacionais que atuam no setor. Assim, não há dúvida de que tem legitimidade para propor a ação.

22. Note-se, ademais, que **os interesses dos integrantes da ABAG são homogêneos no que respeita ao tema terceirização**; ao passo que a ABIMAQ, que teve sua legitimidade reconhecida pelo STF no caso antes narrado, representava fábricas de equipamentos esportivos *beneficiadas* pelo incentivo fiscal impugnado, fábricas de equipamentos esportivos *prejudicadas* por não terem sido contempladas pelo mesmo benefício e, ainda, fábricas que produziam máquinas não esportivas, para as quais o benefício *não tinha qualquer relevância*. Portanto, se o STF entendeu que a ABIMAQ tinha legitimidade no aludido precedente, não há fundamento para rejeitar a legitimidade da ABAG.

23. Além disso, é válido lembrar que a Confederação Nacional da Indústria – CNI, cuja legitimidade ativa já foi reconhecida em dezenas de ações diretas julgadas pelo Supremo – congrega em seus quadros sindicatos de categorias que desenvolvem atividades as mais díspares, tais quais: o Sindicato da Indústria de Brinquedos do Estado de São Paulo, o Sindicato da Indústria de Joalheria, Bijuteria e Lapidação de Gemas do Estado de São Paulo, o Sindicato da Indústria de Azeite e Óleos Alimentícios no Estado de São Paulo; o Sindicato da Indústria de Chapéus, Guarda-Chuvas e Bengalas do Município do Rio de Janeiro, o Sindicato da Indústria do Fumo do Município do Rio de Janeiro, o Sindicato da Indústria de Laticínios e Produtos Derivados do Estado do Rio de Janeiro, dentre muitos outros.

24. Por fim, é notório que o Supremo Tribunal Federal vem

ADPF 324 / DF

apresentando uma tendência a flexibilizar a jurisprudência defensiva desenvolvida na década de noventa acerca da legitimidade ativa para a propositura de ações diretas. Como é de conhecimento geral, nos primeiros anos de vigência da Carta de 88, temia-se que o tribunal viesse a enfrentar um grande volume de ações diretas de inconstitucionalidade, em virtude do aumento do rol de legitimados para a sua propositura (na Constituição anterior, tal legitimidade assistia ao Procurador Geral da República com exclusividade).

25. Esse tipo de preocupação encontra-se superado hoje, quando se tem conhecimento de que o percentual anualmente distribuído de ações diretas não ultrapassa 3% do total de processos recebidos pela Corte. Não subsistem, portanto, as apreensões que justificaram, em outra época, o estabelecimento de requisitos tão restritivos para a propositura de ação direta.

26. Por outro lado, o controle concentrado da constitucionalidade é a modalidade de controle apta a conferir o espectro mais amplo possível de efetividade à jurisdição constitucional, porque a decisão proferida pelo STF em uma única ação produz efeitos vinculantes e gerais não apenas para o Judiciário, mas também para a Administração Pública. Evita-se, com isso, o ajuizamento de múltiplos processos a respeito do mesmo tema e racionalizam-se os recursos do Judiciário.

27. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal tem avançado em sua jurisprudência sobre a legitimidade ativa em ações diretas. Nessa linha, como já demonstrado, reviu seu entendimento anterior, passando a reconhecer a atuação da ABIMAQ como associação representativa de um setor composto por vários segmentos (ADI 3.413, rel. Min. Marco Aurélio). Superou precedentes que não reconheciam legitimidade ativa às associações de associações (ADI 3.153 AgR, rel. Min. Celso de Mello). E, por fim, dispensou, recentemente, a necessidade de que uma confederação fosse composta por três federações como condição para que pudesse propor ação direta, tendo em conta a comprovação de que sindicatos localizados em múltiplos estados da federação a integravam (ADI 4.079, rel. Min. Luís Roberto Barroso).

ADPF 324 / DF

PROCESSO CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL PARA PROPOR ADI. **CRITÉRIO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA.** II. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INSTITUIÇÃO DE REGIME DE SUBSÍDIO. DIREITO DE OPÇÃO PELO REGIME ANTERIOR. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A **Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE demonstrou possuir representatividade adequada em âmbito nacional, circunstância que supera dúvidas suscitadas quanto ao número de federações que a integram.** Ademais, versando a impugnação sobre o regime do magistério, está igualmente presente a pertinência temática. (STF, DJe 5 mai. 2015, ADI 4.079, rel. Min. Luís Roberto Barroso. Grifou-se).

28. De fato, a partir do último julgado acima, o critério que passou a determinar o reconhecimento da legitimidade ativa das associações de classe e das confederações sindicais passou a ser o critério da “**representatividade adequada**”, segundo o qual deve-se abandonar um critério formalista de aferição de tal legitimidade e adotar um exame material, a fim de verificar se a associação reúne suficientes membros de uma categoria a ponto de que possa falar em nome desta.

29. Ora, não há dúvida de que a ABAG possui representatividade adequada para falar em nome a indústria do agronegócio, já que seu estatuto lhe atribui justamente tais poderes e que a associação reúne, em seus quadros, a título ilustrativo: *Adeco Agropecuária Brasil S/A* (produção de alimentos e energia renovável), *Agrocerees Nutrição Animal Ltda* (soluções em nutrição animal), *Associação dos Produtores de Soja do Brasil – Aprosoja Brasil* (produção rural ligada à cultura de soja), *Bartira Agropecuária S/A* (operação e investimento em ativos agropecuários), *Brasilagro Companhia Brasileira de Propriedades Agrícolas* (aquisição, desenvolvimento, exploração e comercialização de propriedades rurais com aptidão agropecuária).

ADPF 324 / DF

30. Por tais razões, reconheço a legitimidade da ABAG para figurar no polo ativo desta ação.

IV. ATENDIMENTO AO REQUISITO DE SUBSIDIARIEDADE

31. Entendo igualmente atendido o requisito da subsidiariedade por esta ADPF, a despeito do fato de estar pendente de julgamento o RE 713.211, da relatoria do Min. Luiz Fux, ao qual se reconheceu repercussão geral e que trata da possibilidade de contratação de serviços terceirizados relacionados às atividades fins das empresas.

32. De fato, à luz do Novo Código de Processo Civil, as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral passaram a produzir efeitos vinculantes para os demais órgãos judiciais. Entretanto, tais efeitos não alcançam a administração pública, diferentemente dos efeitos vinculantes e gerais produzidos no controle concentrado. Tampouco é possível ajuizar reclamação contra o descumprimento das teses firmadas em repercussão geral, *antes de exauridas as instâncias judiciais ordinárias*, ao passo que é possível ajuizar reclamação até mesmo contra ato administrativo que deixe de cumprir decisão proferida em controle concentrado da constitucionalidade.

33. No presente caso, essa última possibilidade é fundamental para assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais alegadamente violados. Não é suficiente estabelecer um entendimento sobre a matéria que seja cumprido pelo Judiciário como um todo. É necessário, ainda, vincular a própria Administração Pública, já que há notícia de autuações praticadas por Superintendências do Trabalho, vinculadas ao Ministério do Trabalho, contra a prática de terceirizações supostamente ilegais. Por tais razões, rejeito também esta preliminar.

V. INOCORRÊNCIA DE PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO

34. Por fim, parece-me que alguns esclarecimentos devem ser tecidos sobre a inoccorrência de perda do objeto da ação. Como narrado

ADPF 324 / DF

no relatório, após o requerimento de pauta para julgamento, foram promulgadas as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, autorizando a terceirização de forma ampla. Esse fato me levou a intimar a requerente para que se manifestasse sobre eventual perda do objeto.

35. A requerente esclareceu, contudo, que persiste o interesse no julgamento da ação, tendo em vista que: (i) o feito não se volta contra a ausência de norma sobre terceirização, mas contra o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho que decidem o tema em desacordo com os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica entre outros; (ii) as leis aprovadas não produzem efeitos retroativos, de modo que há um grande quantitativo de ações e de situações que não são alcançadas por suas normas; (iii) a despeito da aprovação das leis em questão, a Justiça do Trabalho manteve o padrão decisório anterior, que conduz à inviabilidade da terceirização; (iv) a Justiça do Trabalho vem entendendo que as novas normas não incidem sobre relações contratuais celebradas anteriormente à sua edição, nem mesmo sobre os efeitos atuais de relações pretéritas, de modo que os entendimentos judiciais objeto desta ação têm ultratividade, a despeito da aprovação das aludidas leis.

36. De fato, a Súmula 331 do TST, que consolida a jurisprudência sobre o assunto, não foi revogada pela Justiça do Trabalho nem mesmo após a edição das leis. Não bastasse isso, enunciados aprovados pela ANAMATRA, na Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, recomendam a não aplicação das novas normas, ao fundamento de que são inconstitucionais, por violarem a dignidade do trabalhador e o valor social do trabalho[2]. Não há dúvida, portanto, da utilidade em obter uma manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da compatibilidade entre o instituto da terceirização e a Constituição. Confira-se o teor de um dos enunciados em questão:

“O caput e parágrafo 1º do artigo 4º-A da Lei 6.019/1974 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços), são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, I, CRFB/88 e arts. 3º e

ADPF 324 / DF

9º, CLT), **pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho** (arts. 1º, IV; 5º, § 2º; 6º; 170 e 193, todos da CRFB/88 e Constituição da OIT). Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, **forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços.”[3]** (Grifou-se)

37. Além disso, ressalto, quanto ao ponto, que requeri a inclusão deste feito em pauta, para julgamento, em novembro de 2016, antes, portanto, da aprovação das aludidas leis, quando já estava plenamente instruído e quando meu voto sobre o assunto também já se encontrava pronto. Nessas circunstâncias, entendo que recursos substanciais já foram empregados nesta causa e que tais recursos não devem ser desperdiçados. Entendo, igualmente, que não devemos onerar a requerente ou os jurisdicionados pela eventual demora desta Corte na apreciação do tema. Havendo múltiplas ações em curso a respeito da matéria, a apreciação do mérito desta ADPF permite um uso mais racional do Judiciário, pois a tese aqui formada possibilitará a decisão de diversos feitos, quaisquer que sejam as fases em que se encontrem.

38. Por fim, há entendimento nesta Corte, no sentido da possibilidade de se julgar ADPF tendo por objeto norma revogada, quando estiverem presentes três condições cumulativas: (i) a produção de efeitos ultra-ativos persistentes e violadores da Constituição; (ii) a inexistência de outro meio apto a sanar a lesão com efeitos vinculantes e gerais; (iii) a imprescindibilidade dos efeitos vinculantes e gerais para a superação da inconstitucionalidade.

39. Foi o que restou decidido na ADPF 84, rel. Min. Sepúlveda Pertence, em que o Supremo Tribunal Federal admitiu arguição de descumprimento de preceito fundamental que tinha por base uma medida provisória rejeitada pelo Congresso. Após a Corte reafirmar que a ADPF tem por objeto a *proteção objetiva da ordem constitucional* e que, por consequência, não se presta a tutelar situações subjetivas resultantes de normas revogadas, entendeu que o caso específico enquadrava-se como controle objetivo, tendo em vista que a não regulamentação das relações

ADPF 324 / DF

que se constituíram durante a vigência da medida provisória por meio de decreto-legislativo implicava, na prática, na ultra-atividade dos seus preceitos, *produzindo efeitos persistentemente violadores da Constituição* (CF/1988, art. 62, §§ 3º e 11[4]).

40. O que se buscava na ADPF 84 é o mesmo que se busca na presente ação: a supressão de uma norma ali e de um entendimento aqui que, a despeito de sua superação pelo Legislador, continua a produzir efeitos. A analogia entre os casos é evidente. Assim, superadas as preliminares, passo ao exame do mérito da ação.

MÉRITO

I. A ALTERAÇÃO DA FORMA DE ESTRUTURAR A PRODUÇÃO NO SISTEMA CAPITALISTA E SUA RELAÇÃO COM O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO

41. Terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa – a empresa contratante – para outra empresa inserida em sua cadeia produtiva, denominada contratada ou prestadora do serviço. Para compreender a relevância da terceirização como instrumento de estruturação da produção e dimensionar os seus impactos no âmbito do direito do trabalho e do direito sindical, é preciso entender como se organizava a produção antes da introdução dessa prática.

42. Durante grande parte do século XX, a estruturação da produção seguiu os modelos taylorista e fordista. O *taylorismo* buscava o aumento da produtividade, através da divisão de atividades, da decomposição do trabalho em movimentos a serem executados dentro de um determinado tempo, da simplificação e padronização de tarefas, com o propósito de controlar e tornar mais rápido o trabalho desempenhado por cada trabalhador dentro da fábrica. O *fordismo*, inspirado no taylorismo, aprimorou a mecanização, a padronização das partes do produto ou das tarefas e a produção em massa, concebendo a linha de montagem, mecanismo por meio do qual uma esteira rolante passou a levar o trabalho atribuído a cada operário, segundo o ritmo ditado pela

ADPF 324 / DF

máquina[5].

43. Em ambos os modelos - fordismo e taylorismo - a empresa executava internamente todas as partes da sua cadeia de produção. A *integração vertical* era vista, então, como um mecanismo essencial para a coordenação do trabalho e para o controle do tempo e da qualidade com que eram fabricados os bens. Esse modo de produzir, de fato, gerou as grandes corporações, mas criou um sistema rígido e hierarquizado, com grandes estoques de mercadoria, altos custos fixos e baixa capacidade de adaptação a flutuações de oferta e demanda do mercado[6].

44. Esse foi o modo de produção responsável pelo desenvolvimento do direito do trabalho e dos sindicatos. A concentração dos trabalhadores em um mesmo local e a sua submissão às mesmas condições laborais e de vida favoreceram a construção de uma consciência de grupo, a criação de uma identidade como categoria e a sua união com o propósito de buscar melhores condições de trabalho e de remuneração[7].

45. Nas décadas de cinquenta e sessenta, um novo modelo de produção começa a ser desenvolvido na Toyota, designado *toyotismo* ou *ohnismo*. Por meio desse modelo, a indústria automobilística japonesa buscou fazer face à concorrência norte-americana no setor, baseando-se em uma organização do trabalho bastante *enxuta* e *flexível*. No toyotismo, cada equipe opera de forma *horizontalizada*, controlando seu próprio trabalho e procurando aperfeiçoar os produtos. Passa-se a exigir profissionais mais capacitados, aptos a atuar com maior autonomia, em tarefas diversificadas e imbuídos da missão de aprimorar a qualidade. Busca-se reduzir custos, estoques e mão de obra ao mínimo possível, mas de forma responsiva às demandas do mercado. Trata-se, por conseguinte, de um sistema produtivo novo, que submete todos os fatores nele envolvidos e, conseqüentemente, também o emprego, às flutuações da economia, como forma de assegurar maior capacidade de adaptação às empresas[8].

46. A contratação externa de partes da produção possibilita, em tal contexto, a expansão da capacidade produtiva da empresa, em

ADPF 324 / DF

tempos de aumento de demanda, e sua redução, em épocas de retração, sem que tenha que incorrer nos custos fixos decorrentes da manutenção da mão de obra ociosa. Tratamento semelhante é conferido ao dimensionamento dos estoques. Por essa razão, esse modo de produção é designado *regime de acumulação flexível do capital*. Porque se baseia em um sistema de contratações flexíveis por meio das quais a empresa se adequa às condições de mercado[9].

47. Mas não é só. A terceirização de partes da cadeia produtiva permite, ainda, que a empresa concentre os seus esforços naquelas atividades que constituem o seu diferencial, a sua vantagem competitiva, e que entregue a terceiros as atividades em que estes poderão ter melhor desempenho, em benefício do negócio da própria tomadora do serviço. Essa estratégia pode ser adotada tanto para a execução de atividades-meio quanto para a execução de partes da atividade-fim, se a empresa acreditar que tais partes serão executadas com maior eficiência externamente[10].

48. A esse ponto se voltará mais adiante. De todo modo, na década de setenta, o capitalismo entra em crise no mundo ocidental. A necessidade de responder a tal circunstância provoca uma busca por estratégias de produção flexíveis. Nesse contexto, os avanços em tecnologia da informação, transporte e logística, que possibilitam a conexão de agentes situados em locais distintos, e possivelmente a influência do toyotismo, dentre outros modos de produção flexível[11], conduzem à consolidação de um novo modelo, por meio do qual *as empresas optam por manter sob a sua condução apenas o núcleo de sua atividade-fim e terceirizam não apenas as suas atividades-meio, mas igualmente parte das atividades-fim*[12]. Passam, portanto, a atuar *por meio de uma cadeia produtiva organizada em rede*. Deixa de ser necessário situar no mesmo local toda a cadeia produtiva, cuja sincronicidade e qualidade são controladas remotamente com o uso de recursos tecnológicos.

49. Assim, as montadoras deixam de produzir pneus e passam a adquiri-los, contratando sua produção segundo suas próprias diretrizes, com empresas terceirizadas, que desenvolvem a especialização e o *know*

ADPF 324 / DF

how nesta etapa específica[13]. Blocos de concreto e materiais de construção deixam de ser confeccionados pelas construtoras, que passam a focar na qualidade e velocidade de entrega de seus produtos, e terceirizam a produção dos blocos[14]. Incorporadoras imobiliárias focam no desenvolvimento de ativos diferenciados, oferecem, exemplificativamente, apartamentos em condomínios, com uma ampla gama de serviços, segurança, áreas comuns e de lazer, nas quais se instalam clubes, academias, restaurantes, empresas de exploração de estacionamento, terceirizando a construção dos prédios e a exploração dos diversos serviços. A qualidade dos pneus, dos blocos de concreto e da construção dos prédios é essencial para o sucesso do empreendimento das montadoras, das construtoras e das incorporadoras imobiliárias. Talvez constituam parte da sua atividade-fim. Podem ou não integrar o diferencial do negócio. A opção por terceirizar tais etapas constituirá uma estratégia negocial.

50. Portanto, as empresas passam a desenvolver as diversas etapas de sua produção por meio dos agentes e nos lugares em que alcançam melhor performance. Os trabalhadores das diversas etapas de uma cadeia produtiva deixam de se encontrar em um lugar comum, onde o trabalho é executado. Passam a trabalhar em lugares diferentes e sob condições diversas. Deixam de existir, portanto, aquelas condições, intrínsecas ao modo fordista de produção, que foram responsáveis pela criação e fortalecimento do direito do trabalho e dos sindicatos.

51. Os empregos migram para regiões em que a mão de obra é mais barata ou mais qualificada, conforme a necessidade do serviço. A migração das etapas da produção, por sua vez, pode ocorrer dentro do próprio país ou no âmbito internacional. Enquanto se discute, no Brasil, a liberação da terceirização no mercado interno, grande parte das declarações de imposto de renda dos cidadãos norte-americanos, serviços de *call center*, de tecnologia da informação, de engenharia e de arquitetura são contratados com escritórios indianos; e parques industriais inteiros são deslocados para a China[15].

52. Em um mundo globalizado e cada vez mais integrado

ADPF 324 / DF

tecnologicamente, os países que resistem a tal lógica de estruturação da produção e que rejeitam a terceirização encontram-se em indiscutível desvantagem competitiva. A terceirização tornou-se um fenômeno global. Embora sua regulamentação não seja homogênea e guarde particularidades conforme o ordenamento jurídico em exame, foi adotada por um conjunto amplíssimo de países, e é um fato irreversível, tanto quanto a própria globalização da economia[16]. É amplamente praticada nos Estados Unidos[17]; na Alemanha[18]; na Áustria[19], nos países escandinavos[20], na Espanha[21]; no Uruguai[22]; e, com limitações, na França[23], no Reino Unido[24] na Itália[25], no Chile, na Argentina, no México, na Colômbia, no Peru e em diversos outros países, inclusive da América Latina[26]-[27].

53. É nesse contexto que se coloca a discussão sobre a terceirização no Brasil e particularmente nesta ação. A terceirização é muito mais do que uma forma de reduzir custos trabalhistas por meio de uma suposta precarização do trabalho, tal como alegado pelos que a ela se opõem. Pode, em verdade, constituir uma estratégia sofisticada e, eventualmente, imprescindível para aumentar a eficiência econômica, promover a competitividade das empresas brasileiras e, portanto, manter e ampliar postos de trabalho.

II. A TERCEIRIZAÇÃO NÃO IMPLICA NECESSARIAMENTE REDUÇÃO DO CUSTO DA MÃO DE OBRA

54. A decisão sobre terceirizar ou não um serviço pode se basear em motivações e objetivos muito diferentes, dentre os quais se destacam:

i) A redução do custo da mão de obra: através da contratação de funcionários a valores mais baixos ou através da terceirização e da contratação conjunta de mão de obra, de serviço e de equipamento, reduzindo-se seu custo unitário.

ADPF 324 / DF

ii) A transferência à terceirizada de atividades rotineiras que não integram a atividade-fim da empresa: como serviço de limpeza, de copa, de vigilância e de motorista.

iii) O aumento da qualidade ou a redução do tempo de produção: quanto a serviços que integram a cadeia produtiva, mas que não constituem o diferencial competitivo da empresa e que outras empresas produzem com maior qualidade ou mais rapidamente.

iv) A necessidade de responder à flutuação da demanda: por meio da contratação de serviços terceirizados temporários, que são uma forma de ampliar a capacidade produtiva da empresa, sem a assunção de custos fixos por prazo indeterminado.

v) O acesso ao conhecimento, a novas tecnologias e à mão de obra qualificada: as tecnologias da informação (TI) tornam-se obsoletas rapidamente e demandam pessoal qualificado e escasso para a sua operação. A terceirização da atividade é uma forma de ter acesso a um conhecimento altamente sofisticado, a equipamentos de última geração e de beneficiar-se do *know how* e do diferencial construído por empresas especializadas. Esses ativos podem aumentar a produtividade da empresa.

vi) O acesso a novos equipamentos, que dependem de mão de obra com expertise na sua operação: é o que ocorre no caso da produção de cana-de-açúcar e de grãos, que demandam equipamentos específicos capazes de aumentar a produtividade e empregados experientes na operação de tratores, de colhedoras e na aplicação de agrotóxicos.

vii) O desenvolvimento de atividades com alto grau de particularidade: atividades que demandam conhecimento específico, como contabilidade e consultoria jurídica, podem ser prestadas de forma mais eficiente por meio da terceirização, através de empresas que

ADPF 324 / DF

ofereçam carreiras estruturadas e que sejam capazes de atrair e de capacitar recursos humanos.

vii) O desenvolvimento de alianças estratégicas de longo prazo: com empresas parceiras que se insiram de forma eficiente na cadeia produtiva da tomadora de serviços e que possam auxiliá-la na geração de novas oportunidades de negócios.

viii) Liberação dos recursos humanos e materiais da empresa para concentrarem-se sobre o que ela produz melhor e que lhe garante um diferencial e uma vantagem de mercado perante seus competidores.

55. Consta-se, pela listagem não exaustiva produzida acima, que a redução de custo é apenas um elemento que pode motivar a terceirização. Ao contrário, a terceirização voltada para a contratação de serviços de tecnologia da informação, de mão de obra altamente qualificada e de equipamentos sofisticados pode ensejar aumento de custo. Entretanto, tais contratações geralmente ampliam a produtividade da empresa, racionalizam seus processos e rotinas e geram maior retorno para o negócio. Assim, **a terceirização não deve ser associada necessariamente à redução de custo[28]**.

III. A TERCEIRIZAÇÃO NÃO IMPLICA NECESSARIAMENTE A PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

1. Quanto à alegação de descumprimento das obrigações trabalhistas

56. Tampouco se deve associar a terceirização à precarização da relação de emprego. Tal imputação baseia-se na alegação de que não é incomum que empresas terceirizadas descumpram obrigações trabalhistas e previdenciárias e/ou que não disponham de patrimônio suficiente para arcar com tais passivos, quando acionadas. Não é razoável, contudo, vedar a terceirização porque algumas empresas agem

ADPF 324 / DF

de forma abusiva. Trata-se de problema que pode ser contornado, quer com a exigência de capital social integralizado e de condições econômicas adequadas para a contratação da terceirização, quer pelo estabelecimento da obrigação de fiscalização pela contratante, ou pela responsabilidade desta última em caso de descumprimento de tais obrigações.

2. Quanto à submissão dos terceirizados a condições de trabalho adversas para sua saúde e segurança

57. Afirma-se, igualmente, que a precarização da relação de emprego decorre da submissão dos trabalhadores terceirizados a condições insalubres, do não oferecimento de treinamento adequado ou das mesmas condições e equipamentos de segurança oferecidos pela contratante a seus empregados diretos. Todavia, também esse aspecto pode ser solucionado: *i)* obrigando-se a contratante a conferir tratamento semelhante a seus empregados e aos empregados terceirizados, no que respeita a treinamento, a normas de segurança e de saúde do trabalho, quando desenvolver a mesma atividade terceirizada internamente; e *ii)* tornando a contratante responsável subsidiária por indenizações decorrentes do descumprimento de normas trabalhistas e previdenciárias.

3. Quanto ao oferecimento de salários e benefícios inferiores

58. De acordo com arrazoado apresentado pela CUT, pela Força Sindical, pela Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil e pela Nova Central Sindical dos Trabalhadores, as empresas terceirizadas oferecem remuneração média 24,7% inferior àquela percebida pelos empregados contratados diretamente. Entretanto, nota técnica produzida pelo IPEA, a partir de dados disponibilizados pela Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), pertinentes ao período de 2007 a 2012, indica que a diferença média na remuneração entre trabalhadores terceirizados e não terceirizados é de 17%, bem inferior,

ADPF 324 / DF

portanto, à diferença de 24,7% antes mencionada.

59. Ainda de acordo com o IPEA, essa diferença cai para 12%, quando se levam em conta as características observáveis desses empregados que podem impactar sobre o valor da remuneração – como gênero e escolaridade. Ademais, quando se analisa a variação salarial de um mesmo indivíduo que tenha se movimentado de um tipo de contratação para outra (o que permite suprimir o impacto de características não observáveis sobre a remuneração), constata-se que a diferença média na remuneração de um mesmo indivíduo que muda de tipo de vínculo de emprego é inferior a 3%. Curiosamente, a nota técnica do IPEA impugna as conclusões do mesmo estudo em que os *amici curiae* se basearam, ponderando:

[...] utilizando uma abordagem mais cuidadosa e sofisticada, o quadro que emerge do processo de terceirização de atividades produtivas não é exatamente o mesmo que **análises menos rigorosas** pretendem mostrar. A extensão da terceirização é provavelmente bem menor do que tais análises apregoam e, por outro lado, nossos resultados confirmam a **existência de um diferencial salarial em desfavor dos terceirizados, mas sua magnitude é aproximadamente oito vezes menor que o estimado naquelas análises.**

.....
Os resultados indicam que, em uma comparação não condicional, os trabalhadores terceirizados recebem em média um salário 17% menor do que no caso em que a contratação é direta. O diferencial diminuiu quando controlado pelas características observáveis dos trabalhadores, e diminuiu mais ainda para **cerca de 3%** quando controlado pelo efeito fixo dos indivíduos. Ou seja, **os resultados indicam que as características não observáveis exercem um papel relevante na seleção e na determinação da remuneração dos terceirizados.**
(Grifou-se)

60. O IPEA questiona, ainda, no referido trabalho, a relação de

ADPF 324 / DF

causa e efeito entre terceirização, precarização do trabalho e pagamento de salários substancialmente menores, e sugere que o Brasil estaria passando por uma importante transformação, em que a terceirização estaria deixando de ser uma estratégia empresarial para reduzir custos trabalhistas e estaria passando a se tornar “*um elemento de um novo sistema de produção competitivo*”. Nas palavras do IPEA, tal conclusão, se confirmada, deveria ensejar a recomendação de que: “*nossas instituições trabalhistas (Justiça do Trabalho, sindicatos e formuladores de políticas públicas) percebam o significado das transformações e passem a promover em vez de combater a terceirização*”[29].

61. Os *amici curiae* alegam, ainda, que a terceirização constituiria uma estratégia para “driblar” a obrigatoriedade do tomador de serviço de conferir remuneração e tratamento isonômico a empregados que trabalhem na mesma função, através da subcontratação de parte de tais trabalhadores por meio de empresa interposta.

62. De fato, é importante ter em conta que o tratamento isonômico tem de ser aferido *por empregador*, já que tanto a tomadora de serviços quanto a empresa terceirizada são titulares de possibilidades econômicas distintas e devem estruturar sua produção com autonomia. Não se pode, portanto, compelir a contratada a pagar remuneração nos mesmos padrões da contratante. De todo modo, é válido frisar que a nota técnica do IPEA já referida indica que, entre 2007 e 2012, cerca de 8% dos trabalhadores que eram terceirizados em um dado ano assumiram uma condição de contratação direta no ano seguinte e que, por outro lado, apenas pouco mais de 2,4% dos contratados diretamente tornaram-se terceirizados no ano subsequente[30].

63. Tais números reforçam a ideia de que a opção entre contratação direta e terceirização não se dá apenas com base nos respectivos custos e apresenta relação complexa que envolve outros fatores econômicos. Com base nesses indícios, o IPEA concluiu que os resultados obtidos pelo estudo “**não confirmam o argumento da precarização**”.

ADPF 324 / DF

4. *Quanto à alegação de alta rotatividade no emprego e de sobrecarga dos sistemas de previdência e assistência social*

64. Afirma-se, ainda, que as empresas contratadas por meio de terceirização são responsáveis por instabilidade e alta rotatividade de empregos, sobrecarregando a previdência e a assistência social. Todavia, as flutuações de emprego decorrem de variações de mercado, da economia e da produção. Tais empresas, como regra, empregam por prazo indeterminado e se sujeitam a encargos trabalhistas e previdenciários, inclusive em caso de rescisão do contrato de trabalho. Além disso, quando há redução de demanda por mão de obra em um setor específico, a empresa contratada poderá eventualmente alocar a mão de obra em outro setor, possibilidade mais remota na contratação direta, em que a redução da produção possivelmente acarretará a dispensa do trabalhador. De todo modo e como já mencionado, deve-se atribuir à contratante a responsabilidade por fiscalizar os recolhimentos trabalhistas e previdenciários da empresa terceirizada.

65. Nota-se, portanto, com base nas considerações acima, que **o que precariza a relação de emprego não é a terceirização, mas seu exercício abusivo**. A solução não está, portanto, em vedá-la, mas em definir um regime jurídico que evite abusos. Esse regime decorre da própria Constituição, como se verá adiante.

IV. NÃO É A TERCEIRIZAÇÃO QUE COMPROMETE A ADEQUADA REPRESENTAÇÃO SINDICAL, MAS SIM A NÃO IMPLEMENTAÇÃO DA PLENA LIBERDADE SINDICAL

70. Alega-se, por fim, que a terceirização compromete a defesa coletiva dos interesses do trabalhador e a sua adequada representação sindical, favorecendo, também por essa via, uma maior exploração do empregado. O fato de os empregados de uma cadeia produtiva não se encontrarem mais no mesmo lugar e não se submeterem às mesmas condições de trabalho prejudicaria a sua identificação a uma categoria, bem como a sua capacidade de mobilização e de união na busca de

ADPF 324 / DF

melhores condições de vida[31].

71. De fato, o sindicato surgiu como resposta a um “modo de ser” do próprio sistema produtivo fordista, que se caracterizava pela fábrica concentrada. Entretanto, disso não pode resultar na impossibilidade de alteração da realidade regulada. Não é porque o direito do trabalho foi gerado ou funciona melhor para empregados que produzam concentradamente em um mesmo local que se vedará a possibilidade de desconcentração da produção, se esta for uma medida salutar para o gerenciamento do negócio e essencial para a competitividade em um mundo globalizado. Cabe ao direito do trabalho e ao direito sindical buscar novos mecanismos de proteção e de representação nesse novo contexto e não o inverso: impedir o avanço para que os sistemas trabalhista e sindical possam permanecer inertes.

72. Pondera-se, ainda, que, no Brasil, predominam os sindicatos por categoria profissional, que se definem, portanto, em função do negócio do empregador. Assim, se a advogada e a secretária são contratadas por um banco, serão representadas pelo sindicato dos bancários. Se o porteiro presta serviços a uma metalúrgica, em princípio, será representado pelo sindicato dos metalúrgicos[32]. Ocorre que, no caso da terceirização, embora o terceirizado preste serviços para o tomador e/ou eventualmente na sede do tomador, seu vínculo de emprego se estabelece com a empresa terceirizada, que desempenha atividade econômica diversa. Assim, o terceirizado teria sua representação sindical fragilizada, porque não integraria o sindicato composto pelos empregados contratados diretamente pela tomadora, com os quais compartilha condições de trabalho idênticas, tampouco se beneficiaria com os resultados das suas negociações coletivas. Ao contrário, se vincularia ao sindicato dos prestadores de serviços terceirizados, que reúne trabalhadores sujeitos a condições muito heterogêneas, com os quais os terceirizados podem ter muito pouco em comum.

73. A ponderação deve ser recebida com reservas. A depender da forma pela qual é empregada a mão de obra terceirizada, é possível

ADPF 324 / DF

que efetivamente o trabalhador tenha mais condições e circunstâncias em comum com outros trabalhadores de empresas terceirizadas, que prestam serviços eventuais ou temporários a diversos tomadores de serviço, do que com os empregados da empresa tomadora de serviços. Por exemplo, trabalhadores terceirizados de forma contínua no setor de metalurgia talvez estivessem melhor representados pelo sindicato dos metalúrgicos, ao passo que temporários, prestadores de serviços de copa e de limpeza terceirizados talvez devessem integrar sindicatos próprios de empregados terceirizados.

74. De todo modo, deve-se notar que não é propriamente a terceirização que prejudica a representatividade sindical no Brasil e sim a não adoção de um regime de plena liberdade de filiação, que permita ao trabalhador se vincular ao sindicato que entenda ser o mais representativo da categoria. A representatividade dos sindicatos foi comprometida no Brasil, entre outras razões, pelo estabelecimento do financiamento compulsório que vigorou por muitos anos (CF/1988, art. 8º, IV), por meio do recolhimento de contribuição sindical compulsória dos empregados. O instituto foi superado apenas recentemente, por meio da aprovação da Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), que submeteu o recolhimento da contribuição à prévia autorização dos empregados[33]. Apesar deste importante avanço, a plena liberdade sindical continua comprometida pela adoção constitucional do sistema da unicidade sindical (CF/1988, art. 8º, II), por meio do qual se impõe aos trabalhadores o sindicato único por categoria na mesma base territorial.

75. Nota-se, assim, que **a terceirização não fragiliza necessariamente a representatividade sindical. Tal representatividade é comprometida, em verdade, pela obsolescência do regime jurídico sindical atualmente em vigor.** É imprescindível que se promova uma reforma sindical que efetivamente implemente um sistema de liberdade sindical no país e que, possibilite, inclusive, o Brasil subscreva a Convenção 87 da OIT, de 1948, à qual, até o presente momento, não pode aderir.

ADPF 324 / DF

V. A CORRENTE VEDAÇÃO JURISPRUDENCIAL À TERCEIRIZAÇÃO NÃO SE COMPATIBILIZA COM OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA, DA LIVRE CONCORRÊNCIA, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA

76. De modo geral, os entendimentos restritivos à prática da terceirização baseiam-se na alegação de que os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho definiram a relação de emprego como uma *relação bilateral*, estabelecida entre o empregado, que entrega a sua força de trabalho, e o empregador, que se beneficia economicamente de tal força de trabalho. Ocorre que, segundo tais entendimentos, a terceirização constituiria uma *relação triangular* por meio da qual o benefício econômico decorrente da exploração da força de trabalho do empregado seria apropriado pelo tomador de serviços, ao passo que o vínculo formal de emprego se estabeleceria com a empresa terceirizada. Por meio desse artifício, alega-se, os tomadores de serviço procurariam escapar de todo um conjunto normativo adequado à tutela da relação de trabalho bilateral, travada entre quem presta o serviço e quem se beneficia economicamente do serviço prestado, reduzindo-se direitos[34]. Confira-se o teor dos dispositivos antes mencionados:

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

.....
Art. 3º - **Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. [...]. (Grifou-se)**

77. Com base em tais fundamentos, alguns *amici curiae* afirmam que a CLT rejeita a relação triangular decorrente da terceirização e que, por isso, haveria necessidade de lei expressa autorizando essa prática. Afirma-se, ainda, que, quando o legislador quis autorizar a terceirização, ele a previu expressamente. Esse seria o caso: *i*) da terceirização, pelo Poder Público, de atividades meramente executivas e

ADPF 324 / DF

operacionais (de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e assemelhadas), autorizada pelo art. 10 do Decreto-lei 200/1967 c/c art. 3º, par. único, da Lei 5.645/1970; *ii*) da contratação de trabalho temporário, prevista na Lei 6.019/1974; e *iii*) da terceirização de serviços de vigilância, prevista nas Leis 7.102/1983 e 8863/1994). Esse também seria o caso, por aplicação analógica de tais normas, da contratação terceirizada de outras atividades-meio, tal como prevista na Súmula 331 do TST. *A contrario sensu*, a terceirização estaria vedada nas demais hipóteses em que não foi expressamente autorizada ou que não permitem uma aplicação analógica das autorizações já existentes.

78. O argumento não impressiona. Não há na terceirização uma relação triangular, tal como afirmado. Há, de fato, duas relações bilaterais: *i*) a primeira, de natureza civil, consubstanciada em um contrato de prestação de serviços, celebrado entre a contratante e a empresa terceirizada, denominada contratada; *ii*) a segunda, de natureza trabalhista, caracterizada por uma relação de emprego, entre a contratada e o empregado. Assim, há, na última contratação, típica relação trabalhista bilateral, plenamente adequada à incidência do direito do trabalho. Nota-se, portanto, que as decisões restritivas da Justiça do Trabalho em matéria de terceirização não têm respaldo legal.

79. Ocorre justamente que a Constituição consagra a livre iniciativa e a livre concorrência como valores fundantes da ordem econômica (CF/1988, art. 1º c/c art. 170, caput e inc. IV). De acordo com tais princípios, compete aos particulares a decisão sobre o objeto de suas empresas, sobre a forma de estruturá-las e sobre a estratégia para torná-las mais competitivas, desde que obviamente não se violem direitos de terceiros. Deve-se ter em conta, ademais, que, de acordo com o princípio geral da legalidade, ao particular é autorizado tudo aquilo que não lhe for expressamente vedado por lei (CF/1988, art. 5º, II). Portanto, **se não há norma vedando a terceirização, esta não pode ser banida como estratégia negocial, e a opção por ela é legitimamente exercida pelo empresário e tutelada pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência**[35].

ADPF 324 / DF

80. A jurisprudência colacionada pela requerente dá conta, ademais, de que a interpretação conferida pela Justiça do Trabalho a seus precedentes em matéria de terceirização – em especial à Súmula 331 do TST[36] – não foi capaz de criar uma situação de segurança jurídica acerca das hipóteses em que a terceirização é lícita. De fato, as decisões em questão, tomadas a partir de interpretações de conceitos jurídicos indeterminados como “atividade-fim”, “atividade-meio” e “atividades essenciais” ao negócio, têm ensejado decisões surpreendentes, acerca da incidência dessas categorias, e conflitantes com outras decisões proferidas em casos semelhantes, disso resultando um tratamento anti-isonômico entre jurisdicionados em situação idêntica[37]. Tal estado de coisas indica que a Súmula 331 do TST, como síntese da jurisprudência trabalhista na matéria, não tem desempenhado as funções essenciais atribuídas aos precedentes judiciais, que consistem justamente em promover a *segurança jurídica*, o *tratamento isonômico* entre os jurisdicionados e em *reduzir a litigiosidade*. Trata-se, portanto, de hipótese clássica justificadora da superação de precedente, de acordo com a doutrina sobre o tema[38].

81. Ante o exposto, reconheço que o entendimento emergente do conjunto de decisões da Justiça do Trabalho questionado por meio desta ação viola os preceitos fundamentais da legalidade, da livre iniciativa, da livre concorrência, bem como a segurança jurídica. Concluo, por conseguinte, que a terceirização de partes da cadeia produtiva de uma empresa é possível, quer se trate de atividade-meio, quer se trate de atividade essencial para o negócio ou de atividade-fim.

82. Veja-se, ademais, que, se o problema relacionado à terceirização, como alegado, fosse efetivamente o risco de precarização, esse risco existiria para ambas as atividades (meio ou fim), de modo que não há qualquer racionalidade na diferenciação entre os dois tipos de atividade com o propósito de limitar a possibilidade da terceirização.

83. Além disso, como já demonstrado, determinada tarefa pode constituir parte da atividade-fim da empresa (por exemplo, a construção de prédios em caso de incorporação imobiliária) ou atividade

ADPF 324 / DF

relevante para o êxito do negócio (como o serviço de limpeza em hospitais) e mesmo assim não constituir o seu diferencial de mercado. Não há justificativa para vedar a terceirização dessa atividade, se a tomadora quiser exercer essa opção estratégica e se responsabilizar por ela.

VI. LIMITES CONSTITUCIONAIS À TERCEIRIZAÇÃO

84. Afirmar a licitude da terceirização como estratégia negocial, tanto no que respeita à atividade-meio, quanto no que respeita à atividade-fim, não implica, contudo, afirmar que a terceirização pode ser praticada sem quaisquer limites. A prática tem demonstrado – e a situação está muito bem retratada nos arrazoados dos *amici curiae* que se opõem à procedência desta ação – que algumas empresas contratadas deixam efetivamente de cumprir obrigações trabalhistas e previdenciárias e que, quando acionadas, constata-se que tais empresas não dispõem de patrimônio para honrar as obrigações descumpridas. Ora, se normas trabalhistas e previdenciárias elementares são descumpridas por algumas contratadas, é de se supor que o mesmo ocorra com normas relativas à segurança e saúde do trabalho.

85. Pois bem. Como já observado, a atuação desvirtuada de algumas terceirizadas não deve ensejar o banimento do instituto da terceirização. Entretanto, a tentativa de utilizá-lo abusivamente, como mecanismo de burla de direitos assegurados aos trabalhadores, tem de ser coibida. Essa é a condição e o limite para que se possa efetivar qualquer contratação terceirizada. **Os ganhos de eficiência proporcionados pela terceirização não podem decorrer do descumprimento de direitos ou da violação à dignidade do trabalhador.** A contratante – sabedora da existência desse tipo de empresa – deve tomar todas as medidas necessárias a assegurar o respeito à integralidade dos direitos e dos deveres trabalhistas, previdenciários e de saúde e segurança no trabalho, que decorrem da relação de emprego entre a empresa terceirizada e seu empregado.

ADPF 324 / DF

86. Nessa linha, cabe à contratante: (i) certificar-se da idoneidade e da capacidade econômica da empresa terceirizada para honrar o contrato; (ii) especificar a atividade objeto do contrato de prestação de serviço; (iii) assegurar condições de segurança e salubridade sempre que o trabalho for realizado nas suas dependências; (iv) **assumir a responsabilidade subsidiária caso a empresa terceirizada deixe de honrar quaisquer dessas obrigações** (desde que tenha participado na relação processual em que ocorrer a condenação e que conste do título judicial), tal como já ocorre hoje, em razão do que prevê a Súmula 331 do TST.

87. De fato, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, na terceirização, constitui corolário mínimo dos direitos assegurados pela Constituição aos trabalhadores e da vedação a que a exploração da atividade econômica ocorra às custas da dignidade do trabalhador. Tais exigências podem ser inferidas do artigo 7º da Constituição, que constitucionalizou um conjunto amplíssimo de normas trabalhistas e assegurou o direito de acesso dos trabalhadores à previdência social, bem como a medidas de saúde, segurança do trabalho e prevenção de acidentes. Celebrar contratos de terceirização, a baixo custo, com empresas terceirizadas, não fiscalizá-las, apropriar-se de parte das vantagens econômicas auferidas com a violação de tais normas e pretender eximir-se de qualquer consequência decorrente de tal estado de coisas é ilegítimo. Quem terceiriza auferes as vantagens e, portanto, também deve assumir os riscos da terceirização, que não podem ser suportados apenas pelos empregados e pelo Poder Público, em sua vertente de previdência e assistência social.

88. Note-se, ademais, que, de acordo com trabalho anexado pela Confederação Nacional da Indústria, em torno de 75% das empresas que contratam serviços terceirizados fiscalizam o cumprimento, pela terceirizada, de encargos trabalhistas, previdenciários e de normas de saúde e segurança no trabalho, de modo que a exigência apenas estende boas práticas já adotadas pela maioria das contratantes de terceirizações. Confira-se:

ADPF 324 / DF

“A grande maioria das empresas observa se a empresa contratada cumpre com encargos trabalhistas (FGTS, INSS e outros) e as normas de saúde e segurança do trabalho. Essa verificação é realizada por, respectivamente, 75,2% e 74,5% das empresas das indústrias de construção, transformação e extrativa.

60,8% das empresas do total da indústria proporcionam aos trabalhadores terceirizados o mesmo tratamento dado aos trabalhadores da sua empresa, enquanto 38,6% estimulam a empresa contratada a capacitar os terceirizados.

Considerando as grandes empresas do total da indústria (extrativa, transformação e construção), 83,4% verificam se a empresa contratada cumpre com encargos trabalhistas e 83,0% observam se a empresa contratada cumpre as normas de saúde e segurança do trabalho, respectivamente. Considerando somente as pequenas, esses percentuais são 62,2% e 63%, respectivamente.

Considerando somente a indústria de construção, a preocupação é ligeiramente maior com as normas de saúde e segurança do trabalho, que é assinalado por 77,5%. Já o percentual de empresas da indústria da construção que verifica se a empresa contratada cumpre com os encargos trabalhistas é de praticamente três quartos das empresas: 74,9%.”

89. Veja-se que nada há de surpreendente ou de fortemente inovador nas obrigações propostas. Embora já demonstrado no início deste voto que a terceirização constitui uma estratégia adotada no mundo inteiro, pode-se afirmar igualmente que a quase totalidade dos países a cujas normas se obteve acesso atribui à empresa contratante responsabilidade solidária ou subsidiária pelo cumprimento de obrigações trabalhistas e que parte considerável de tais países também o faz quanto à seguridade social.

90. Assim, na Alemanha, o tomador dos serviços tem

ADPF 324 / DF

responsabilidade solidária pelo pagamento de salários mínimos e de contribuições para o fundo de garantia[39]; na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores prevê a responsabilidade solidária da tomadora de serviços quanto a obrigações salariais e relativas à seguridade social[40]; na Holanda, o regime é de responsabilidade solidária quanto a verbas trabalhistas e contribuições da seguridade social[41]; na França, a responsabilidade solidária da empresa usuária é a regra, excepcionadas em algumas hipóteses específicas[42]; no Uruguai[43] e no Chile[44], a responsabilidade do tomador é solidária, salvo se fiscalizar efetivamente o cumprimento de obrigações trabalhistas e de seguridade social, hipótese em que a responsabilidade será subsidiária[45]; na Argentina, a responsabilidade é solidária, mas também há menção na literatura ao fato de que a fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas pela tomadora pode tornar subsidiária a sua responsabilidade[46]; no México, na Colômbia e no Peru, a responsabilidade é solidária[47]. No Brasil, se tem reconhecido a responsabilidade subsidiária da contratante por encargos trabalhistas, com base na Súmula 331 do TST, e a responsabilidade previdenciária nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/1993.

91. Não bastasse o exposto, é de se notar que a Lei 6.019/1974, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), editada após a elaboração deste voto e a inclusão do processo em pauta para julgamento, contempla medidas muito semelhantes àquelas previstas acima com o propósito de proteger os direitos dos trabalhadores terceirizados, ratificando a solução que se extrai, aqui, da própria Constituição. Confira-se:

i) *Quanto à capacidade econômica da empresa terceirizada*: a norma exige a comprovação de tal capacidade (art. 4º-A) e de sua compatibilidade com o número de empregados (art. 4º, III)[48].

ii) *Quanto a normas de saúde, segurança e prevenção de acidentes*: a lei determina que os trabalhadores que prestarem serviços nas dependências

ADPF 324 / DF

da contratante terão direito à alimentação oferecida aos seus empregados, a serviço de transporte, atendimento médico e, treinamento adequado, quando couber (art. 4º-C)[49]. Prevê, ainda, que compete à contratante garantir condições de segurança, higiene e salubridade aos trabalhadores que prestem serviços nas suas dependências ou em local previamente convencionado em contrato (art. 5º-A, §3º)[50].

iii) *Quanto à responsabilidade da contratante no que respeita a encargos trabalhistas e previdenciários*: A norma prevê a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços à contratante (art. 5º-A, §5º)[51], bem como a responsabilidade por contribuições previdenciárias nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/1991[52].

92. De fato, embora não haja óbice constitucional à terceirização, diante do quadro traçado inclusive nos memoriais ofertados pelos *amici curiae*, não seria compatível com a Constituição simplesmente reconhecer a sua validade sem estabelecer mecanismos de proteção a direitos cuja obrigatoriedade deriva da própria Carta e com os quais esse tipo de contratação precisa se harmonizar.

CONCLUSÃO

93. Diante do exposto, tendo em conta, de um lado, o princípio da livre iniciativa (art. 170) e da livre concorrência (art. 170, IV), que autorizam a terceirização, e, do outro lado, a dignidade humana do trabalhador (art. 1º), os direitos trabalhistas assegurados pela Constituição (i.e. art. 7º), o direito de acesso do trabalhador à previdência social, à proteção à saúde e à segurança no trabalho, julgo procedente o pedido e firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e

ADPF 324 / DF

ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993". Esclareço, ainda, que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.

É como voto.

Notas:

[1] De acordo com o estatuto social da ABAG, esta tem por finalidade: **"integrar todos os segmentos do agronegócio brasileiro, com os objetivos de: i) atuar no campo político sugerindo medidas que venham otimizar e aumentar a competitividade do sistema, tanto nacional quanto internacionalmente; ii) atuar no campo técnico, desenvolvendo estudos técnicos que permitam respaldar sua atuação política; iii) estabelecer um sistema de comunicação com os vários segmentos da sociedade brasileira, visando esclarecer a relevância do sistema e valorizar sua importância social e econômica; iv) atuar de forma a otimizar os resultados do setor"**. A propositura desta ADPF está claramente abrangida por tal previsão, uma vez que a Arguente busca por meio dela justamente viabilizar a prática da terceirização no setor do agronegócio, ao fundamento de ser imprescindível para a eficiência e a competitividade das empresas que o integram.

[2] A referida jornada reuniu mais de 600 juízes, procuradores e auditores fiscais do trabalho, além de advogados e outros operadores do direito. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25797-reforma-trabalhista-amatra-divulga-integra-dos-enunciados-aprovados-na-2-jornada>>.

[3] Enunciado Aglutinado n. 11 da Comissão 6. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>.

[4] CF/1988, art. 62: "§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o

ADPF 324 / DF

disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 32, de 2001) § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 32, de 2001)”.

[5] ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 25; MORAES, Paulo Ricardo Silva de. *Terceirização e precarização do trabalho humano*. *Revista do TST*, Brasília, v. 74, n. 4, out./dez. 2008, p. 148-166.

[6] ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 21-24.

[7] VIANNA, Márcio Túlio. *Terceirização e Sindicato: um enfoque para além do direito*. *Revista da UFMG*, Belo Horizonte, n. 45, jul./dez. 2004, p. 203-241. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1295/1227>>. Acesso em 06 nov. 2016.

[8] BASSO, Guilherme Mastrichi. *Terceirização e mundo globalizado: o encadeamento produtivo e a complementaridade de serviços como potencializadores da formalização de contratos*. *Revista do TST*, Brasília, v. 74, n. 4, out./dez. 2008, p. 89-113; ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 25-107.

[9] MORAES, Paulo Ricardo Silva de. *Terceirização e precarização do trabalho humano*. *Revista do TST*, Brasília, v. 74, n. 4, out./dez. 2008, p. 148-166.

ADPF 324 / DF

[10] ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 34-39; ALMEIDA, GUARNIERI, SERRANO e SOBREIRO. Análise de decisão sobre terceirização: um estudo na indústria da construção civil residencial. *Revista de Administração, Contabilidade e Economia da Fundace*, v. 5, n. 2,, jun. 2014, p. 1-20. Disponível em: <https://www.fundace.org.br/revistaracef/index.php/racef/article/view/66>.

[11] Para outras experiências de acumulação flexível do capital, distintas do toyotismo, v. ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 25-39.

[12] BASSO, Guilherme Mastrichi. Terceirização e mundo globalizado: o encadeamento produtivo e a complementaridade de serviços como potencializadores da formalização de contratos. *Revista do TST*, Brasília, v. 74, n. 4, out./dez. 2008, p. 89-113; VIANNA, Márcio Túlio. Terceirização e Sindicato: um enfoque para além do direito. *Revista da UFMG*, n. 45, jul./dez. 2004 , p. 203-241. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1295/1227>>. Acesso em 06 nov. 2016;

[13] ALMEIDA, GUARNIERI, SERRANO e SOBREIRO. Análise de decisão sobre terceirização: um estudo na indústria da construção civil residencial. *Revista de Administração, Contabilidade e Economia da Fundace*, v. 5, n. 2, jun. 2014, p. 1-20. Disponível em: <<https://www.fundace.org.br/revistaracef/index.php/racef/artcile/view/66>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

[14] ALMEIDA, GUARNIERI, SERRANO e SOBREIRO. Análise de decisão sobre terceirização: um estudo na indústria da construção civil residencial. *Revista de Administração, Contabilidade e Economia da Fundace*, v. 5, n. 2, jun. 2014, p. 1-20. Disponível em: <<https://www.fundace.org.br/revistaracef/index.php/racef/article;view66>> . Acesso em: 06 nov. 2016.

[15] BASSO, Guilherme Mastrichi. Terceirização e mundo globalizado: o encadeamento produtivo e a complementaridade de

ADPF 324 / DF

serviços como potencializadores da formalização de contratos. *Revista do TST*, Brasília, v. 74, n. 4, out./dez. 2008, p. 94-95.

[16] De fato, sob o rótulo terceirização, subcontratação ou *outsourcing*, diferentes países produzem regulamentações que guardam peculiaridades e envolvem uma multiplicidade de institutos e de arranjos próprios. O estudo da terceirização encontra, ainda, como dificuldade adicional o fato de que a legislação sobre a matéria em diversos Estados vem sofrendo alterações, e de que parte das obras disponíveis a seu respeito está desatualizada. Em razão do exposto, mencionam-se acima os países sobre quais foi possível obter informações a partir de instituições oficiais, de textos normativos ou de publicações científicas relativamente recentes. O levantamento não se propõe, de todo modo, a ser exaustivo e pode se sujeitar a imprecisões. Cumpre, contudo, a função de situar a terceirização como um fenômeno global.

[17] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Direito do Trabalho nos Estados Unidos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 27, julho/dezembro, 2005. p. 223-232; BASSO, Guilherme. Terceirização e mundo globalizado: o encadeamento produtivo e a complementaridade de serviços como potencializadores da formalização de contratos. *Revista do TST*, Brasília, v. 74, n. 4, out./dez. 2008,, p. 94-95.

[18] Organização Internacional do Trabalho. Outsourcing. XVth Meeting of European Labour Court Judges. Erfurt, Alemanha. Setembro, 2007. Disponível em: <http://www.ilo.org/ifpdial/events/meetings/WCMS_159883/1ang-en/index.htm>. Acesso em: 23 set. 2016; AMON, Matthew R. Liability Regulations in European Subcontracting: Will Joint Liability be the 21st Century European Approach? *Journal of International Business & Law*. v. 9, 2010, p. 231-272.

[19] GAGAWCZUK, Walter. Liability in Subcontracting Processes in the European Construction Sector: Austria. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. Áustria, 2008. Disponível em: <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/871/en/1/ef08871en.pdf>.

ADPF 324 / DF

Acesso em 05 de novembro de 2016.

[20] SIGEMAN, Tore. Employment Protection in Scandinavian Law. Stockholm Institute for Scandianvian Law. Suécia, 2009. p. 257-275.

[21] MARQUES, Rafael da Silva. *Subordinación y tercerización: los limites de los conceptos laborales bajo la visión constitucional*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Departamento de Derecho Publico, Universidad de Burgos, Burgos. 2008; FUNDACIÓN 1º DE MAYO. Informe: Las Reformas Laborales em España y su Repercusion em Materia de Contratación y Empleo. Espanha, 2012. Disponível em: <<http://www.1mayo.org/nova/files/1018/InformeReformas.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

[22] CASTELLO, Alejandro. La Subcontratación y las Relaciones de Trabajo em Uruguay. *Revista Lationamericana de Derecho Social*. V. 9, julho/dezembro, 2009, p. 53-87. Disponível em: <<http://revistas.unam.mx/index.php/rlds/article/view/18623/17675>>. Acesso em: 22 de set. 2016.

[23] FRANÇA. Code du Travail, Livre II, Titre V. Versão consolidada, 04 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.co?cidTexte=LEGITEXT000006072050>>. Acesso em 05 nov. 2016; AMON, Matthew R. Liability Regulations in European Subcontracting: Will Joint Liability be the 21st Century European Approach? *Journal of International Business & Law*. v. 9, 2010, p. 231-272. p. 252-255.

[24] LEIGHTON, Patricia. Atypical Employment: The Law and Practice in the United Kingdom. *Comparative Labor Law Journal*, Vol. 8, 1986, pp. 34-47; LAWWRITE. Employment Law Guide. Londres, 2016. pp. 5. Disponível em: <http://www.employenlaws.co.uk/guide/guide_home.html>. Acesso em: 29 out. 2016.

[25] AMON, Matthew R. Liability Regulations in European Subcontracting: Will Joint Liability be the 21st Century European Approach? *Journal of International Business & Law*. v. 9, 2010, p. 231-272.

[26] FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da

ADPF 324 / DF

terceirização do trabalho em países selecionados da América Latina. Revista ABET, v. IX, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/abet/article/view/15492>>.

Acesso em: 4 nov. 2016.

[27] É importante ressaltar, contudo, que a maioria dos países em que se pratica a terceirização, quer se tratem de países desenvolvidos ou em desenvolvimento, é atribuída ao tomador de serviços a responsabilidade solidária pelo cumprimento de obrigações trabalhistas e, em parte deles, também pelo cumprimento de obrigações atinentes à seguridade social, tema que será retomado adiante.

[28] PRADO, Edmir Parada Vasques; TAKAOKA, Hiroo. Os Fatores que Motivam a Adoção da Terceirização da Tecnologia de Informação: uma Análise do Setor Industrial de São Paulo. *RAC*, v. 6, n. 3, set./dez. 2002, p. 130147; ALMEIDA, GUARNIERI, SERRANO e SOBREIRO. Análise de decisão sobre terceirização: um estudo na indústria da construção civil residencial. *Revista de Administração, Contabilidade e Economia da Fundace*, v. 5, n. 2, jun. 2014, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.fundace.org.br/revistaracef/index.php/racef/article/view/66>> . Acesso em: 06 nov. 2016.

[29] Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5010/3/btm_59_nota-tecnica1.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2016, p. 33.

[30] Nos termos do estudo: “Nota-se que cerca de 8% dos trabalhadores que eram terceirizados em um dado ano assumem uma condição de contratação direta no ano seguinte. Por outro lado, apenas pouco mais de 2,4% dos contratados diretamente tornam-se terceirizados no ano seguinte”. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream//11058/5010/3/bmt_59_nota-tecnica1.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2016, p. 31-32.

[31] VIANNA, Márcio Túlio. Terceirização e Sindicato: um enfoque para além do direito. *Revista da UFMG*, Belo Horizonte, v. único, n. 45, jul./dez. 2004, p. 203-241. Disponível em: <<http://www.direitoufmg.br/revista/index.php/evista/article/view/1295/12>>

ADPF 324 / DF

27>. Acesso em 06 nov. 2016.

[32] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: LTR, p. 1468-1513.

[33] CLT, art. 545, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017: “Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades”. A constitucionalidade do dispositivo foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, cf. ADI 5794, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux.

[34] DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os Limites constitucionais da Terceirização*. São Paulo: LTR, 2014, p. 67-159.

[35] Ao contrário, embora não seja este o objeto da presente ação, atualmente, a Lei nº 6.019/1974, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) autoriza expressamente a terceirização de atividade-meio ou de atividade-fim. É válido reiterar, contudo, que a norma foi editada após a elaboração deste voto, bem como depois da inclusão do processo em pauta para julgamento.

[36] A súmula é um verbete que constitui a síntese de múltiplas decisões a respeito de um tema. Por isso, não é propriamente um precedente em sentido técnico. O precedente, em sentido estrito, corresponde à decisão judicial que fixa um entendimento que deve ser aplicado a casos futuros e semelhantes. Entretanto, a diferenciação não é relevante para o debate desenvolvido acima, de modo que se emprega neste voto o termo precedente em sentido mais amplo, tanto para designar a decisão judicial que fixa entendimento a ser aplicado a casos futuros, quanto para se referir à súmula.

[37] Confira-se: “As atividades realizadas pelo obreiro se inseriam no núcleo da dinâmica empresarial da tomadora de serviços, em função essencial à finalidade de seu empreendimento. A tarefa de transporte da cana de açúcar desenvolvida pelo autor vincula-se à atividade fim da reclamada, pois esta se dedica à produção e comercialização de açúcar e

ADPF 324 / DF

álcool (objeto social - art. 3º, fls. 391, vol. 2), sendo certo que esta atividade era desenvolvida anteriormente pela própria empresa” (TST, AIRR 2149-24.2011.5.03.0050, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, *DOU*, 23.10.2013.julgado em 23 out. 2013, 7ª Turma, publicado em 14 nov. 2013); “As tarefas desempenhadas pela autora, na prevenção à fraude aos cartões de crédito da terceira reclamada através de contato telefônico com o cliente, são atinentes à atividade-fim do tomador, que é uma instituição financeira. Tal atividade, ainda que exercida por telefone, compõe, sim, a essência da dinâmica da reclamada, de acordo com o art. 17 da Lei n. 4.595/64, dizendo respeito aos serviços de contratação de cartão de crédito, produto comercializado pela instituição financeira” (TRT3, RO 01689-2010-103-03-00-0, rel. Des. Maria Laura Franco Lima de faria, *DOU*, 31.07.2013); “E assim é porque têm-se como atividades-meio do empreendimento toda e qualquer atividade que, se abstratamente extraída de seu processo produtivo nenhum efeito gerará a seu objetivo principal, como sói acontecer com serviços de limpeza, segurança, etc. Obviamente que se a empresa se presta à exploração de sistemas de produção, transmissão, transformação, distribuição e comércio de energia elétrica (artigo segundo de seu estatuto social), a função de controlar materiais utilizados nos medidores de energia elétrica instalados em casas e em ruas onde a reclamada opera sua concessão é atividade que se insere, imperativamente, em sua atividade-fim” (TRT, RO 01669-2005-245-01-00-3, rel. Des. Zuleica Jorgensen Malta Nascimento, *DOU*, 06.12. 2007).

[38] BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set., 2016.

[39] Organização Internacional do Trabalho. *Outsourcing. XVth Meeting of European Labour Court Judges*. Erfurt, Alemanha. Setembro, 2007. Disponível em:

<http://www.iol.org/ifpdial/events/meetings/WCMS_159883/lang-en/index.htm>. Acesso em: 23 set. 2016; AMON, Matthew R. *Liability Regulations in European Subcontracting: Will Joint Liability be the 21st*

ADPF 324 / DF

Century European Approach? *Journal of International Business & Law*. v. 9, 2010, p. 231-272.

[40] MARQUES, Rafael da Silva. *Subordinación y tercerización: los limites de los conceptos laborales bajo la visión constitucional*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Departamento de Derecho Publico, Universidad de Burgos, Burgos. 2008; FUNDACIÓN 1º DE MAYO. Informe: Las Reformas Laborales em España y su Repercusion em Materia de Contratación y Empleo. Espanha, 2012. Disponível em: <<http://1mayo.org/nova/files/1018/InformeReformas.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

[41] AMON, Matthew R. Liability Regulations in European Subcontracting: Will Joint Liability be the 21st Century European Approach? *Journal of International Business & Law*. v. 9, 2010, p. 261-263.

[42] AMON, Matthew R. Liability Regulations in European Subcontracting: Will Joint Liability be the 21st Century European Approach? *Journal of International Business & Law*. v. 9, 2010, p. 252-255.

[43] Leis 18.098/2007, 18.099/2007 e 18.251/2008.

[44] Código del Trabajo e Lei 20.123/2006.

[45] CASTELLO, Alejandro. La Subcontratación y las Relaciones de Trabajo em Uruguay. *Revista Lationamericana de Derecho Social*. V. 9, julho/dezembro, 2009, p. 53-87. Disponível em: <<http://revistas.unam.mx/index.php/rlds/article/view/18623/17675>>.

Acesso em: 22 de set. 2016; BATTISTINI, Osvaldo R. La Subcontratación en Argentina. *Centro de Estudios de Formación Sindical*. Março, 2010. Disponível em: <http://www.cefs.org.ar/IMG/pdf/02-WEB-La_subcontratacion_1_.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016. Ressalva-se, contudo, que na Argentina há outras hipóteses de responsabilidade subsidiária. V., sobre o tema: FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho em países selecionados da América Latina. *Revista ABET*, v. IX, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/abet/article/view/15492>>.

Acesso em: 4 nov. 2016.

[46] Leis 20.744/1979, 24.013/1991 e 25.013/1998.

ADPF 324 / DF

[47] FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho em países selecionados da América Latina. Revista ABET, v. IX, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/abet/article/view/15492>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

[48] Lei 6.019, com redação conferida pelas Leis nºs 13.467/2017 e 13.429/2017: “Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, **à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.** § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); II - registro na Junta Comercial; III - **capital social compatível com o número de empregados**, observando-se os seguintes parâmetros: a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)” (grifou-se).

[49] Lei 6.019, com redação conferida pelas Leis nº 13.467/2017: “Art. 4º-C. **São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços** a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados **nas dependências da tomadora, as mesmas condições:**

ADPF 324 / DF

I - relativas a: a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; b) direito de utilizar os serviços de transporte; c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. § 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. § 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes” (grifou-se).

[50] Lei 6.019, com redação conferida pelas Leis nºs 13.467/2017 e 13.429/2017: “Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. § 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. § 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes. § 3º **É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.** § 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado” (grifou-se).

[51] Lei 6.019, art. 5º-A, com redação conferida pela Lei nº

ADPF 324 / DF

13.429/2017: “§ 5º A empresa contratante é **subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**” (grifou-se).

[52] Lei 8.212/1991, com redação dada pela Lei nº 9.711/1998: “Art. 31. **A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. § 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. § 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. § 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. § 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: I - limpeza, conservação e zeladoria; II - vigilância e segurança; III - empreitada de mão-de-obra; IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. § 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. § 6º Em se tratando de retenção e recolhimento realizados na forma do caput deste artigo, em nome de consórcio, de que tratam os arts.**

ADPF 324 / DF

278 e 279 da Lei n^o 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplica-se o disposto em todo este artigo, observada a participação de cada uma das empresas consorciadas, na forma do respectivo ato constitutivo” (grifou-se).

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****VOTO SOBRE PRELIMINAR**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, peço vênias ao eminente Ministro-Relator e ao eminente Ministro Alexandre Moraes.

A questão que trata desta preliminar, no meu modo de ver de maneira distinta, com toda vênias do percebido pelo eminente Ministro-Relator, o cabimento da ADPF pressupõe uma controvérsia substancialmente existente. Se lermos a petição inicial - e não estou aqui avaliando mérito -, veremos que está dito, com todas as letras, o seguinte - e me permito ler:

"Se alguma certeza existe, à luz das decisões proferidas na Justiça do Trabalho, é de que os contratos de prestação de serviços firmados para otimização da atividade empresarial, em cada setor, serão, com base em algum fundamento desconhecido (a cada decisão, surge um critério diferente, criado a partir de grande dose de subjetividade), taxados como ilícitos e, com base nisso, desconsiderados. O tomador de serviços, inevitavelmente, se verá responsabilizado por obrigações que, contratualmente, são imputáveis à empresa prestadora de serviços. Em situações mais limítrofes, se deparará com decisões em processos coletivos, restringindo em absoluto a liberdade de contratar ou condenando-o ao pagamento de indenizações milionárias (a título de dano moral coletivo), por contratações que, depois de vários anos de vigência, são consideradas ilícitas, abusivas.

A existência de entendimento sumulado no TST poderia, num primeiro instante, conduzir a outra conclusão, isto é, de que são claros e de conhecimento geral os parâmetros para aferir eventual abusividade da terceirização. No entanto, como a Súmula 331 se vale de alguns conceitos vagos para qualificar como lícita ou ilícita a terceirização, ao interpretá-los, no caso concreto, as instâncias ordinárias acabam elaticendo as hipóteses de ilicitude de um tal modo que, repita-se, é

ADPF 324 / DF

quase certa, em cada caso concreto, a restrição ou a privação da liberdade de contratar garantida constitucionalmente.

O que se está aqui afirmando, textualmente, é: a interpretação judicial do entendimento consolidado na Súmula 331, quanto à terceirização, tem conduzido, concretamente, à desconsideração total e absoluta das normas constitucionais que garantem ao empresário a liberdade de organizar suas atividades, a fim de obter melhor qualidade nos resultados (produto ou serviços), redução dos custos, maior competitividade (inclusive perante o mercado estrangeiro), maior participação no mercado de consumo, conseqüentemente com o aumento da geração de emprego."

Nós estamos aqui, portanto, a examinar essa preliminar na ADPF. Isso, claro, não se coloca no recurso extraordinário, em relação ao qual, a seu tempo, entrarei no mérito. Mas, em relação à ADPF, há julgados neste Tribunal - cito o do Decano, Ministro Celso de Mello, na ADPF 249, julgado esse de 13 de agosto de 2014, no qual se assentou:

(...) "ADPF: AÇÃO CONSTITUCIONAL QUE NÃO DISPÕE DE FUNÇÃO RESCISÓRIA – EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE CARACTERIZADA POR JULGAMENTOS CONFLITANTES DE ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS DIVERSOS: PRESSUPOSTO NECESSÁRIO E ESSENCIAL AO VÁLIDO AJUIZAMENTO DA ADPF." (...)

Essa contradição de conjunto de pronunciamentos, eu não a depreendi da petição inicial.

Há também na ADPF 80, da Relatoria do eminente Ministro Eros Grau, julgamento de 12/06/2006:

(...)

"1. O enunciado de Súmula desta Corte, indicado como lesivo aos preceitos fundamentais, não se consubstancia ato do Poder Público, porém tão somente a expressão de entendimentos reiterados seus." (...)

À arguição foi negado seguimento.

Por essas razões, Senhora Presidente, entendendo que o mérito desta questão deve ser enfrentado no recurso extraordinário, e não em sede de

ADPF 324 / DF

ADPF, eu vou votar sobre as outras preliminares, mas, quanto a esta, peço vênua ao eminente Ministro-Relator para acolher e votar pelo não conhecimento da ADPF.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Senhora Presidente, o pedido com o qual se encerra a petição inicial é muito claro e não tem nenhuma dimensão rescisória. Portanto, o precedente do Ministro Celso é para uma situação totalmente diversa. O pedido, na ação, é o seguinte:

"Pede, ainda, que seja julgada procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para o fim de reconhecer, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a inconstitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho, as quais vedam a prática da terceirização sem legislação específica aplicável que a proíba, em clara violação aos preceitos constitucionais fundamentais da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho, decisões estas que tem resultado concretamente em um inconstitucional obstáculo quase insuperável à terceirização."

Como em outros precedentes, há um conjunto de decisões judiciais que contraria princípios fundamentais da Constituição. Esse é o objeto da impugnação e, por isso, acho que ela é cabível.

22/08/2018**PLENÁRIO****ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, podemos ter uma fase de discussão da matéria. Estamos a analisar tema sensível, que reclama a atuação do Supremo.

Há mais, se formos à Lei regedora da arguição de descumprimento de preceito fundamental, veremos que não exige controvérsia contenciosa sobre o tema. Está no artigo 1º que, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, municipal, caberá a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Mais ainda, o artigo 3º da Lei nº 9.882 versa comprovação da existência de controvérsia judicial – e logicamente não vai haver controvérsia judicial no âmbito da Justiça do Trabalho, considerado o verbete nº 331 –, o preceito tem início com a expressão "se for o caso". Então, comprova-se. Não é o fato de não se comprovar a existência de decisões conflitantes que levará a não se admitir a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Vejo esta com generosidade em termos de admissão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu também queria chamar atenção. Acho que a jurisprudência sobre esse tema hoje é vastíssima, favorável à ADPF em se tratando ato do Poder Público materializado em jurisprudência de um dado tribunal. Nisso, nós estamos pacificados.

Para citar um só exemplo, um precedente da relatoria de Vossa Excelência, o caso da importação de pneus usados, em que houve várias decisões liminares, ou não, envolvendo aquela célebre resolução do CONAMA. Portanto, parece-me que aí é uma questão básica.

O precedente citado pelo Ministro Fachin diz respeito a uma outra questão que seria eventuais efeitos rescisórios da ADPF, isso que o Ministro Celso pontuou, que não caberiam em relação a eventual trânsito em julgado.

Também a Lei o diz, por exemplo, quando permite que se suspenda

ADPF 324 / DF

quando se concede a liminar, mas que não repercute sobre a coisa julgada, por razões que todos nós entendemos, apreendemos e conhecemos. De modo que é possível, sim.

E, se nós olharmos a *ratio* da própria ADPF, ali está que, no fundo, ela funciona como se fosse, nesse caso, um incidente, ela antecipa uma questão que, em algum momento, vai ser discutida em recurso extraordinário. Portanto, a interpretação, uma súmula, o entendimento, é passível, sim, de ser examinado em sede de ADPF.

De modo que, pedindo todas as vênias ao Ministro Fachin, mas me parece que, inclusive, nós temos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Luiz Fux, esse extraordinário subiu ante juízo primeiro de admissibilidade ou foi trancado na origem, e Vossa Excelência....

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Esse recurso veio em um ARE, nós levamos para Turma, surgiu...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Ao plenário virtual.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Foi trancado na origem. Ou seja, se admitida exigência de decisões em descompasso, estar-se-á manietando o próprio Supremo, que não apreciará a matéria, porque dificilmente recurso extraordinário que se contraponha ao teor do verbete nº 331 será admitido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E apenas para completar o que o Ministro Gilmar Mendes afirma, na linha do que o Ministro Barroso realmente considerou e rejeitou, é que, se houve o enunciado, é porque foi necessário, exatamente porque havia uma contenciosidade, ainda que latente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E lembrando de um outro precedente da minha relatoria, a ADPF 33, em que se discutia um dado tema também sobre vantagens de servidores numa dada autarquia no Estado do Pará, em que se discutia, na verdade, a interpretação adotada pelo Tribunal. Aqui até me lembro que, da tribuna, foi arguida a inadmissibilidade da ADPF, porque haveria recurso extraordinário. Ora,

ADPF 324 / DF

nós também já dissemos que a possibilidade de existir um mecanismo individual não impede o uso da ADPF, porque estamos falando de processo de feição subjetiva *vis-à-vis* a processos de índole objetiva. A ADPF visa pacificar a interpretação em relação a preceito fundamental. Também temos este precedente agora da ADPF 33, que foi o primeiro em que nós assentamos o cabimento em se tratando de interpretação judicial.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****VOTO S/ PRELIMINAR**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu só queria fazer algumas ponderações, porque não participei do julgamento desta ADI de que Vossa Excelência foi relatora, e que tem toda uma consagração pela relevância do tema, mas em que o fundamento foi a existência de forte divergência jurisprudencial, consideradas decisões diversas, vale dizer, de uma controvérsia constitucional gerada por decisões em diferentes sentidos.

No caso específico objeto desta tanto ADPF quanto do recurso extraordinário em julgamento conjunto, questiona-se uma orientação firmada na Justiça do Trabalho, em 1986, por meio do Enunciado nº 256. O Ministro Marco Aurélio era ministro do Tribunal Superior do Trabalho à época da edição desse enunciado, quando a Corte trabalhista consolidou dita jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E, posteriormente, houve o aprimoramento daquele enfoque de 1986, do teor do verbete.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Quando se consolidou o enunciado, o tema já vinha sendo discutido há anos.

Eu iniciei minha carreira como Juíza do Trabalho em 1976, não sei exatamente quando proferi a minha primeira decisão a respeito, mas tenho certeza que ainda foi na década de 70, quando juíza-substituta.

Vejam o que dizia a Súmula 256 na redação original, datada de 30 de setembro de 1986, posteriormente atualizada:

"Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços."

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

ADPF 324 / DF

- É uma súmula?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, é súmula, à época identificada como Enunciado 256. É de 1986, repito, essa primeira redação, que depois foi sofrendo paulatinas transformações e aperfeiçoamento ao longo do tempo.

Eu faço essa ponderação porque, o TST, partindo daqueles conceitos próprios e tradicionais do Direito do Trabalho, apontou, através da consolidação da sua jurisprudência, aqueles poucos casos em que se admitia a relação trilateral ou assimétrica de trabalho, representada pela chamada terceirização. Hoje o tema tem maior amplitude, mas a delicadeza de que se reveste leva à necessidade de distinção entre a prestação de serviços, ou melhor uma empresa prestadora de serviços e uma empresa de intermediação de mão-de-obra. É completamente diferente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Essa questão é mérito.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Perfeito, não tenho dúvida que é mérito e não estou me adiantando de forma alguma. O que estou querendo dizer é que esta discussão, nas diferentes esferas trabalhistas, tem 30 anos.

Por isso, com todo o respeito às compreensões contrárias que já foram externadas, acompanho a divergência aberta pelo Ministro Fachin, no sentido de não vislumbrar divergência, controvérsia constitucional que esteja a reclamar o manejo de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, presente a jurisprudência absolutamente consolidada na Justiça do Trabalho sobre o tema. Quando submetidos a esta Corte, todos os recursos extraordinários, sob diferentes relatorias, tiveram reiteradamente negado o respectivo seguimento ao fundamento de que se tratava de matéria infraconstitucional.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Só para dar um exemplo a Vossa Excelência, no recurso do Ministro Luiz Fux, o Primeiro Grau decidiu diferente do Segundo Grau.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, mas é que as

ADPF 324 / DF

súmulas na Justiça do Trabalho, nós todos sabemos, não têm caráter vinculante. Vinculantes são algumas nossas, do STF.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- É esse o problema, são interpretadas diferentemente. São passíveis de interpretação. Alguns juízes interpretam de um jeito, outros juízes interpretam de outro. Esta é a controvérsia.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - De qualquer sorte, Ministro Luís Roberto, eu respeito a posição contrária de Vossa Excelência, mas faço questão de deixar muito bem sublinhada a minha, que é diversa. Porque esta compreensão depois foi objeto da Súmula 331. E nós já tínhamos duas revisões. A Súmula 331 é de 1993, tem vários itens - e aqui eu me permito fazer essa referência -, depois ela foi alterada em 2000, 2003. A cada alteração legislativa, amadurecia-se a compreensão e aperfeiçoava-se a Súmula. Na sessão anterior houve uma referência a que a Súmula 331 seria de 2009 ou teria sofrido essa adequação em 2009. Ela teve adequações posteriores a partir da nossa compreensão com relação à responsabilidade subsidiária, porque ela tem vários itens. O que está em discussão é objeto do item I e do item III da Súmula 331. E o que dizem esses eles?

"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)."

Ou seja, o item I da 331 tinha a mesma redação da Súmula 256, de 1986.

"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."

Por isso as alterações subsequentes que parecem modernizar a Súmula 331, elas o fazem, mas não com relação aos itens objeto da terceirização, e, sim, no que diz com a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço.

ADPF 324 / DF

Em síntese, Senhora Presidente, eu faço, com todo respeito, uma leitura diversa da que aqui foi externada pelo eminente Relator. Acompanho a divergência aberta pelo Ministro Fachin quanto ao não cabimento da ADPF e destaco também que a jurisprudência do Supremo é toda no sentido de que, se estiver envolvida a coisa julgada, não cabe a ADPF. E eu trago inúmeras decisões, inclusive da minha lavra, aprovadas nesses Plenário, ADPF 97, de 2014, e ainda, especificamente, jurisprudência colacionada pelo Ministro Fachin - ADPF do Ministro Eros Grau, ADPF 80, julgamento de 2006.

Permito-me fazer a leitura da ADPF 501, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que teve seu seguimento negado em 1º de fevereiro de 2018. Colho da ementa:

"A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de que ora se cuida não suporta as condições necessárias ao seu regular processamento, ausente ato do Poder Público com conteúdo que possa conduzir a efetiva lesão a preceito fundamental. Isso porque "enunciados de Súmula [que] nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte não a autorizam."

Enfim, ainda que se pudesse entender impugnadas as decisões indicadas na exordial especificamente, sobre várias delas paira o manto da coisa julgada

E, nesse sentido, Senhora Presidente, é firme a jurisprudência da Casa no sentido de que é incabível - repito - a utilização da via da ADPF, como sucedâneo da ação rescisória, com vista a desconstituir decisão judicial transitada em julgado, tampouco para revisar decisão judicial transitado em julgado em processo de índole subjetiva. Aqui, estou citando vários precedentes deste Plenário: agravo regimental improvido, ADPF 134, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski; ADPF 97, sob a minha relatoria, específica, onde eu também me reporto a inúmeras decisões de eminentes Pares.

Então, respeitosamente, Senhora Presidente, pedindo escusas por ter me alongado, registro o meu voto no sentido da divergência.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, ilustre Representante do Ministério Público, egrégia Corte, senhores Advogados, estudantes, presentes.

Senhora Presidente, como Vossa Excelência destacou, a existência de decisões judiciais controvertidas, por si só, já abala o preceito fundamental da segurança jurídica.

Sem prejuízo, o Supremo Tribunal Federal entendeu, na ADPF 405, que o conjunto de decisões judiciais reiteradas que impactam a segurança, a ordem econômica e social, esse conjunto de decisões, ainda que uniformes, é apto a gerar o cabimento de uma ADPF. E mais, categorizou esse conjunto de decisões como ato do poder público.

Então, se o conjunto de decisões foi considerado pelo Supremo um ato do poder público, com muito mais razão uma súmula, que impacta a mesma ordem a que nos referimos agora, é um ato do poder público. E como é que esse ato do poder público atenta contra preceitos fundamentais?

Eu anoto que essa jurisprudência da Justiça do Trabalho inviabiliza a forma de organização empresarial, afetando liberdade jurídica, liberdade de contratação, livre iniciativa e o próprio princípio da legalidade. Foi muito bem destacado aqui, pela professora Thereza Alvim, que a súmula não tem substrato legal, é uma criação jurisprudencial. De sorte que é uma criação jurisprudencial com ampla repercussão na esfera constitucional.

E agrega-se agora esse argumento de autoridade do Ministro Marco Aurélio, quer dizer, se realmente eles pensam dessa maneira, não vão admitir recurso extraordinário nenhum, e a matéria constitucional vai ficar ao desabrigo da apreciação da Suprema Corte. É efetivamente, por via oblíqua, uma *capitis diminutio* da competência do Supremo.

ADPF 324 / DF

De sorte que, com toda a vênia das opiniões em contrário, eu também vou acompanhar o voto do Relator, com esses acréscimos do Ministro Marco Aurélio.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****VOTO S/ PRELIMINAR**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu assento o seguinte: a autora, a meu ver, não se desincumbiu do ônus de especificar os atos do Poder Público que merecem ser apreciados em sede de controle abstrato, segundo estabelece o art. 3º, II, da Lei 9.882, especialmente aquelas decisões ou aqueles atos que têm caráter normativo ou cogente.

Na inicial, a autora apenas descreve trechos de decisões e faz remissões a julgados em notas de rodapé, sem indicar precisamente qual é o ato que pretende impugnar nesta ADPF, conforme exige uma fartíssima jurisprudência desta Corte. Inclusive, há precedente da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto e do eminente Ministro Gilmar Mendes, presente a esta sessão.

De outra parte, eu observo também, tal como fez a ilustre Ministra Rosa Weber, que a maioria, senão, quase todas, das decisões indicadas pela autora estão cobertas pelo manto da coisa julgada; e a ADPF não se presta, segundo também reiterada jurisprudência, a examinar essas decisões já acobertadas pelo manto da coisa julgada. Eu mesmo tenho decisões nesse sentido que foram julgadas no Plenário. E eu cito, a título de exemplo, a ADPF 134, cujo agravo regimental foi unanimemente acolhido neste Plenário, exatamente neste sentido de que a ADPF não se presta a examinar decisões já transitadas em julgado.

De outra parte também, reitero aquilo que já foi dito. Entendo, não apenas das discussões que se travaram aqui, da tribuna e nos inúmeros documentos e memoriais que recebi, que a ADPF não se presta a atacar súmulas, porque as súmulas não têm um caráter cogente. O verbete sumular é desprovido de efeitos vinculatórios, apenas representa uma consolidação da posição jurisprudencial de um determinado tribunal. Essa matéria foi já assentada também, neste Plenário, na ADPF 594, do

ADPF 324 / DF

Distrito Federal, de relatoria do eminente Ministro Carlos Velloso, que nos brindou com uma excelente sustentação oral da tribuna.

Não sei se é o caso também de ferirmos a questão da subsidiariedade, mas paro por aqui. E peço vênias ao Relator para, com esses fundamentos, acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin e seguida pela Ministra Rosa Weber.

Pelo não conhecimento, pelo acolhimento da preliminar.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu já votei, Presidente. Só estou confirmando que, de fato, entendo aqui cabível sim a ADPF, já segundo escritos meus antigos e depois revisitados a partir da ADPF 33.

Lembro que, neste caso, a propósito do trânsito em julgado, concedeu-se uma liminar, suspendendo as decisões judiciais possivelmente contrárias a um dado entendimento, com exceção daquelas que já tinham transitado em julgado. Portanto, isso não estava realmente em jogo.

Agora, em se tratando de súmula que orienta um dado ramo da Justiça, como é o caso, é evidente que tem que caber a discussão e a possível impugnação pela via da ADPF, se eventualmente - e isso já é um juízo de mérito - ela se colocar em contraste com um dado preceito fundamental. Porque, do contrário, como já disse o Ministro Marco Aurélio, nós vamos ter uma obstacularização inclusive da apreciação da matéria em sede de recurso extraordinário. Nós sabemos a dificuldade de

ADPF 324 / DF

viabilizar um recurso extraordinário.

Eu volto a sublinhar um outro aspecto: a existência - e isso ficou na ADPF 33 e foi decisão unânime do Plenário - e o cabimento, eventualmente, de um recurso extraordinário não afasta o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, porque estamos em planos diversos. Há o cabimento de meios outros de impugnação, porque estamos ou no plano do processo objetivo ou no plano do processo subjetivo. E isso ficou muito claro - volto a dizer, Presidente - no caso da relatoria de Vossa Excelência em que havia uma guerra, uma guerrilha de liminares, que dificultava a aplicação do entendimento, quanto à proibição de importação de pneus usados. Portanto, todo aquele bloco de decisões foi considerado como atos de Poder Público, no caso, judicial, passível de exame em sede de ADPF.

De modo que, com essas chegadas, acompanho o Relator.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a oportunidade é ótima para abrir-se esse embrulho.

A matéria é sensível, é relevante, tem envergadura constitucional e está a reclamar o pronunciamento do Supremo.

Acompanho o Relator.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

V O T O
(s/ preliminar)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Conheço, preliminarmente, da presente* arguição de descumprimento de preceito fundamental, **observando, por necessário,** que a decisão a ser proferida neste processo de controle normativo abstrato **não afeta nem compromete** decisões **já transitadas** em julgado.

É o meu voto.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/ PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Também eu peço vênias à divergência, mas os Advogados tiveram, especialmente em algumas sustentações orais e nos memoriais, muito cuidado com a circunstância de que se estava impugnando exatamente o que se contém na súmula no sentido de sua aplicação pelos tribunais e órgãos do Poder Judiciário. E, por isso mesmo, haveria uma litigiosidade, um contencioso a respaldar a arguição.

Peço vênias, como disse, ao Ministro Fachin, à Ministra Rosa e ao Ministro Lewandowski, para acompanhar o Relator.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/ 3ª PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Neste caso, eu estou acolhendo esta preliminar de subsidiariedade. Estou entendendo que a regra da subsidiariedade, como todos nós sabemos, impede o conhecimento desta ADPF, nos termos do art. 4º § 1º da Lei 9.882, porque existem outros instrumentos processuais que poderiam ser manejados e seriam suficientes, adequados para solucionar a controvérsia em questão. E a maior comprovação disso, a meu ver, é justamente o RE 958.252/MG, que está sob a relatoria do eminente Ministro Luiz Fux.

Portanto, neste tópico, eu também, com a devida vênia, não conheço, acolho a divergência.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****VOTO SOBRE A 4ª PRELIMINAR**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, em relação a este ponto, o que pondero é que esta arguição de descumprimento de preceito fundamental foi ajuizada em 2014; isso significa, portanto, um momento em face do qual, do ponto de vista de legislação específica sobre esta matéria, pode se atestar a sua ausência.

Essa ausência foi suprida em 2017, ou seja, recentemente entram em vigor, para regulamentar a questão relativa à terceirização nos contratos de trabalho temporário, bem como nas demais formas de relação de trabalho, a Lei 13.429, de 31 de março de 2017, e a Lei 13.467, de 14 de julho também do ano pretérito, ambas que alteraram dispositivo da Lei, como se sabe, 6.019, de 1974.

Portanto, o que eu estou dizendo é que referido arcabouço jurídico concernente às possibilidades de terceirização de mão-de-obra, inclusive, quanto à atividade fim da empresa tomadora de serviço, resultou, em face dessa nova legislação, transformado em objeto de questionamento perante este Supremo Tribunal Federal.

E anoto que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, essas que estou mencionando são todas, pela anotação que tenho, da relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes.

Ao verificar o teor das petições iniciais dessas ações diretas de inconstitucionalidade que acabo de mencionar, salvo juízo em sentido diverso, mas deparei que um de seus principais questionamentos se refere justamente quanto a uma alegada incompatibilidade da terceirização da atividade fim das empresas, dos empregadores, com o texto constitucional que a nova legislação permite e expressamente o faz. E essa permissão resultou objeto desse questionamento para se ver uma alegada inconstitucionalidade apreciada.

Eis que, ao contrário do quadro normativo existente ao tempo do afloramento dessa ADPF, onde não se constatava essa legislação

ADPF 324 / DF

expressamente no panorama jurídico brasileiro, agora, nós temos duas novas leis que introduzem a terceirização, a admite, inclusive, quanto à atividade fim. E essa admissão é objeto de questionamento contra a sua constitucionalidade.

O que eu estou a dizer - e, por isso que neste ponto não acompanho o eminente Ministro-Relator, pelo menos, nesse sentido que eu estou a tratar - que ADPF, colocando o tema numa dimensão de controle concentrado, e, ainda, essa ADPF terá natureza eminentemente prospectiva, não só retrospectiva. O debate e o desate deste tema delicado e importante, como disse o eminente Ministro Marco Aurélio, no que estamos de pleno acordo, um tema de relevância indisputável, também esse desate projetar-se-á para o futuro. Em relação a isso, tenho para mim que o Supremo Tribunal Federal devia, de uma vez só e num só momento, apreciar este questionamento, eis que a maioria já admitiu a ADPF, junto com esse exame, em sede de controle concentrado, da suposta ou alegada inconstitucionalidade da nova legislação. Portanto, entendo que, uma vez colocados os temas nesta direção, a terceirização de mão de obra e sua compatibilidade ou não, especialmente no que diz respeito à atividade-fim da empresa tomadora de serviço, deve ser decidida nesta ação em conjunto com as demais demandas.

Senhora Presidente e eminentes Pares, quanto a isso, considerando especialmente a relevância do tema, entendo que este Supremo Tribunal Federal deva julgar esta realidade trazida à luz do Enunciado 331 do TST, que a maioria desse Colegiado já entendeu que é suscetível de ser destinatário de uma arguição de inconstitucionalidade, ao mesmo tempo com a controvérsia que emerge da nova legislação, que expressamente admite a terceirização da atividade-fim.

Por isso não vejo prejuízo nesta ADPF. Creio que uma solução possível - é isso que trago à colação quanto a este ponto - seria o caso de sobrestar a apreciação desta ADPF para exame conjunto com as ações diretas de inconstitucionalidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Quanto à perda de objeto, Vossa Excelência está acompanhando o Relator

ADPF 324 / DF

no sentido de rejeitar?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu estou propondo o sobrestamento, por entender que a apreciação desta ADPF foi decidida, aqui, por maioria, o seu cabimento. Tenho, obviamente, uma posição pessoal, que restou vencida implicitamente na deliberação anterior, de que haveria a perda, mas, como se admitiu a ADPF, em face da súmula, eu estou sugerindo ao Colegiado o sobrestamento.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, a ADPF não foi ajuizada contra a ausência de lei, ela foi ajuizada contra um conjunto de decisões, um padrão de decisão, portanto a superveniência da lei não afeta este fato. Este padrão decisório permaneceu mesmo depois da lei, e o Enunciado 331 não foi revogado, ele continua a ser interpretado pela Justiça do Trabalho. Terceiro, eu pedi pauta em novembro de 2016, muitos meses antes da superveniência da lei, e as decisões da Justiça do Trabalho têm sido no sentido de que a nova legislação só se aplica aos novos contratos, conseqüentemente todos os contratos que estavam em vigor em 2017 e continuam vigendo ainda hoje estão sujeitos ao entendimento anterior. De modo que, a meu ver, o interesse subsiste nitidamente, com todas as vênias.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Até porque nós temos um recurso extraordinário também por julgar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Claro.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, eu não quero problematizar com o eminente Ministro Luís Roberto Barroso, mas ressaltar, embora não fosse necessário, a coerência do que o eminente Ministro Luís Roberto Barroso acaba de dizer com o enunciado. De algum modo, embora estejamos nas preliminares, Sua Excelência já fez referência à nova legislação. Ou seja, nós estamos, neste momento, adentrando a um juízo de mérito sobre um tema em relação ao qual há nova lei admitindo a terceirização da atividade-fim. E sem examinar as ações diretas de inconstitucionalidade, estamos aprioristicamente dizendo que aquelas leis que o Supremo ainda não examinou são constitucionais. Creio que, aqui, há uma *contradictio in terminis*, com toda vênia.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

ADPF 324 / DF

- Com todas as vênias, o que eu disse é que a terceirização é válida independentemente da superveniência da lei. Foi isso que eu disse.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas será anotado e, evidentemente, apurado. Não há perda de objeto com a proposta.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/ 4ª PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, estou acompanhando o Relator, tanto mais iremos fixar a correção do entendimento dessa súmula, que valerá para os contratos anteriores, eventualmente, e para as relações jurídicas daqui para diante.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/ 4ª PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, peço vênia ao Relator para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin e agora ratificada pela Ministra Rosa Weber.

Eu entendo também que, a rigor, não há uma prejudicialidade. O advento de uma nova legislação apenas traz um novo tema, que será objeto de apreciação naquelas ADI's que foram relacionadas pelo eminente Ministro Edson Fachin.

O que ocorre aqui é que, nesta ADPF e, eventualmente, no RE, nós estamos adstritos a julgar a constitucionalidade deste Enunciado 331 do TST, ou seja, saber se aquela Egrégia Corte poderia, ou não, à luz da legislação então vigente, estabelecer certas limitações à terceirização. Ocorre, porém, que o eminente Ministro-Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, com a lhanza que o caracteriza, fez a gentileza de distribuir a ementa de seu voto e, no item segundo dessa emenda, Sua Excelência assenta o seguinte:

"A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade".

Sua Excelência, ainda, atendendo até a certo desconforto que se prenunciava entre os Membros desta Corte, procurou, de certa maneira, circunscrever ou modular os efeitos deletérios de uma terceirização sem qualquer tipo de freios ou limites, estabelecendo, a meu ver, com uma correção que também é característica de Sua Excelência que, não obstante seja ele adepto de uma terceirização generalizada, Sua Excelência diz que, mesmo nesses casos, é preciso sempre verificar a idoneidade e a capacidade econômica da empresa terceirizada. Também assenta o

ADPF 324 / DF

Ministro-Relator que reconhece a responsabilidade subsidiária do contratante destas empresas fornecedoras de mão de obra no caso de descumprimento das normas trabalhistas.

Por que eu estou trazendo à colação essa conclusão do eminente Relator? Porque eu vejo, com muita clareza, que Sua Excelência está antecipando uma discussão que será travada naquelas ADI's sob relatoria, ou responsabilidade, se quisermos assim, do eminente Ministro Gilmar Mendes, dizendo, inclusive, que as partes que estão aqui, de certa maneira, se defendendo ou que se manifestaram neste RE submetido ao regime da repercussão geral não tiveram a oportunidade de se defender desses temas, não se manifestaram sobre esses temas, pelo menos nesta abrangência.

Então, eu entendo que, embora, tecnicamente, não haja uma prejudicialidade, nós deveríamos, a bem da racionalidade, sobrestar o exame desta ADPF e deste RE para julgá-los em conjunto com essas ADI's que tratam mais amplamente do tema terceirização já à luz da legislação superveniente, editada em 2017. Na verdade, eu mesmo, ao proferir meu voto, teria que avançar num tema - até para, eventualmente, contrapor-me ao Relator ou com ele concordar - que, enfim, extrapola os lindes da presente ADPF e do próprio RE.

Então, é assim que me pronuncio, ombreando, integralmente, com a proposta feita pelo Ministro Edson Fachin e também pela Ministra Rosa Weber, no sentido de sobrestar-se a discussão e julgarmos essas questões todas englobadamente.

É como me pronuncio.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o Relator ressaltou haver liberado o processo, para inclusão na pauta dirigida, em 2016. Mas há mais: foi tomada uma sessão apenas para serem ouvidos os representantes técnicos das partes interessadas.

Penso que a *avant-premiere* quanto ao tema de fundo é cabível. Devemos enfrentá-lo na própria arguição de descumprimento de preceito fundamental e, também, no recurso extraordinário, independentemente do julgamento das ações diretas a envolverem normas da recente reforma trabalhista.

Acompanho o Relator.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO SOBRE A 5ª PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, apenas para explicitar, eu estou acompanhando o eminente Ministro-Relator, eis que em matéria do arco da legitimidade ativa, inclusive em a ADPF, tenho sustentado inúmeros outros casos, uma compreensão mais elástica desse plano da legitimidade. Mesmo quando há dúvida, e este presente caso da Associação autora da demanda, Associação Brasileira do Agronegócio, emerge dúvida sobre o exato enquadramento nos requisitos da legitimidade ativa, aqui, *in dubio*, no meu modo de ver, indica-se para reconhecer a legitimidade.

Apenas estou explicitando a razão pela qual estou acompanhando o Ministro Barroso nessa rejeição da preliminar.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, peço vênua ao eminente Relator e àqueles que o acompanharam para me adequar ao voto da Ministra Rosa Weber tão brilhantemente enunciado e tão vertical com relação a esta preliminar.

Tive a honra de participar, recentemente, juntamente com o Ministro Dias Toffoli e o Ministro Gilmar Mendes, de um congresso de alto nível, em julho, na Universidade de Londres, com a participação de membros da Suprema Corte do Reino Unido, onde se discutia exatamente o protagonismo dos Judiciários no mundo todo, especialmente o brasileiro, e, notadamente, nesse particular, esse "ativismo" da nossa Suprema Corte.

Na minha brevíssima e modesta intervenção, eu fiz ver que, em matéria de legitimidade ativa para propor ações de constitucionalidade, nós demos uma guinada de 180° relativamente à Constituição decaída de 1967 e a Emenda Constitucional 1, de 1969, que muitos consideram uma nova Constituição, até porque ela incorporou, *in totum*, o famigerado Ato Institucional 5. Como todos nós sabemos, sob a antiga ordem constitucional, havia o monopólio do Procurador-Geral da República para a propositura de ações constitucionais.

Com a redemocratização, penso que o Constituinte, eu me manifestei nesse sentido, foi extremamente generoso ao admitir um grande número de legitimados ativos para propor ações constitucionais em face do Supremo Tribunal Federal.

Não bastasse essa generosidade do Constituinte, nós fomos ainda mais generosos, porque admitimos entidades que, a rigor, examinadas sob uma lupa jurídica, não teriam condições de ajuizarem ações por carência da legitimidade *ad causam*. É o que acontece, a meu ver, neste caso.

Eu penso que a generosidade em matéria de acesso a esta Suprema

ADPF 324 / DF

Corte é algo positivo, mas a generosidade excessiva acaba causando o atravancamento dos nossos trabalhos. Tanto é que nós temos centenas de processos aguardando julgamento exatamente por causa dessa extraordinária facilidade que nós mesmos concedemos ao povo em geral para acessar esta Suprema Corte e manusear esse instrumento nobilíssimo que é justamente a ação constitucional.

Neste caso, a meu ver, na esteira do que disse a eminente Ministra Rosa Weber, a Associação Brasileira do Agronegócio não conseguiu comprovar a sua homogeneidade interna, no que diz respeito à sua composição e à sua representatividade nacional. Aliás, pelo contrário, ficou patente, como Ministra Rosa agora consignou, que a sua composição é absolutamente heterogênea e congrega entidades públicas e privadas e, a meu ver, alguns entes ou alguns órgãos que não têm nada a ver, pelo menos diretamente, com agronegócio em si. A Ministra Rosa Weber leu um rol de entidades que realmente não tratam diretamente do agronegócio.

Além dessas que Sua Excelência listou, eu a aduziria outras: Caixa Econômica Federal, Gaia Agro Securitizadora S.A., Bayer S. A., que é uma empresa química, Associação Nacional de Defesa Estatal. Portanto, na esteira do que disse a Ministra Rosa Weber e também com fundamento no parecer da douta Procuradoria-Geral da República, eu entendo que essa preliminar de ilegitimidade ativa a autora deve, sim, ser aceita.

Assim como voto, acompanhando a Ministra Rosa Weber.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, utilizo uma metáfora: Os nós são muitos, o barbante forte, mas convém ao Supremo abrir esse embrulho.

Creio que a requerente da arguição de descumprimento de preceito fundamental atende aos requisitos legais. Até hoje, não me convenci da distinção feita quanto a entidade de âmbito nacional que congregue categoria única e entidade a envolver categorias diversas. Aprendi, desde cedo, que o intérprete não pode distinguir onde a norma não distingue. E não há qualquer distinção quer na Constituição Federal, quer na Lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por isso, acompanho o Relator.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/ 5º PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Eu vou pedir vênia ao Relator, mas acompanho a divergência inaugurada pela Ministra Rosa Weber, porque também tenho que, neste item específico, a entidade não teve comprovada a sua composição homogênea, pelo contrário, o tempo todo demonstra ser integrada por pessoa jurídica, sem relação direta com a produção agropecuária ou sua comercialização. E a heterogeneidade da composição da autora a descaracterizaria como entidade de classe de âmbito nacional, sem legitimidade, portanto, nos termos da jurisprudência.

E eu mesma fui a autora da ação direta de inconstitucionalidade que não foi conhecida, exatamente, pela heterogeneidade da composição da autora, por exemplo, na Ação Direta 3.381, deste Plenário. E também citei, outros casos, como a Ministra Rosa Weber.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu leio brevemente os itens da minha ementa que são os seguintes:

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias de produção flexíveis, tampouco veda a terceirização. O conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre o tema não estabelece critérios e condições claras e objetivas que permitam a celebração de terceirização com segurança, dificultando, na prática, a sua contratação. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo de sua contratação que pode produzir tais violações.

4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como pelo obrigações previdenciárias.

5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial.

ADPF 324 / DF

6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017 - e aqui já abordando a preliminar, Presidente - persiste o objeto da ação, entre outras razões, porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta.

Portanto, as minhas teses propostas para serem posteriormente deliberadas são: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada e responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”.

Julgo, portanto, Presidente, procedente a ADPF, assentando a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. E, no caso do recurso extraordinário, eu dou provimento ao recurso extraordinário para acolher o pedido da empresa recorrente.

22/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público.

O tema ora em julgamento é um dos mais candentes na doutrina trabalhista-constitucional atual, dando margem a profundos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da compatibilidade entre o arranjo econômico da “terceirização” e os preceitos constitucionais.

Nesse aspecto, cumpre destacar ser função deste Supremo Tribunal Federal conceder uma resposta à sociedade acerca do modo como deve ser entendida - no terreno das garantias individuais e fundamentais -, a possibilidade de repartição de serviços entre diversos agentes, com quadros de pessoal distintos, para a consecução de uma atividade econômica final em comum – prática comumente denominada de *terceirização*.

Deve esta Corte, na qualidade de intérprete constitucional, definir se o referido fenômeno é admitido pela Carta brasileira, conferindo a necessária segurança jurídica aos jurisdicionados, bem assim aos demais órgãos do Poder Judiciário e também ao legislador. Nesse mister, servirão de norte maior os fundamentos do Estado Democrático de Direito insculpidos logo no art. 1º, IV, da Constituição, quais sejam: “*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”.

Ressalto, ainda, a recente aprovação, pelo Congresso Nacional, das Leis nº. 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, as

ADPF 324 / DF

quais modificaram a Lei n.º 6.019/1974 para expressamente consagrar a terceirização das chamadas “atividades-fim”, nos seguintes termos:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei,

ADPF 324 / DF

quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

I - relativas a: *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

b) direito de utilizar os serviços de transporte; *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes. *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. *(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)*

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores

ADPF 324 / DF

em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º **Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local**, de comum acordo entre as partes.

§ 3º **É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores**, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 5º **A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.**

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:

- I - qualificação das partes;
- II - especificação do serviço a ser prestado;
- III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;
- IV - valor.

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

ADPF 324 / DF

Art. 19-A. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa.

Parágrafo único. A fiscalização, a autuação e o processo de imposição das multas reger-se-ão pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 19-B. O disposto nesta Lei não se aplica às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 19-C. Os contratos em vigência, se as partes assim acordarem, poderão ser adequados aos termos desta Lei.

Os dispositivos ora transcritos admitem expressamente a figura da terceirização do trabalho, sem criar restrições com relação às atividades nas quais é admitida essa modalidade de organização empresarial. Por outro lado, os recentes diplomas criaram a responsabilidade subsidiária da contratante (tradicionalmente chamada “tomadora de serviços”) pelas obrigações trabalhistas devidas pela pessoa jurídica contratada com relação ao período de prestação dos serviços contratualmente avençados. A propósito, transcrevo trecho do parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ao Projeto de Lei nº. 4.302, que deu origem à Lei nº. 13.429/2017, no qual resta evidente a intenção do legislador de autorizar a terceirização em “atividades-fim”:

“Qualquer regulamentação, portanto, dispensa este tipo de esclarecimento e deve deixar autorização plena para as empresas contratarem serviços vinculados a sua atividade de forma ampla, prezando pela clareza e pela preservação máxima da livre iniciativa, protegendo o atual exercício das atividades das empresas, que demanda a formação de redes de produção, uso intensivo de tecnologia da informação, e ganhos de produtividade.

ADPF 324 / DF

Eventual diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio mostra-se um empecilho, pois as empresas da atualidade trabalham em redes de produção e, por isso, precisam contratar de tudo. O importante é que contratem de forma correta.”

(Parecer do Relator, Deputado Laércio Oliveira)

Por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em apreço, pretende a Requerente a declaração de inconstitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho, as quais vedavam a prática da terceirização sem legislação específica aplicável que a proibisse, em violação aos preceitos constitucionais fundamentais da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano. Dessa forma, com o advento da reforma trabalhista, há a necessidade de fixar não apenas o entendimento desta Corte sobre a constitucionalidade da tese esposada na Súmula nº. 331 do TST quanto ao período anterior à vigência das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, como também a respeito da subsistência da orientação sumular do TST após o advento das referidas leis, considerando o disposto na Carta Magna. A análise da *quaestio juris*, dessa maneira, deve ser igualmente informada pela presunção de constitucionalidade das leis, com os consequentes ônus argumentativos.

I. PRELIMINAR

LEGITIMIDADE DA REQUERENTE E ADMISSIBILIDADE DA ADPF

Preliminarmente, assento a legitimidade da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO (ABAG) para o ajuizamento da presente ADPF. Em primeiro lugar, a associação conta com representação em mais de nove Estados brasileiros. Além disso, cuida-se de associação destinada ao aprimoramento e valorização das empresas do setor do agronegócio brasileiro, conforme reconhecido em seu estatuto social: “I.

ADPF 324 / DF

atuar no campo político, sugerindo medidas que venham otimizar e aumentar a competitividade do sistema, tanto nacional quanto internacionalmente; II. atuar no campo técnico, desenvolvendo estudos técnicos que permitam respaldar sua atuação política; III. estabelecer um sistema de comunicação com os vários segmentos da sociedade brasileira, visando esclarecer a relevância do sistema e valorizar sua importância social e econômica; IV. atuar de forma a otimizar os resultados do setor". Não resta dúvidas de que a controvérsia relativa à constitucionalidade da terceirização causa impactos na atividade do agronegócio, de modo que a pertinência temática se revela presente na hipótese.

Quanto ao cabimento, há, no caso vertente, verdadeiro ato do poder público, consoante exigido pelo art. 1º da Lei n.º 9.882/99. Isso porque a interpretação adotada pelos órgãos da Justiça do Trabalho inviabiliza determinada forma de organização empresarial, afetando a liberdade geral de contratação, a livre iniciativa e o princípio da legalidade. Esta Corte possui jurisprudência consolidada quanto ao cabimento de ADPF em face de decisões judiciais, consoante se colhe dos seguintes arestos:

"As reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região que resultaram em bloqueio, arresto, penhora, sequestro e liberação de valores administrados pelo Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro para atender demandas relativas a pagamento de salário de servidores ativos e inativos, satisfação imediata de créditos de prestadores de serviços e tutelas provisórias definidoras de prioridades na aplicação de recursos públicos traduzem, em seu conjunto, ato do Poder público passível de controle pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, cabível nos moldes dos arts. 1º, caput, e 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999."

(ADPF 405 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2017)

"Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões

ADPF 324 / DF

divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação.”

(ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009)

É evidente, portanto, que a interpretação judicial adotada pelas inúmeras decisões da Justiça do Trabalho que proíbem a terceirização à míngua de comando legal consubstanciam ato do poder público capaz de causar lesão a preceito fundamental contido na Carta Magna. Por conseguinte, cabível a presente ADPF.

II. MÉRITO

A vexata quaestio, conforme já adiantado, consiste em definir, quanto ao período anterior à vigência das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, se o entendimento acolhido pela Súmula nº 331 da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho traduz entendimento imposto pelos preceitos constitucionais que regem a ordem econômica e a proteção do trabalhador. Conclusão negativa resultará não apenas na afirmação da constitucionalidade das referidas leis sancionadas em 2017, no que regulam a terceirização, mas também na inaplicabilidade da orientação sumular do TST às relações jurídicas ocorridas em período anterior ao novo diploma.

Inaugura-se a nossa Carta Magna com o elenco dos fundamentos da República, reunindo, curiosamente, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em um mesmo inciso (art. 1º, IV). A observação topográfica não é desimportante, pois denota que a inspiração axiológica do constituinte é refratária a uma suposta “guerra de classes”, senão que reputa essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como

ADPF 324 / DF

balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Em outras palavras, os valores do trabalho e da livre iniciativa são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios. Não se pode legitimar, binariamente, a intervenção restritiva em um sob o pretexto de homenagem ao outro, porquanto componentes de um mesmo núcleo comum e harmônico.

Esta conexão inata entre ambos os valores deita suas raízes na história da contenção do poder absoluto dos monarcas, que se confunde também com o próprio advento e evolução da liberdade profissional. Sabe-se que o melhor meio de controle dos súditos sempre foi a concentração do poder de decisão sobre suas atividades produtivas nas mãos do monarca e da elite que lhe era servil. Na Europa, desde a idade média, profissões eram estritamente reguladas pelas chamadas guildas, sendo vedado o seu exercício sem a autorização dos dirigentes destas. É curioso notar como ainda há traços desse período no mundo moderno: vejam-se os sobrenomes europeus que remetem a profissões, derivados da época em que todos os descendentes de uma família eram obrigados a seguir o ofício de seus ascendentes. A rigidez regulatória concentrava em uma elite de mestres artesãos, no topo da hierarquia imposta, a prerrogativa de monopólio dos meios de produção, assim como o de estabelecer salários, preços e padrões de qualidade. Nesse ambiente hostil à competição e à inovação, tornava-se mais fácil controlar as massas e assegurar a manutenção no poder da nobreza dirigente. Apesar do notório óbice ao progresso e à distribuição das riquezas, o sistema era justificado paradoxalmente na proteção ao trabalhador.

Exemplificando como o discurso anti-liberdade, recoberto pelo falso verniz da proteção os trabalhadores, não apenas age em prejuízo destes, senão também perpetua odiosos privilégios, os Professores do MIT e da Universidade de Harvard Daron Acemoglu e James Robinson nos

ADPF 324 / DF

brindam com a seguinte lição:

“Em 1583, William Lee voltou de seus estudos na Universidade de Cambridge para tornar-se o pároco local em Calverton, Inglaterra. Elisabeth I (1558-1603) havia recentemente determinado que seus súditos sempre usassem um barrete de tricô. Lee notou que ‘as tricoteiras eram o único meio de produzir essas peças de vestuário, mas a demora para terminar cada item era demasiado longa. Pus-me a refletir. Observei minha mãe e minhas irmãs sentadas no lusco-fusco do entardecer, às voltas com suas agulhas. Se cada peça era confeccionada por duas agulhas e uma linha de fio, por que não várias agulhas para conduzir o fio?’.

Esse lampejo marcou o início da mecanização da produção têxtil. Lee ficou obcecado pela construção de uma máquina que libertasse as pessoas daquele infundável tricotar manual. Segundo ele, ‘comecei a negligenciar meus deveres para com a Igreja e a família. A ideia de minha máquina e sua criação tomaram-me por completo o coração e o cérebro’.

Por fim, em 1589, sua máquina de tricotar meias ficou pronta. Entusiasmado, ele se dirigiu a Londres, na esperança de conseguir uma audiência com Elisabeth I para mostrar-lhe o quanto a máquina podia ser útil e solicitar uma patente, a fim de impedir a cópia da ideia por terceiros. Alugou um prédio para montar a máquina e, com o auxílio de seu representante local no Parlamento, Richard Parkins, foi apresentado a Henry Carey, Lorde Hundson, membro do Conselho Privado da rainha. Carey conseguiu que a Rainha Elisabeth fosse conhecer a máquina, mas sua reação foi devastadora; não só se recusou a conceder a patente de Lee, como o admoestou: ‘Quanto atrevimento, Senhor Lee. Considera o que tal invenção me poderia causar aos pobres súditos. Decerto lhes traria a ruína ao privá-los de emprego, convertendo-os assim em mendigos.’ Arrasado, Lee mudou-se para a França, a fim de lá tentar sua sorte; tendo também ali fracassado, retornou à Inglaterra, onde requisitou a patente a Jaime I (1603-1625), sucessor de Elisabeth.

ADPF 324 / DF

Jaime I também recusou, com a mesma justificativa de Elisabeth.

(...)

A reação à brilhante invenção de Lee ilustra a tese central deste livro. O medo da destruição criativa é o principal motivo por que não houve uma melhoria sustentada dos padrões de vida entre as revoluções neolítica e industrial. **A inovação tecnológica contribui para a prosperidade das sociedades humanas, mas também implica a substituição do antigo pelo novo, bem como a destruição dos privilégios econômicos e do poder político de alguns.** Para que haja crescimento econômico sustentado, são necessárias novas tecnologias e novas maneiras de fazer as coisas (...). Em última instância, **não foi a preocupação com o destino dos possíveis desempregados devido à invenção de Lee que levou Elisabeth I e Jaime I a lhe negarem a patente; foi seu medo de saírem perdendo politicamente – isto é, seu receio de que os prejudicados pela máquina viessem a gerar instabilidade política e pôr em risco o seu poder.**”

(ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam – As origens do poder, das prosperidade e da pobreza.* Trad. Cristiana Serra. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 143-144 – sem grifos no original)

O grande salto de progresso da humanidade, que nos permitiu gozar de padrões de vida nunca antes experimentados, somente foi possível com o advento do constitucionalismo – no caso inglês, ante a derrocada da dinastia absolutista dos Stuart e a imposição, pela revolução gloriosa, de uma monarquia constitucional. Não é nenhuma surpresa para os economistas que o enriquecimento dos mais pobres é resultado direto de uma economia mais produtiva, ao passo que são condições fundamentais para isso a ausência de intervenções arbitrárias por parte dos governantes e a garantia da liberdade de organização econômica. Foi pela falta desses componentes, concluem Acemoglu e Robinson, que não houve qualquer melhoria significativa de padrões de vida entre as revoluções neolítica,

ADPF 324 / DF

ainda na pré-história, e industrial, no fim do Século XVIII.

Refutada a existência de uma tensão inata entre o valor social do trabalho e a liberdade de iniciativa, prossegue-se à questão central deste julgamento: afinal, o texto constitucional impõe, a partir do parâmetro axiológico do valor social do trabalho (arts. 1º, IV, 6º e 170, *caput*), uma restrição à liberdade de iniciativa que condicione o modo de organização empresarial, limitando a possibilidade de divisão de trabalho entre quadros de pessoal pertencentes a empregadores distintos? Seria possível extrair de preceitos tão abstratos a necessidade de uma providência tão específica e de magnitude tão intensa?

Vale recordar que não há norma jurídica no ordenamento positivo conferindo caráter cogente à solução restritiva. Nesse cenário, exsurge em importância o princípio fundamental e necessário em qualquer ordenamento constitucional, e que na Carta brasileira pode ser extraído do art. 5º, II: o princípio da liberdade jurídica, consistente na faculdade de agir ou deixar de agir conforme se aprover. Trata-se de imperativo lógico inferido da impossibilidade de reger de forma adequada, por limitações cognitivas próprias da condição humana dos legisladores, todas as infinitas situações decorrentes das relações interpessoais. Mais além, o princípio da liberdade jurídica é consectário da dignidade da pessoa humana, pois esta, como afirma o Tribunal Constitucional Federal alemão, compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade (*“Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten”*) (BVerfGE 45, 187).

Na qualidade de regra mestra do sistema normativo, como afirma o jurista alemão Robert Alexy, o *“princípio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível”* (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da

ADPF 324 / DF

Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 177). E prossegue o jusfilósofo, sobre as consequências lógico-jurídicas do direito geral de liberdade (*das Allgemeine Freiheitsrecht*):

“A liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. (...) De um lado, a cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – *permitido* fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva). De outro, cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o *direito*, em face do Estado, a que este não embarace a sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos).

(...)

Em razão do fato de o direito geral de liberdade estar relacionado não apenas a ações, mas também a situações e a posições, a esse princípio devem ser adicionados dois outros: um que exige a maior medida possível de não afetação de situações e outro que exige a maior medida possível de não-eliminação de posições jurídicas do titular do direito fundamental. Esses três princípios podem ser agrupados em um princípio superior, o *princípio da liberdade negativa*. No que se segue, será tratado apenas o mais simples dos subprincípios, o princípio da liberdade jurídica, que exige que as alternativas de ação sejam afetadas o mínimo possível por deveres e proibições.”

(*Op. cit.* p. 343 e 352)

Sendo a liberdade um *topoi*, extraído da dignidade humana e da própria configuração do sistema jurídico, é imperioso inferir, sob pena de torná-la estéril, que eventuais restrições devem: (i) ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo; e (ii) adequar-se ao teste da proporcionalidade. Adotando semelhante raciocínio, o Tribunal Constitucional Federal alemão assentou que “o indivíduo deve admitir restrições à sua liberdade de ação, estabelecidos pelo legislador para proteção e fomento do convívio social nos limites do razoável de acordo com a situação

ADPF 324 / DF

fática; mas deve a autonomia da pessoa restar mantida (“*Der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht; doch muß die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben*”) (BVerfGE 30, 1 [20]). Examinando a orientação pretoriana transcrita, Alexy vaticina: “*Essa fórmula, na qual claramente se vislumbra a máxima da proporcionalidade, não apenas diz que a liberdade é restringível, mas também que ela é restringível somente diante da presença de razões suficientes*” (Op. cit. p. 357-358).

Outra não é a conclusão de Volker Epping (professor da Universidade de Hannover) e Christian Hillgruber (professor da Universidade de Bonn), os quais, analisando o artigo 2 da Constituição alemã (*das Grundgesetz*), defendem que a garantia de liberdade de ação humana “*expressa-se antes de tudo em uma estrita aplicação do princípio da proporcionalidade, com aumentado ônus de justificação por parte do Estado para intervenções*” (“*menschlicher Handlungsfreiheit sich zuvörderst in einer strikteren Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit erhöhter Rechtfertigungslast seitens des Staates bei Eingriffen ausdrückt*”) (EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian. *Grundgesetz – Kommentar*. 2^a ed. München: C. H. Beck, 2013. p. 29).

Esse ônus de justificação elevado, por óbvio, não é atendido com o recurso a argumentos de cariz meramente retórico. É dizer: a restrição à liberdade deve encontrar suporte em elementos empíricos que indiquem a sua necessidade e adequação para o atingimento do objetivo constitucionalmente legítimo. Consubstancia ônus do proponente da medida embasá-la com informações – pesquisas de campo, estatísticas, levantamentos históricos *etc.* – que a justifiquem e demonstrem a sua eficácia.

Visto que constatações empíricas dependem de análises, mais ou menos controversas, sobre dados cuja abrangência e confiabilidade

ADPF 324 / DF

podem variar, põe-se a questão: qual o grau exigido de segurança dos argumentos de justificação para legitimar uma dada intervenção na liberdade? Com efeito, cuida-se de uma exigência de caráter dinâmico, não estático, pois seu rigor será variável, de acordo com a gravidade da restrição proposta à liberdade. É o que Alexy denomina “lei epistêmica do sopesamento”: “*Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia*” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 617).

Na hipótese vertente, há um fator adicional, que recomenda ainda maior rigor na apuração da segurança das premissas empíricas: a medida restritiva em escrutínio (qual seja, a Súmula nº. 331 do TST) não foi estabelecida pela via legislativa, com a chancela do debate público e democrático, mas imposta por construção jurisprudencial. Se a postura do julgador deve ser, *prima facie*, de autocontenção em face do legislador, em homenagem à legítima função que também assiste a este de interpretação da Carta Magna, exige-se com maior razão o minimalismo quando não há vedação expressa a uma conduta nem na Constituição e nem na lei. Entender de outra forma equivale a tratar a liberdade como exceção, não como regra, contrariando o núcleo base da dignidade humana, expresso na formulação do imperativo categórico de Immanuel Kant: o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo, nunca um meio para um fim (“*Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst*” – KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. AA IV. Berlim: Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1900. p. 429). Some-se a tudo isso o fato de que, por meio das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, o Congresso Nacional veio a acolher expressamente a legitimidade da terceirização em todas as suas formas, com expressa menção aos princípios constitucionais da reserva legal (art. 5º, II) e da livre iniciativa (art. 1º) no curso do processo legislativo (cf. parecer do Relator da CCJ, Deputado Laércio Oliveira).

ADPF 324 / DF

Considerando as balizas teóricas ora lançadas, tem-se *in casu* uma intervenção severa na configuração da atividade econômica (é dizer, a proibição de divisão de tarefas, dentro de um mesmo ciclo produtivo, entre pessoas jurídicas distintas), estabelecida por intérprete constitucional não investido de legitimidade democrática para realizar escolhas discricionárias entre as possibilidades semânticas e sistemáticas da Carta Magna, qual seja, o Judiciário. Por isso, é imprescindível submeter a medida a um crivo ainda mais minucioso e rígido para verificação de seus suportes fáticos.

A intervenção em comento resulta da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em especial seus incisos I, III, IV e VI, cuja leitura é essencial para melhor compreender o entendimento jurisprudencial a respeito da terceirização no ordenamento brasileiro até o advento das reformas de 2017, *in verbis*:

Súmula nº 331 do TST

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.

ADPF 324 / DF

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.

A primeira norma a ser extraída do enunciado jurisprudencial é a vedação, como regra, da delegação de atividades componentes do processo produtivo de uma empresa para pessoa jurídica com quadro de empregados distinto. Essa regra comportaria apenas quatro exceções: (i) trabalho temporário (Lei nº 6.019/74); (ii) contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83); (iii) contratação de serviços de conservação e limpeza; e (iv) contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. É de se ressaltar, ainda, o advento da Lei nº. 11.442/2007, a qual passou a reger a terceirização, inclusive das atividades-fim, pelas empresas transportadoras de carga pela via rodoviária, afastando a configuração de vínculo de emprego (objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 48, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso).

Outro ponto a ser salientado é o de que a Lei nº 7.102/83 não estabelece qualquer vedação à terceirização nas hipóteses que não envolvam serviços de vigilância e de transporte de valores, sequer a

ADPF 324 / DF

contrario sensu. Seu artigo 3º se limita a preceituar que a vigilância ostensiva e o transporte de valores podem ser executados por empresa especializada contratada ou pelo próprio estabelecimento financeiro. De igual modo, não há óbice imposto pela Lei nº 6.019/74, que tão somente reconhece a legitimidade da prestação de serviços por uma empresa a outra para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços. Nada dispõe sobre os casos em que a divisão de tarefas entre as empresas é conveniente, de forma permanente ou não, para fins de eficiência do processo produtivo.

Aliás, antes mesmo das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017 já havia regra legal em favor da terceirização, inclusive da atividade-fim: o art. 25 da Lei nº 8.987/95, que permite à concessionária de serviços públicos “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades *inerentes*, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”.

O quadro apresentado no momento anterior às reformas de 2017 revelava a existência de intervenção restritiva gravíssima na organização econômica – e, por consequência, na liberdade jurídica fundamental dos cidadãos –, estabelecida não pelo legislador, dotado da necessária *accountability* para positivar o vetor resultante das preferências dos seus eleitores, mas por ato de cunho jurisdicional, plasmado em enunciado sumular. Considerando a elevada intensidade da restrição da liberdade, o grau de certeza das premissas empíricas que embasam a medida já deveria ser igualmente elevado, ainda que se tratasse de norma editada pelo Congresso Nacional, por aplicação da “lei epistêmica do sopesamento”, na expressão de Alexy. Tratando-se, porém, de orientação jurisprudencial, desprovida de um debate democrático antecedente na caixa de ressonância adequada para a reverberação de todos os interesses envolvidos, o escrutínio sobre a vedação deve observar o maior rigorismo possível, concluindo-se pela sua insubsistência ante o mais ténue

ADPF 324 / DF

elemento que exsurgir em seu desfavor.

As premissas empíricas invocadas pelo órgão *a quo* para sustentar a orientação esposada na Súmula nº 331, de acordo com os precedentes que lhe deram origem, são as seguintes: (i) a utilização, em dado processo produtivo, do trabalho prestado por empregados ligados a pessoas jurídicas diferentes configuraria fraude, autorizando a responsabilização da pessoa jurídica reputada como beneficiada; e (ii) a terceirização precarizaria o trabalho humano, conseqüentemente comprometendo o equilíbrio da ordem econômica instituída e a integração do trabalhador na vida da empresa.

Outro argumento, por vezes invocado em discussões sobre a matéria, é o de que a terceirização fragilizaria a mobilização sindical dos trabalhadores. Reputo essa alegação demasiadamente frágil, mormente porque é imprestável a sustentar, só por si, uma suposta inconstitucionalidade dessa técnica empresarial. A divisão da atividade produtiva entre diversas empresas não altera a representação sindical, haja vista que o art. 8º, II, da Constituição contempla a existência de apenas uma organização sindical para cada categoria profissional ou econômica. Nem se alegue que a terceirização provocaria uma dispersão territorial dos trabalhadores nociva à mobilização sindical, porquanto uma mesma firma pode igualmente dividir a sua operação por diversas localidades distintas.

O enfoque, desse modo, será em relação àquelas duas principais premissas basilares do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

A premissa de que a terceirização configura invariavelmente uma *fraude* confere interpretação aos artigos 2º e 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas desconectada do seu texto, extraíndo proibição que não encontra nele qualquer respaldo. O argumento que subjaz a Súmula nº 331 do TST defende faltar à empresa “prestadora” de serviço a assunção

ADPF 324 / DF

dos riscos da atividade econômica, bem assim a personalidade, pois somente repassaria o salário ao empregado, não se apropriando nem se beneficiando do resultado do trabalho por ele prestado. Assim, haveria tão somente uma tentativa de burlar a legislação trabalhista, atraindo como consequência a nulidade, na forma do art. 9º 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*”).

Esse argumento, entretanto, não resiste à mais superficial análise.

Primeiramente, a divisão entre empresa “tomadora” e “prestadora” de serviço ignora que, na dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, diversos agentes podem fazer parte de um complexo sistema produtivo, tornando, na verdade, como único “tomador” do serviço o consumidor final. Tome-se como exemplo a *Apple Inc.*, oitava maior empresa do mundo no ano de 2018 (ranking *Forbes Global 2000*). O consumidor final, ao adquirir um *iPhone* da marca, sequer desconfia que todo o *hardware* foi fabricado pela *Foxconn*, pessoa jurídica distinta com sede em Taiwan que também produz componentes eletrônicos para Dell, Hewlett-Packard, Sony, Microsoft e Motorola, dentre outros. A *Foxconn*, por sua vez, fabrica os aparelhos utilizando processadores da *Intel*. Enquanto a *Apple* lidera o ranking das maiores empresas de tecnologia do planeta no ano de 2018, a *Foxconn* ocupa a décima posição da lista e a *Intel* o sexto lugar. Nesse panorama simplificado – que omite, para fins didáticos, inúmeras outras pessoas jurídicas integrantes da cadeia produtiva nas atividades de desenho industrial, criação de softwares, publicidade, distribuição, sistema de pagamentos, obtenção de matérias-primas, controle de qualidade *etc.* –, já se antevê que não há verdadeiramente uma subordinação entre as empresas que compõem o sistema produtivo, senão uma coordenação entre agentes especializados para a consecução do melhor resultado final possível ao consumidor. A evolução do empreendedorismo tornou obsoleta, se é que algum dia foi

ADPF 324 / DF

útil ou objetivamente controlável, a diferença entre “atividades-meio” e “atividades-fim”.

Logo se percebe que a cisão de atividades não revela qualquer intuito fraudulento, mas sim estratégia de configuração das empresas para fazer frente às exigências do mercado competitivo (em última análise, exigências de consumidores como todos nós), sendo precisamente esse o núcleo protegido pela liberdade de iniciativa inculpada nos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira. A incessante busca por eficiência existe porque, ao contrário do afirmado pelo Tribunal Superior do Trabalho nos acórdãos geradores da Súmula nº 331, as empresas assumem o risco da atividade, sabendo que a perda de mercado significa uma ameaça à sua sobrevivência e, conseqüentemente, ao emprego dos seus trabalhadores. Voltando ao exemplo da *Apple*, a *Foxconn* disputa o mercado de fabricação dos componentes de produtos da marca com outras empresas, como a *Pegatron Corporation*, gerando uma sadia competição dentro da mesma cadeia produtiva. Não há qualquer pessoalidade entre os funcionários da *Foxconn* e da *Pegatron*, de um lado, e a *Apple Inc.*, de outro, muito embora o resultado do trabalho prestado deva atender às diretrizes e exigências desta última.

A racionalidade que informa a figura da terceirização foi primeiramente teorizada por um dos maiores nomes da história das ciências econômicas, o ganhador do prêmio Nobel Ronald Coase. Quando tinha apenas 21 anos, em 1932, Coase proferiu palestra na *Dundee School of Economics and Commerce*, na qual apresentou pela primeira vez as ideias que seriam sistematizadas no seu clássico artigo “*The Nature of The Firm*”, de 1937 (*Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405). Perguntava-se, o jovem Coase, o motivo pelo qual não há apenas “competições atomísticas” – ou seja, por que cada transação envolvendo o uso do trabalho, material ou dinheiro de outros não se efetua como uma transação de mercado. A razão estaria nos custos de produzir cada uma dessas transações no mercado: imagine-se a inconveniência, e com isso a

ADPF 324 / DF

elevação de custos, se, a cada vez que se utilizasse do trabalho de alguém, uma negociação de mercado fosse necessária. Isso explica a própria existência das firmas, destinadas a reproduzir internamente condições de mercado, mas sem os mencionados “custos” – que ficariam eternizados na literatura econômica como “custos de transação” –, que são substituídos por relações de hierarquia. Esse raciocínio conduziu Coase a uma outra pergunta: se o objetivo é eliminar os custos de transação, por que todas as operações de produção da sociedade não se submetem a apenas uma gigantesca firma? A resposta está no fato de que quanto maior e mais complexa a unidade empresarial, menos eficiente será ela em reproduzir internamente as condições de mercado, de modo que os custos de produção interna passam a ser superiores aos “custos de transação”, isto é, de obtenção do mesmo bem no mercado. Dessa forma, se o objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fará sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os “custos de transação”. Do contrário, a aquisição do bem ou serviço em transações típicas de mercado será melhor não apenas para a firma, mas também para toda a sociedade, que desfrutará de maior produção com menor desperdício (COASE, Ronald H. “*The Nature of the Firm: Origin*”. In: *4 Journal of Law, Economics, and Organization*, 3, Oxford, 1988).

As ideias de Coase são tão influentes que desafiam até hoje os estudiosos do tema. Basta ver que o prêmio Nobel de economia de 2016 foi conferido a Oliver Hart, Professor da Universidade de Harvard, precisamente por desenvolver os modelos coasianos de teoria da firma utilizando novas ferramentas, como a economia comportamental. Para Hart, a escolha entre efetuar uma transação no mercado – *v. g.*, por contratação independente –, ou dentro da firma – *v. g.*, por relação de emprego –, também é informada pela satisfação dos envolvidos com as condições do contrato (custos de ressentimento – *aggrievement costs*), pela propensão de cada um a realizar a melhor performance possível (*shading*

ADPF 324 / DF

costs), pela titularidade do poder de escolha do método de produção, por quem será responsável pelos custos desse método, dentre outros. Nas palavras do autor, “a terceirização será provavelmente eficiente quando um contrato detalhado puder ser elaborado sobre a natureza do bem a ser entregue (...). Em contrapartida, se for difícil elaborar um contrato detalhado e o valor do comprador for muito sensível aos detalhes da produção, então a produção dentro da firma pode ser melhor” (tradução livre do trecho: “*outsourcing is likely to be efficient when a detailed contract can be written about the nature of the good to be delivered (...). In contrast, if a detailed contract is hard to write and B’s value is very sensitive to the details of production, then in-house production may be better*”. HART, Oliver. “Reference Points and the Theory of the Firm”. In: *Economica* (2008) 75, 404-411).

Seguindo essa linha, a Teoria da Administração demonstra como a evolução da configuração empresarial ao longo do tempo permitiu ganhos de desempenho, por meio da gestão, capazes de proporcionar melhores resultados tanto para a empresa quanto para a sociedade a que ela serve. É o que a literatura denomina “modelo organizacional”, figura que descreve as diversas formas de estrutura administrativa, abrangendo a descentralização, a departamentalização, a especialização do trabalho *etc.* O professor de administração da Universidade de Stanford Donald John Roberts explica que a terceirização (*outsourcing*) se dá no chamado modelo de desintegração vertical, no qual a organização tem por objetivo ganhos de performance dificilmente alcançáveis por outros meios. Passo a transcrever as suas lições, que especificam com maestria os ganhos de desempenho para a firma decorrentes da terceirização e por que isso ocorre, *in verbis*:

“Durante as primeiras duas décadas do século XX, administradores na Standard Oil of New Jersey, Dupont, Sears Roebuck e General Motors inventaram uma nova forma de organizar e gerir seus negócios. Sua criação – a agora ubíqua forma multidivisional – envolveu mudanças fundamentais no

ADPF 324 / DF

desenho da firma. Enquanto a mudança mais visível foi estruturar a organização com base em divisões definidas por produto ou geografia, no lugar da funcionalidade, a nova forma também implicou novos sistemas para coletar e armazenar informação, para alocar recursos e para controlar comportamentos. Esse novo modelo permitiu uma solução eficiente para o problema incrivelmente complicado de coordenar e motivar um grande número de pessoas realizando um complexo de atividades interrelacionadas, frequentemente em diferentes localidades. Isso, então, permitiu que organizações empresariais gigantes, lidando com produtos variados, emergissem e funcionassem de forma efetiva em escala continental e posteriormente global. O novo desenho também levou a um grande crescimento no número de pessoas trabalhando como administradores e à emergência de um conjunto de valores e normas que caracterizam a administração como uma profissão. Em termos do seu impacto, não apenas na atividade econômica, mas também na vida humana como um todo, o desenho organizacional multidivisional deve ser reputado como uma das maiores inovações do último século.

Nada obstante, **as últimas duas décadas têm visto um conjunto de inovações na organização da firma que é similarmente fundamental e que pode em última instância ser igualmente importante.** Todos os elementos do desenho ainda não estão em sua forma final. Administradores continuam a experimentar com o seu aprimoramento enquanto implementam mudanças em suas organizações. Ainda assim, alguns contornos gerais são claros. **Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais.** Essas mudanças são refletidas no imenso volume de atividades de fusão, aquisição e cisão que marcaram as décadas de 1980 e 1990 e que podem agora estar novamente aumentando. (...) **Muitas também tentaram redefinir a natureza da relação que possuíam com seus empregados na medida em que reprojavam tarefas e a**

ADPF 324 / DF

própria natureza do trabalho.

Essas mudanças têm por objetivo melhorar a performance das firmas que as adotam. O aumento da pressão concorrencial conduz à sua adoção, e novas tecnologias fazem muitas delas possíveis pela primeira vez. (...)

Essas inovações organizacionais, quando aplicadas corretamente, geram melhor performance econômica, afetando o bem-estar material da população do mundo. Mais ainda, elas alteram as maneiras pelas quais o trabalho é feito, mudando a vida das pessoas de forma fundamental.

(...)

A ideia principal é projetar a organização de forma a prover o máximo de incentivos concentrados e intensos possível dentro dos limites impostos pelo formato da corporação e das interdependências que ela tanto cria quanto se destina a controlar. Para isso é necessária uma variedade de escolhas de arquitetura e rotinas, sustentada por mudanças culturais, que juntas podem ser chamadas desagregação. Os elementos arquitetônicos chave envolvem redesenhar os limites horizontal e vertical da firma para aumentar o foco estratégico; criar subunidades relativamente pequenas dentro da organização nas quais direitos de decisão significativa são alocados; e diminuir o número de camadas de administração e a amplitude da equipe central. Rotinas e processos são alterados para tornar as subunidades responsáveis por produzir performance ao mesmo tempo em que as une por vários meios para gerir as interdependências entre elas. Finalmente, normas culturais são desenvolvidas para facilitar o alcance e realização da performance melhorada.

De fato, algumas firmas há muito empregam formatos organizacionais que envolvem muitas das características do modelo de baixo acoplamento e desagregado. Johnson & Johnson, a empresa de equipamentos farmacêuticos e médicos, e de produtos para o consumidor, é um excelente exemplo. **A Johnson & Johnson é composta por mais de 150 empresas separadas, cada uma das quais fornecendo a mercados**

ADPF 324 / DF

diferentes. As empresas extremamente independentes executam seus próprios desenvolvimento, produção, marketing e venda de produtos, pagando dividendos para a empresa-mãe. **O desenho extremamente descentralizado gera intensos incentivos para as companhias criarem novos produtos e aumentar as vendas**. Enquanto isso, um conjunto de valores e normas fortemente compartilhados ajuda a assegurar que o comportamento está alinhado com a performance geral.

(...)

Um elemento importante para projetar a organização com vistas a um desempenho superior é concentrar a firma somente naquelas atividades em que ela pode gerar o maior valor. Para muitas firmas, isso tem implicado desintegração vertical, transferindo para outros o fornecimento de bens e serviços que a firma anteriormente provia por si mesma.

Uma notável manifestação desse processo de terceirização e desintegração vertical é o conjunto de firmas exemplificado por Nike e Benetton, que têm adotado a função de ‘arquiteto vertical’ ou ‘organizador da cadeia de valor’. Essa função envolve organizar a firma líder e administrar uma cadeia de valor – em tênis esportivos e, mais recentemente, vestuário e equipamentos esportivos na Nike, e em moda fashion na Benetton –, mas na realidade tendo poucos dos bens empregados e executando poucas das atividades necessárias para criar valor. A **Nike, por exemplo, terceiriza toda a sua produção, mas realiza o design dos produtos, marketing e distribuição para revendedores (independentes).**

(...)

Esse modelo tem sido largamente adotado na indústria de eletrônicos. Por exemplo, **na indústria de computadores pessoais, muitas das principais empresas terceirizam quase toda a produção** para companhias de serviços de produção de eletrônicos (EMS, em inglês), como Solectron e Flextronic. Ambas essas companhias EMS fazem dezenas de bilhões de dólares de negócios por ano, mas elas não têm produtos próprios. **Além disso, as empresas de computação também**

ADPF 324 / DF

estão começando a terceirizar logística, atendimento de pedidos e serviço pós-vendas, e até o design e a fabricação dos seus produtos de baixo custo.

Há, obviamente, várias razões muito boas pelas quais uma firma deveria preferir adquirir bens e serviços em vez de provê-los de forma caseira. Fundamentalmente, a menos que a firma possua uma especial competência em realizar a atividade de fornecimento, outras são provavelmente capazes de fazer o trabalho melhor e mais barato. Isso pode ocorrer porque elas se especializam nessa tarefa e, por meio do aprendizado, tornam-se mais competentes nela; ou porque elas se aproveitam de economias de escala fornecendo para múltiplos clientes, algo que a companhia que está comprando não pode por si mesma realizar; ou porque a sua concentração reduz a complexidade organizacional relativamente à alternativa integrada, do que resultam menores custos de administração. A maior concentração também reduz problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados. Além do mais, confiar na competição para estabelecer preços pode ser muito melhor do que tentar determinar preços internos de transferência. O fornecimento externo é também atrativo porque é provavelmente mais fácil induzir competição entre fornecedores externos do que ocorre quando os fornecedores estão dentro da empresa compradora. Especificamente, substituir um fornecedor externo insatisfatório é muito mais fácil que se livrar de um fornecedor interno que não está tendo um bom desempenho.”

(Tradução livre para o trecho: “During the first two decades of the twentieth century, managers at Standard Oil of New Jersey, Dupont, Sears Roebuck, and General Motors invented a new way of organizing and managing their businesses. Their creation - the now ubiquitous multidivisional form - involved fundamental changes in the design of the firm. While the most visible change was structuring the organization on the basis of divisions defined by product or geography,

ADPF 324 / DF

rather than functionally, the new form also involved new systems for collecting and recording information, for allocating resources, and for controlling behavior. This new model permitted an efficient solution to the incredibly complicated problem of coordinating and motivating large numbers of people carrying out a complex of interrelated activities, often in different locations. It thus allowed giant, multiproduct business organizations to emerge and function effectively on a continental and then global scale. The new design also led to a huge growth in the number of people working as managers and to the emergence of the set of values and norms that mark management as a profession. In terms of its impact, not just on economic activity, but also on human life as a whole, the multidivisional organizational design must rank as one of the major innovations of the last century.

Yet the last two decades have seen a set of innovations in the organization of the firm that is similarly fundamental and that may ultimately be as momentous. All the elements of the design are not yet in their final form. Managers continue to experiment with improving it as they implement changes in their organizations. Still, some broad outlines are clear. Firms have changed the scope of their activities, typically refocusing on their core businesses and outsourcing many of the activities that they previously regarded as central. These changes are reflected in the immense volume of merger, acquisition, and spin-off activity that marked both the 1980s and 1990s and that may now be building again. (...) Many have also tried to redefine the nature of the relationship they have with their employees while redesigning jobs and the very nature of work.

These changes are aimed at improving the performance of the firms adopting them. Increased competitive pressures drive their adoption, and new technology makes many of them feasible for the first time.

(...)

These organizational innovations, when properly applied, do lead to better economic performance, affecting the material

ADPF 324 / DF

well-being of the people of the world. Moreover, they alter the ways work is done, changing people's lives in fundamental ways.

(...)

The key idea is to design the organization to provide as focused, intense incentives as possible within the constraints implied by the corporate form and the interdependencies that it both creates and is meant to control. Doing so necessitates a variety of choices of architecture and routines, supported by cultural changes, that together can be called disaggregation. The key architectural elements involve redrawing the horizontal and vertical boundaries of the firm to increase strategic focus; creating relatively small subunits within the organization in which significant decision rights are lodged; and decreasing the number of layers of management and the extent of central staff. Routines and processes are altered to hold the subunits accountable for delivering performance while linking them together by various means to manage the interdependencies among them. Finally, cultural norms are developed that facilitate the pursuit and realization of improved performance.

In fact, some firms have long employed organizational designs that involve many of the features of the loosely coupled, disaggregated model. Johnson & Johnson, the pharmaceutical, medical equipment, and consumer products company, is a prime example (Pearson and Hurstak 1992). Johnson & Johnson is composed of over 150 separate companies that each serve different markets. The fiercely independent companies carry out their own product development, production, marketing, and sales, paying dividends to the parent. The highly decentralized design generates intense incentives in the companies to create new products and increase sales. Meanwhile, a strongly shared set of values and norms helps ensure that behavior is aligned with overall performance.

(...)

An important element of designing the organization for

ADPF 324 / DF

greater performance is to focus the firm on just those activities where it can create the most value. For many firms, this has involved vertical disintegration, turning over to others the provision of goods and services that the firm formerly provided for itself.

A striking manifestation of this process of outsourcing and vertical disintegration is a set of firms exemplified by Nike (Brady and de Verdier 1998; Whang and de Verdier 1998) and Benetton (Stevenson, Martinez, and Jarillo 1989) that have adopted the role of “vertical architect” or “value chain organizer.” This role involves the lead firm’s organizing and managing a value chain—in sports shoes and, more recently, apparel and sports equipment at Nike, and in fashion wear for Benetton—but actually owning few of the assets involved and carrying out few of the activities that are needed to create value. Nike, for example, outsources all its production, but does the product design, marketing, and distribution to (independent) retailers.

(...)

This model has been extensively adopted in the electronics industries. For example, in the personal computer industry, many of the leading firms outsource almost all manufacturing to such electronic manufacturing services (EMS) companies as Solectron and Flextronic. Both of these EMS companies do tens of billions of dollars of business a year, but they have no products of their own. Further, the computer firms are also beginning to outsource logistics, order fulfillment, and post-sales service, and even the design and manufacture of their low-end products.

There are, of course, numerous very good reasons why a firm should prefer to purchase goods and services rather than provide them in-house. Fundamentally, unless the firm has some special competence in carrying out the supply activity, others are likely able to do the job better and more cheaply. This could be because they specialize in this task and, through learning, become more proficient at it; or because they enjoy

ADPF 324 / DF

economies of scale in supplying multiple customers which the buying company cannot itself realize; or because their focus reduces organizational complexity relative to the integrated alternative and thus results in lower costs of management. Greater focus also reduces measurement and attribution problems, facilitating the provision of stronger incentives to employees. Moreover, relying on competition to set prices may be much better than attempting to determine internal transfer prices. Outside supply is also attractive because it is probably easier to induce competition among external suppliers than it is when the suppliers are inside the buyer's firm. In particular, replacing an unsatisfactory outside supplier is much easier than getting rid of an internal supplier that is not performing well.")

(ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 1-3, 183-184 e 191-193)

Michael E. Porter, professor da *Harvard Business School* e uma das maiores autoridades do mundo em estratégia corporativa e competição no mercado, enumera ainda outros problemas que podem surgir quando não há terceirização (PORTER, Michael E. *Competitive strategy: techniques for analyzing industries and competitors*. New York: Free Press, 1998. p. 300-323):

(i) *volume de transferência e eficiência de escala*: quando a necessidade da firma por um bem ou serviço não é grande o suficiente para compensar a economia de sua produção doméstica, restam apenas as opções não desejáveis de manter uma estrutura pequena e ineficiente para atender apenas à sua demanda ou construir uma estrutura capaz de aproveitar a economia de escala, com o possível inconveniente de ter de vender o excesso ao mercado, inclusive a concorrentes;

(ii) *divergência entre preços de transferência e preços de mercado*: quando o custo do fornecimento internalizado de um bem ou serviço não reflete o preço de mercado destes, uma unidade da companhia estará subsidiando

ADPF 324 / DF

a outra em comparação com o que poderia ser alcançado no mercado externo, de modo que a tomada de decisão com base nesses preços artificiais reduz a eficiência e prejudica a competitividade da empresa como um todo;

(iii) barreiras de entrada no mercado: se todas as empresas integram verticalmente a cadeia de produção, novos agentes interessados em ingressar no mercado necessitarão de grandes investimentos para conseguir fazer frente aos custos de uma estrutura que internalize o fornecimento de todos os bens e serviços necessários à sua atividade, diminuindo-se, assim, o espectro de entrantes com capacidade de suportar o aporte inicial e conseqüentemente a concorrência no mercado;

(iv) limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas: a integração à firma de um componente da cadeia produtiva pode ser inviabilizada ou dificultada em razão de restrições de acesso a certas tecnologias – *v. g.*, por questões de propriedade intelectual – ou matérias-primas – *v. g.*, quando há barreiras de acesso às suas fontes;

(v) maior alavancagem operacional: sendo certo que a integração vertical aumenta os custos fixos da empresa, esta fica mais sujeita a flutuações de mercado que reduzam a demanda pelo bem ou serviço internamente fornecido (*v. g.*, ciclos inerentes ao negócio ou inovações de mercado), expondo a companhia a maiores riscos e oscilações de balanço;

(vi) menor flexibilidade para se adaptar ao mercado: sem terceirização, o sucesso de um negócio é ao menos parcialmente correlacionado à habilidade do seu fornecedor (ou cliente) interno de se adaptar às exigências competitivas. Inovações tecnológicas, mudanças no design do produto envolvendo componentes, falhas estratégicas ou problemas de gestão podem criar uma situação em que o fornecedor “doméstico” provê bens ou serviços mais caros, inferiores ou inapropriados para o negócio, mas os custos para que a firma promova a necessária adaptação são

ADPF 324 / DF

muito maiores se comparados ao relacionamento com entidades independentes;

(vii) requerimentos de investimento de capital: prover internamente todas as necessidades de uma firma consome os seus recursos, muitas vezes não compensando os custos de oportunidade, ao passo que a negociação com entidades independentes utiliza o capital de investimento de terceiros. Esse fator pode expor a empresa a riscos estratégicos e drenar os recursos que poderiam ser aplicados em outros setores da companhia, reduzindo a flexibilidade de alocação dos fundos de investimento e, desse modo, a capacidade de diversificar a operação;

(viii) incentivos frágeis: os incentivos de performance em uma relação cativa podem ser enfraquecidos quando o fornecimento é interno e não em ambiente competitivo. A aquisição de um bem ou produto de fornecedores externos pode ser objeto de barganhas que não ocorrem no interior de uma mesma firma. Ademais, quando uma unidade da cadeia enfrenta problemas, eles podem se espalhar para unidades até então saudáveis, pois estas, pressionadas ou voluntariamente, tendem a tentar socorrer a ala com desempenho ruim ao custo do seu próprio desempenho;

(ix) diferentes requerimentos de administração: diferentes setores de uma cadeia produtiva podem ser diferentes em estrutura, tecnologia e administração. A produção e a fabricação de metal primário, por exemplo, são bastante diferentes; uma é extremamente dependente de investimentos intensivos de capital, enquanto a outra, que não é, demanda estreita supervisão da produção e ênfase descentralizada em serviços e marketing. Fabricação e venda no varejo são atividades substancialmente diferentes. Adquirir o *know-how* e a estrutura necessários para administrar cada uma dessas áreas representa um custo adicional para a empresa, pois a administração capaz de operar um setor pode muito bem ser incapaz de gerir outros. A tendência é que a

ADPF 324 / DF

companhia submeta todos os setores a um conjunto comum de diretrizes inadequado para muitos daqueles: estrutura organizacional, controles, incentivos, diretrizes de investimento, dentre outras técnicas de administração, se aplicadas indiscriminadamente geram resultados contraproducentes.

Tratando-se de estratégia de organização, a decisão sobre a terceirização ou não depende da peculiaridade de cada mercado e cada empresa, sendo que por vezes a configuração ótima pode ser o fornecimento tanto interno quanto externo, o que Ranjay Gulati, também professor da *Harvard Business School*, denomina como “*plural sourcing*” (GULATI, Ranjay; PURANAM, Phanish; BHATTACHARYA, Sourav. “*How Much to Make and How Much to Buy? An Analysis of Optimal Plural Sourcing Strategies.*” *Strategic Management Journal* 34, no. 10 (October 2013): 1145–1161).

Nota-se, portanto, que a terceirização é um mecanismo moderno e eficiente de configuração da firma, utilizado pelas principais empresas do mundo nos mais variados segmentos, inclusive em suas “atividades-fim”, pois facilita a especialização e fomenta a concorrência dentro de uma mesma cadeia de produção. Isso incentiva cada célula empresarial a produzir mais, melhor e com menos custos, proporcionando à sociedade, assim, bens e serviços com qualidade superior e preços inferiores.

Para demonstrar a tamanha impropriedade do critério da “atividade-fim”, basta considerar que nos Estados Unidos já se debate até mesmo a terceirização daquilo que sempre se entendeu como o núcleo da empresa: o conselho de administração (*Board of Directors*). Dessa maneira, companhias terceirizariam esta função para as chamadas *Board Service Providers (BSPs)*, a fim de atingir os seguintes objetivos: (i) economias de escala e de escopo, pela criação de um mercado de governança corporativa distinto do mercado de controle de companhias; (ii) incentivos de responsabilidade: ações em face da BSP têm maiores

ADPF 324 / DF

chances de reparação de danos que as dirigidas em face de conselheiros isoladamente; (iii) maior transparência sobre as ações do conselho; (iv) incentivos para melhor gestão, pois a reputação da BSP estará envolvida; (v) melhor precificação da governança corporativa pelo mercado (BAINBRIDGE, Stephen M.; HENDERSON, M. Todd. *“Boards-R-Us: Reconceptualizing Corporate Boards”* (July 10, 2013). University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 646; UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper Nº. 13-11).

Adotando a premissa subjacente à Súmula nº 331 do TST, tornar-se-ia imperioso concluir que gigantes empresariais como Nike, Apple e Johnson & Johnson constituiriam meras fraudes, de modo que deveriam ser compelidas a reunificar toda a cadeia de produção em uma só firma, gigantesca, altamente burocrática, complexa e ineficiente. Logo se percebe que vedar a adoção desse avançado modelo organizacional significa proibir a atividade industrial e produtiva do país de acompanhar as tendências do mercado competitivo internacional, certamente tornando os atores nacionais extremamente fragilizados na disputa com seus concorrentes estrangeiros. Nesse contexto, o panorama que se apresenta é a diminuição do fluxo de riquezas para o país, gerando prejuízo não apenas para o bem-estar de toda a população, mas também para os próprios trabalhadores, que sofrerão as consequências das dificuldades enfrentadas pelas empresas para se manter em operação.

Por todo o exposto, a premissa de que a “terceirização” configura fraude é desprovida de qualquer fundamento fático, pois contraria os ensinamentos da mais avançada literatura no campo da administração de empresas, bem assim a realidade organizacional de companhias que são referência no mercado e devem servir de exemplo para concorrentes interessados em obter performances semelhantes. Tanto não há intuito fraudulento que cada uma das empresas envolvidas na cadeia de valor deve observar as leis trabalhistas com relação aos empregados que contratarem. *Verbi gratia*, a supramencionada *Foxconn*, que mantém

ADPF 324 / DF

fábricas no Brasil, é obrigada a cumprir com a legislação do trabalho e de segurança do trabalho no que tange ao seu quadro de pessoal.

Estabelecido que a proibição inserta na Súmula nº 331 do TST é insustentável sob a premissa da fraude, passa-se a testar os pressupostos empíricos da hipótese segundo a qual a terceirização gera “precarização” para as relações de trabalho.

Deve-se, preliminarmente, separar o que se pode considerar como pesquisa empírica jurídica com rigor científico e outros tipos de assertivas que, por falhas metodológicas ou conclusivas, não devem possuir valor perante a ciência – e nem perante as Cortes.

Lee Epstein, Professora da *Washington University* (EUA), e Andrew Martin, Diretor da *University of Michigan* (EUA), ensinam que uma pesquisa empírica (isto é, baseada em dados) de caráter observacional deve seguir um rígido procedimento de: (i) desenho do projeto; (ii) coleta e codificação de dados; e (iii) análise dos dados. A fase de *desenho do projeto* consiste na concretização de elementos conceituais, a fim de que se possa observá-los no mundo natural. A *coleta* de dados abrange: a definição das fontes de informações (como entrevistas e análise de documentos) e dos métodos para extraí-las; a escolha entre o exame de todos os elementos de interesse (o que se denomina *população*) ou de apenas uma amostra; e, em caso de amostra, como extraí-la e quantos dados coletar. Por *codificação* de dados se entende a conversão da informação para um formato passível de uso na aferição. A fase de *análise*, por sua vez, consiste em sumarizar os dados coletados pelo pesquisador para a realização de inferências estatísticas, ou seja, utilizar dados conhecidos para aprender sobre fatos não conhecidos. Para realizar conclusões sobre causalidade, é dizer, se um fator é causa de um determinado resultado, realiza-se a denominada *inferência causal*, que consiste na comparação da diferença entre um cenário factual (com o fator em exame) e um contra-factual (sem o fator), por meio da utilização

ADPF 324 / DF

cuidadosa de ferramentas de matemática, estatística e até mesmo de informática. A realização de inferência causal deve seguir técnicas tão delicadas e complexas que muitos autores aconselham cientistas a não configurar o desenho de pesquisas baseadas em dados observacionais em termos de *causalidade*, devendo ser restringida a análise a *associações* entre variáveis (EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. *An Introduction to Empirical Legal Research*. New York: Oxford, 2014).

A partir desses parâmetros, devem ser analisadas as pesquisas que suportam cada uma das hipóteses, a começar pela pesquisa em favor da proibição da terceirização constante dos autos do Recurso Extraordinário julgado em conjunto com a presente ADPF.

Na tentativa de apresentar dados fáticos que amparassem a genérica assertiva de “precarização”, a Central Única dos Trabalhadores, admitida como *amicus curiae* nos autos do referido recurso, apresentou levantamento feito por ela própria (CUT) e pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), no qual se conclui que os trabalhadores “terceirizados”, em média, receberiam salário 24,7% (vinte e quatro inteiros e sete décimos por cento) menor, teriam jornada de trabalho semanal superior em 3 (três) horas e ficariam menos tempo no emprego. Cuida-se, no entanto, de levantamento caracterizado por sérias falhas metodológicas, conduzindo à baixa confiabilidade das evidências empíricas coletadas e à incoerência lógica das conclusões apontadas.

Note-se, de plano, que o estudo realiza uma comparação entre “setores tipicamente terceirizados” e “setores tipicamente contratantes”, sem explicar o que seriam esses conceitos genéricos e sem qualquer tipo de controle sobre as atividades neles inseridas para justificar a “diferença média” apontada. Há, portanto, equívocos elementares de desenho, coleta, codificação e análise na pesquisa.

ADPF 324 / DF

Mais ainda, a relação de causalidade apontada entre terceirização e variação de salários não observa os rígidos parâmetros de inferência estatística exigidos pela ciência. Considerando que a Súmula nº 331 do TST limita a terceirização, em sua maior parte, a setores compostos por trabalhadores com menor qualificação (como vigilância, limpeza e manutenção), não é de se estranhar que o salário praticado nessas áreas seja inferior. Todavia, a defasagem não pode ser atribuída à “terceirização”, mas sim, dentre outros fatores, ao contraste de *capital humano*, entendido este como “qualquer estoque de conhecimento ou características que o trabalhador possua (seja inato ou adquirido) e que contribua para a sua produtividade” (ACEMOGLU, Daron; AUTOR, David. *Lectures in Labor Economics*. p. 3. Disponível em: <<http://economics.mit.edu/faculty/acemoglu/courses>>. Tradução livre para: “*human capital corresponds to any stock of knowledge or characteristics the worker has (either innate or acquired) that contributes to his or her “productivity”*”). Noutras palavras, a diferença de salários e jornada de trabalho entre um médico e um faxineiro do mesmo hospital não pode ser explicada pela “terceirização”, visto que a disparidade ainda persistiria no caso de ambos serem contratados pela mesma pessoa jurídica.

A mesma falha metodológica se apresenta no ponto do dossiê CUT/DIEESE que analisa a “rotatividade” dos trabalhadores: alega-se que a permanência média no trabalho é de 5,8 anos para os trabalhadores diretos e de 2,6 anos para os terceirizados. Ocorre que questões relacionadas ao capital humano também influenciam o denominado “*turnover*”, ou seja, a substituição de empregados, como explica o economista laureado com o prêmio Nobel Gary Becker: “*Empregados com treinamento específico têm menos incentivo para pedir demissão, e as firmas têm menos incentivos para demiti-los, do que empregados sem treinamento ou com treinamento genérico, inferindo-se disso que as taxas de demissão serão inversamente relacionadas à quantidade de treinamento específico*” (Tradução livre para o trecho: “*Employees with specific training have less incentive to quit, and firms have less incentive to fire them, than employees with no or*

ADPF 324 / DF

general training, which implies that quit and layoff rates would be inversely related to the amount of specific training". BECKER, Gary S. "Investment in Human Capital: A Theoretical Analysis". In: The Journal of Political Economy, vol. 70, issue 5, part. 2, Oct. 1962. p. 21). Não houve, no referido dossiê, qualquer controle quanto ao grau de especificidade das habilidades exigidas nas funções que compuseram cada um dos grupos comparados, de modo que este fator, e não a desintegração vertical, pode ser o responsável pela discrepância constatada. Ainda, muitas outras variáveis podem estar relacionadas ao *turnover*, como a alta competitividade entre as empresas na disputa pelos empregados em certos setores, o perfil demográfico dos trabalhadores (idade, perfil familiar, gênero *etc.*) e fatores psicossociais (KURUVILLA, Sarosh; RANGANATHAN, Aruna. "Employee Turnover in the Business Process Outsourcing Industry in India". In: *Management Practices in High-Tech Environments*. Coord. Dariusz Jemielniak; Jerzy Kociatkiewicz. New York: IGI Global, 2008. p. 110-132).

O não isolamento de outros fatores que possam contribuir para a variação observada é um erro técnico tão comum quanto grave em pesquisas empíricas. É o que a literatura designa como "enviesamento por omissão de variáveis" ("*omitted variable bias*"), conforme se depreende dos ensinamentos dos professores da Universidade de Illinois (EUA) Thomas Ulen, Robert Lawless e Jennifer Robbennolt:

"O enviesamento por variável omitida ocorre quando há uma variável explanatória ou independente que possui influência na variável dependente, mas não foi explicitamente incluída como uma variável independente e é correlacionada com uma ou mais das variáveis independentes que está ou estão incluídas. Quando isso ocorre, as estimativas para os parâmetros das variáveis incluídas que estão correlacionadas com a variável omitida podem estar enviesadas.

Uma variável omitida é uma variável independente que deveria ter sido incluída na regressão, mas não foi. (...)

ADPF 324 / DF

Isso é o jargão técnico. Tão importante quanto é o ponto bastante prático de que, se omitimos variáveis independentes, isso ‘pode fazer com que seja creditado a uma variável incluída um efeito que na verdade é causado pela variável excluída. Em geral, variáveis omitidas que estão correlacionadas com a variável independente reduzem o valor probatório da análise regressiva’.”

(Tradução livre para o trecho: “*Omitted variable bias* arises when there is an explanatory or independent variable that has an influence on the dependent variable but has not been explicitly included as an independent variable *and* that is correlated with one or more of the independent variables that is or are included. When this occurs, the estimates for the parameters of the included variables that are correlated with the omitted variable may be biased.

An omitted variable is an independent variable that should have been included in the regression but was not. (...)

Those are the technicalities. Just as important is the very practical point that if we omit independent variables, this ‘may cause an included variable to be credited with an effect that actually is caused by the excluded variable. In general, omitted variables that are correlated with the dependent variable reduce the probative value of the regression analysis’.”)

(LAWLESS, Robert M.; ROBBENOLT, Jennifer K.; ULEN, Thomas S. *Empirical Methods in Law*. New York: Aspen, 2010. p. 324-325)

A pesquisa assinada por CUT e DIEESE ainda realiza outras afirmações que desafiam o rigor exigido de qualquer metodologia empírica. Conclui, por exemplo, que o calote seria uma realidade no mundo da terceirização, mas, em vez de apontar dados concretos que embasem a conclusão, limita-se a assinalar que ela pode ser confirmada por “*uma simples pesquisa na internet ou conversas com os trabalhadores*” e enumera, sem informações detalhadas, alguns casos em que isso teria ocorrido – a grande maioria deles envolvendo contratos com o poder público, sucedendo que a dificuldade financeira das contratadas decorreu

ADPF 324 / DF

da falta de repasse pelo governo. Posteriormente, afirma que acidentes e mortes no trabalho seriam uma “*faceta da terceirização no país*”, sugerindo incorretamente que algum empregador no Brasil estaria desobrigado da observância das normas de segurança no trabalho. Além disso, mais uma vez ignora a possibilidade de que os dados apontados sejam distorcidos pela Súmula nº 331 do TST – com efeito, se a terceirização somente for autorizada para atividades em que os riscos à saúde do trabalhador sejam inerentemente maiores, a diferença de riscos entre essas e outras atividades não pode ser atribuída à terceirização, mas à própria distinção das suas naturezas. Pode-se dizer com razoável certeza, por exemplo, que está sujeito a maiores riscos de acidente um trabalhador em contato com alta tensão elétrica do que um secretário administrativo que realiza serviços internos, sem que se precise cogitar do vínculo empregatício terceirizado ou não para chegar a essa conclusão. Porém, no caso de o eletricitista ser “terceirizado” e o secretário não, seria possível dizer que o risco de acidente de trabalho é maior *por causa* da terceirização? Obviamente, a resposta é negativa.

Evidencia-se, a partir do exposto, que o estudo apresentado não observou minimamente as técnicas básicas de pesquisa empírica, razão pela qual as suas conclusões não possuem qualquer valor científico. Por isso mesmo, cuida-se de elemento imprestável para fins probatórios, em especial quando se trata de fundamentar jurisprudência de tamanho relevo para a sociedade.

Falhas metodológicas idênticas são encontradas em outro dossiê realizado por organização sindical (Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros, Colocação e Administração de Mão de Obra, Trabalho Temporário, Leitura de Medidores e Entrega de Avisos – Sindeepres), este referido no parecer do ilustre Procurador-Geral da República (Marcio Pochmann, “Trajetórias da Terceirização”, disponível em <<http://www.sindeepres.org.br/~sindeepres/images/stories/pdf/pesquisa/t>

ADPF 324 / DF

rajatorias1.pdf>). O economista responsável não apresenta qualquer descrição da metodologia utilizada; não explica como caracterizou “estabelecimentos de terceirização” e quais os critérios para diferenciá-los dos demais; não distingue os dados coletados por cargos e setores da atividade econômica; não controla a presença de variáveis observáveis e não-observáveis; não considera eventual influência da Súmula nº 331 do TST nos resultados analisados; e realiza conclusões de natureza causal sem qualquer demonstração do procedimento utilizado para embasar seus resultados. Dessa maneira, tal como em relação ao dossiê CUT/DIEESE, deve ser considerado nulo o valor probatório do dossiê Sindeepres.

Se, por um lado, o suporte empírico da hipótese de “precarização” das relações de trabalho pela terceirização é fragilíssimo, como demonstrado, de outro, há robustos estudos demonstrando como esse modelo organizacional produz efeitos benéficos aos trabalhadores.

Um desses exemplos de efeitos positivos da terceirização, conforme apontado pela literatura especializada, tem relação com o desemprego.

De acordo com a síntese de indicadores sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 42,3% (quarenta e dois inteiros e três décimos por cento) dos brasileiros se sustenta por trabalhos informais, ou seja, vive à margem da legislação do trabalho e previdenciária (disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2015/default_tab_xls.shtm>). Entre a população negra e parda, a proporção sobe para 48,4% (quarenta e oito inteiros e quatro décimos por cento). Na região Nordeste, que apresenta o menor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) médio do país, a parcela da população integrante do mercado de trabalho informal atinge preocupantes 60,4% (sessenta inteiros e quatro décimos por cento). Não se deve perder de vista que constituem objetivos fundamentais da

ADPF 324 / DF

República Federativa do Brasil “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”, ex vi do art. 3º, III, da Constituição, cujo art. 170 ainda erige à condição de princípios gerais da atividade econômica a “*redução das desigualdades regionais e sociais*” e a “*busca do pleno emprego*”.

A correlação entre o engessamento regulatório do mercado de trabalho formal e a precarização das condições de vida dos trabalhadores dele alijados é apontada pelos principais estudiosos da economia do trabalho. O economista norteamericano Douglass C. North, agraciado com um prêmio Nobel de Economia, teceu as seguintes considerações:

“Se os governos dos países desenvolvidos continuarem a impor taxas marginais elevadas de imposto de renda e regulação mais custosa dos mercados de trabalho, o resultado inevitável será o aumento do trabalho informal. (...) Trabalhadores informais têm menos direitos e quase nenhum recurso aos Tribunais quando maltratados pelos patrões. Além disso, eles rotineiramente não possuem benefícios extras e têm pouca segurança no trabalho.”

(Tradução livre para o texto: “*If developed countries’s governments continue to impose higher marginal personal income tax rates and more costly regulation of labor markets, the inevitable result will be that more work will be done off the books. (...) Underground workers have fewer rights and almost no recourse to the courts when maltreated by employers. Moreover, they routinely have no fringe benefits and little job security.*”)

(NORTH, Douglass C. *et alii*. *The Economics of Public Issues*. 17ª ed. New Jersey: Pearson, 2012. p. 95-96)

Nessa linha, estudos mais específicos demonstram, com o recurso a modelos matemáticos e pesquisa empírica, que o aumento da terceirização possui uma relação sistemática com a redução do desemprego (KOSKELA, Erkki; STENBACKA, Rune. “*Equilibrium Unemployment with Outsourcing under Labour Market Imperfections*”. In:

ADPF 324 / DF

CESifo Working Paper nº. 1892, category 4: labour markets, january 2007. p. 12). Mesmo quando analisado o impacto da contratação de bens e serviços terceirizados no exterior, estudos sobre o panorama dos Estados Unidos demonstram, ao contrário do que geralmente se alardeia, que a terceirização internacional não possui influência sobre o desemprego involuntário no mercado interno (OGLOBIN, Constantin. *“Global Outsourcing of Human Capital and the Incidence of Unemployment in the United States”*. In: *Applied Econometrics and International Development*, (AEID), Vol. 4-3, 2004). Pesquisas examinando a situação da Alemanha, ainda, concluíram que a terceirização está associada a um aumento na estabilidade no emprego no setor de serviços, ao passo que não apresentou impacto sobre a estabilidade no emprego no setor de produção (BACHMANN, Ronald; BRAUN, Sebastian. *“The Impact of International Outsourcing on Labour Market Dynamics in Germany”*. In: *Ruhr Economic Papers*, n. 53, jul. 2008). A própria Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) coordenou um estudo sobre a terceirização internacional, concluindo que os países envolvidos se beneficiam de maior crescimento econômico, menores índices de desemprego e aumento de salários (OECD (2012), *“Policy Priorities for International Trade and Jobs”*, (ed.) D. Lippoldt, disponível em: <<http://www.oecd.org/site/tadicite/50258009.pdf>>).

Essas conclusões reforçam a hipótese de que a terceirização está associada ao crescimento do mercado de trabalho, na medida em que a competitividade e a produtividade das empresas também aumentam com a especialização no processo produtivo. A racionalidade dessa correlação pode ser assim descrita: *“Quando a terceirização permite às firmas produzir com menos custos, a competição entre firmas que terceirizam diminuirá os preços dos seus produtos. (...) consumidores terão mais dinheiro para gastar com outros bens, o que ajudará empregos em outras indústrias”* (Tradução livre para o trecho: *“When outsourcing allows firms to produce more cheaply, competition between firms that are outsourcing will drive down the prices of their products. (...) consumers will have more money to spend on other goods, which will help*

ADPF 324 / DF

jobs in other industries". TAYLOR, Timothy. "In Defense of Outsourcing". In: 25 Cato J. 367 2005. p. 371).

Apreciando o mercado brasileiro, estudo recente elaborado pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EESP) estimou o diferencial de salários entre a mão de obra terceirizada e os trabalhadores contratados diretamente pelas empresas tomadoras de serviços. A pesquisa constatou que "*características não observáveis exercem um papel relevante na seleção e na determinação da remuneração dos terceirizados*", motivo pelo qual o comparativo deve levar em consideração não apenas outras características observáveis dos trabalhadores e das firmas além da terceirização (v. g., idade, escolaridade e ramo de atividade), mas também o "*efeito fixo dos indivíduos*" (v. g., motivação, dedicação, capacidade de comunicação e maturidade emocional). Uma ênfase semelhante a características não observáveis como fatores determinantes para explicar diferenças salariais já era proposta por Gary Becker (BECKER, Gary S. *Economic Theory*. 2. printing (2008, Transaction Publishers, New Brunswick, NJ). Original: New York: Knopf, 1971. p. 177). Apurou-se no estudo brasileiro, por exemplo, que "*os trabalhadores das atividades de Segurança/vigilância recebem, em média, 5% a mais quando são terceirizados*", bem como que "*ocupações de alta qualificação e que necessitam de acúmulo de capital humano específico, como P&D [pesquisa e desenvolvimento] e TI [tecnologia da informação], pagam salários maiores aos terceirizados*". Cogitou-se também ser "*possível que [em] serviços nos quais os salários dos terceirizados são menores, o nível do emprego seja maior exatamente porque o 'preço' (salário) é menor*" (ZYLBERSTAJN, Hélio *et alii*. "Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil". In: CMICRO - Nº32, Working Paper Series, 07 de agosto de 2015, FGV-EESP).

Exatamente em razão dos seus efeitos benéficos aos trabalhadores em geral, os Projetos de Lei para regulamentação da terceirização que deram origem às Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017 receberam o apoio de centrais sindicais, como a Força Sindical ("*Plenária da força sindical apoia*

ADPF 324 / DF

regulamentação da terceirização”, disponível em <<http://fsindical.org.br/plenarias-da-forca-sindical/plenaria-da-forca-sindical-apoia-regulamentacao-da-terceirizacao>>, acesso em 07/11/2016) e a União Geral dos Trabalhadores (“*UGT defende lei que discipline terceirização*”, disponível em <<http://www.ugt.org.br/index.php/post/6587-UGT-defende-lei-que-discipline-terceirizacao>>, acesso em 07/11/2016).

À vista de todas as considerações até aqui apresentadas, tem-se que as premissas subjacentes à proibição inserta na Súmula nº 331 do TST simplesmente não resistem ao mais leve escrutínio de suas premissas empíricas. Admitir a concepção peculiar dos dispositivos constitucionais construída pela Corte Trabalhista, nesse panorama, é defender que a realidade deve se curvar às teses elaboradas por juristas, não o contrário. Semelhante postura não se coaduna com a humildade judicial que deve informar o comportamento dos Tribunais, notadamente quando envolvida restrição gravíssima a liberdades fundamentais constitucionalmente protegidas. Como bem ressaltou o Professor da Universidade de Harvard Cass Sunstein, “se Tribunais supervisionarem o mercado de trabalho, será impossível ter um mercado de trabalho” (“*If courts are going to oversee the labor market, it will be impossible to have a labor market*”. SUNSTEIN, Cass R. “Against Positive Rights Feature”. In: *2 East European Constitutional Review* 35, 1993).

Ressalte-se, derradeiramente, que o critério criado pela referida Súmula, baseado na divisão entre atividades-meio e fim, gera divergências entre os próprios juízos obreiros no que concerne às hipóteses de terceirização por eles autorizadas. Em pesquisa elaborada pela ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e professora do Insper-SP Luciana Yeung, constatou-se que não há qualquer uniformidade na jurisprudência da Justiça do Trabalho sobre quais categorias de atividades seriam consideradas “meio” para fins de ilicitude da terceirização. Concluiu a estudiosa que o “regramento normativo existente sobre a questão da terceirização da mão de obra está

ADPF 324 / DF

longe de gerar orientações claras e segurança jurídica”, que a “pacificação não está acontecendo com o passar do tempo” e que as “justificativas dos magistrados para defender ou atacar a terceirização são praticamente idiossincráticas” (YEUNG, Luciana. “Terceirização de Mão de Obra no Brasil: para quê a PL 4.330/2004?”. Disponível em: <<http://www.cedes.org.br/downloads.html>>). Por essas razões, além do déficit democrático e das deficiências nos fundamentos de fato invocados pelos órgãos *a quo*, a orientação proibitiva, ante a falta de parâmetros objetivos, gera nefasta insegurança jurídica para empresas e trabalhadores.

Como proponente da regra proibitiva, competiria aos juízos trabalhistas demonstrar inequivocamente as premissas empíricas por eles assumidas, não bastando o recurso meramente retórico a interpretações de cláusulas genéricas da Constituição, como a dignidade humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (art. 1º, IV), a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I) ou a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Não sendo a seara adequada para adoção de decisões puramente políticas, o Judiciário assume o ônus ainda maior de comprovar, com grau de certeza virtualmente insuperável, que a conduta por ele proibida causa danos a todos os trabalhadores, formais e informais, sem produzir qualquer benefício social em contrapartida. No entanto, apurações criteriosas, mediante técnicas universalmente aceitas pela comunidade científica, permitem concluir em sentido diametralmente oposto – longe de “precarizar”, “reificar” ou prejudicar os empregados, a terceirização está associada a inegáveis benefícios aos trabalhadores em geral, como a redução do desemprego, diminuição do *turnover*, crescimento econômico e aumento de salários. Igualmente, não se sustenta a afirmativa de fraude, por tratar-se a terceirização de técnica aplicada pelas mais valiosas e modernas empresas do mundo, cuja importância é reconhecida tanto nas ciências econômicas quanto na literatura de Administração. Aplicando-se a já referida “lei epistêmica do sopesamento”, para utilizar a nomenclatura de Alexy, é necessário afastar a regra proibitiva em exame, ante a debilidade das premissas empíricas

ADPF 324 / DF

em que se baseia a intervenção.

Conclui-se ante todo o exposto que, mesmo no período anterior à edição das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, a prática da terceirização já era válida no direito brasileiro, independentemente dos setores em que adotada ou da natureza das atividades contratadas com terceira pessoa. A Súmula nº. 331 do TST é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da CRFB). Por conseguinte, até o advento das referidas leis, em 31 de março e 13 de julho de 2017, respectivamente, reputam-se hígidas as contratações de serviços por interposta pessoa, na forma determinada pelo negócio jurídico entre as partes. A partir do referido marco temporal, incide o regramento determinado na nova redação da Lei n.º 6.019/1974, inclusive quanto às obrigações e formalidades exigidas das empresas tomadoras e prestadoras de serviço.

Em seu voto, o ilustre relator da ADPF, Min. Roberto Barroso, estabeleceu duas obrigações para a empresa contratante, a fim de evitar o abuso da terceirização, quais sejam: (i) a contratante deve verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e (ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei n.º 8.212/1993). Quanto à primeira obrigação, a novel legislação atribui a obrigação de fiscalizar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada aos órgãos de aplicação das normas trabalhistas, como o Ministério do Trabalho e Emprego e o Ministério Público do Trabalho. Isso porque a inobservância das normas destinadas à garantia da robustez financeira da empresa prestadora de serviços sujeita a pessoa jurídica infratora à aplicação de multas. Eis o que determina a lei, *verbis*:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

ADPF 324 / DF

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Art. 19-A. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa.

Parágrafo único. A fiscalização, a autuação e o processo de imposição das multas rege-se pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Desse modo, entendeu o legislador que a imposição, à contratante, da obrigação de fiscalizar a empresa prestadora de serviços seria excessiva, até porque a tomadora de serviços pode ser empresa de menor porte em relação à contratada. Em outras palavras, pode ser que a contratante possua menos recursos e porte econômico mais modesto que a terceirizada, hipótese na qual o dever de fiscalização importaria um ônus demasiadamente gravoso ao exercício das atividades da tomadora de serviços.

Nada obstante, o já referido art. 5º-A, § 5º, da Lei n.º 6.019/1974 estabelece a responsabilidade subsidiária da contratante pelas obrigações trabalhistas da contratada, bem como a obrigação de recolher as suas contribuições previdenciárias, independentemente do exercício de fiscalização quanto à idoneidade e capacidade econômica desta última.

ADPF 324 / DF

Portanto, o regime legal hoje em vigor atribui ao poder público a tarefa de fiscalizar a saúde financeira das empresas prestadoras de serviços a terceiros, ao passo que impõe à contratante a responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Entendo que a mesma solução deve ser aplicável para relações jurídicas anteriores ao advento da reforma trabalhista, ou seja, preexistentes à Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017. Estabelecido que a terceirização é compatível com a Carta Magna e protegida pelos seus artigos 1º, IV, 5º, II, e 170, os quais garantem a livre iniciativa e a liberdade contratual, sendo insubsistente a Súmula n.º 331 do TST, deve-se aplicar a solução da reforma trabalhista aos casos pretéritos, a fim de evitar um vácuo normativo quanto à matéria. Por essa razão, também quanto a fatos pretéritos se impõe a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta, na forma do art. 31 da Lei n.º 8.212/93. Em contrapartida, afasto a imposição à contratante do dever de fiscalização da capacidade financeira da contratada, por ausência de previsão legal.

Ex positis, julgo procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO - ABAG

ADV.(A/S) : TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (22129/PR)

ADV.(A/S) : MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO (15348/PR)

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (0020016/DF, 20016/DF, 91152/RJ)

AM. CURIAE. : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE

ADV.(A/S) : PERCIVAL MENON MARICATO (42143/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DE SERVICOS - CNS

ADV.(A/S) : ANTONIO CARLOS VIANNA DE BARROS (39219/DF, 1420-A/RJ, 17663/SP)

AM. CURIAE. : ABNT - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELESSERVICOS

ADV.(A/S) : CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (34238/DF, 96073/RJ)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS A TERCEIROS, COLOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE MÃO DE OBRA, TRABALHO TEMPORÁRIO, LEITURA DE MEDIDORES E ENTREGA DE AVISOS DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDEEPRES

ADV.(A/S) : ALMIR PAZZIANOTTO PINTO (130503/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO - ANPT

ADV.(A/S) : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS (5939/DF)

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : FORÇA SINDICAL

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : CENTRAL DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS DO BRASIL - CTB

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : NOVA CENTRAL SINDICAL DOS TRABALHADORES - NCST

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, Associação Brasileira do Agronegócio - ABAG, a Dra. Teresa Arruda Alvim; pela Procuradoria-Geral da República, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Telesservicos - ABT, o Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto; pelo *amicus curiae* Central Brasileira do Setor de Serviços - CEBRASSE, o Dr. Flávio Henrique Unes Pereira; pelos *amici curiae* Central Única dos Trabalhadores - CUT, Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil - CTB, Força Sindical

- FS e Nova Central Sindical dos Trabalhadores - NCTS, o Dr. José Eymard Loguércio; e, pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT, o Dr. Gustavo Teixeira Ramos. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 16.8.2018.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou a preliminar de invalidade da procuração, e, por maioria e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares: i) de que, indiretamente, estar-se-ia tentando impugnar um Enunciado da Justiça do Trabalho, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski; ii) de ausência de subsidiariedade, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber; iii) de perda de objeto por superveniência de lei, vencidos o Ministro Edson Fachin, que propunha o sobrestamento do feito, a Ministra Rosa Weber, que julgava pela perda do objeto, e o Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o Ministro Edson Fachin pelo sobrestamento do feito; iv) e de ilegitimidade ativa *ad causam*, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente). No mérito, após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que julgava procedente a arguição, assentando a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, o julgamento foi suspenso. Plenário, 22.8.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

23/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Boa tarde, Presidente, Ministra Rosa, Ministros, Procuradora-Geral Dr^a Raquel Dodge, a quem cumprimento pela sustentação oral realizada, assim como também o faço em relação a todos os ilustres advogados que se manifestaram anteriormente, contribuindo para o julgamento da presente e importante questão.

Inicialmente, é importante ressaltar, como já o fizeram os relatores Ministro ROBERTO BARROSO e LUIZ FUX, que os casos ora tratados não têm por objeto a relativização de direitos sociais ou a desvalorização do trabalhador, pois somente por meio do trabalho o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5º, XIII; 6º; 7º; 8º; 194-204).

As questões jurídico-constitucionais que se colocam no presente julgamento – independentemente de ideologias, opiniões pessoais ou interpretações meramente subjetivas – são duas:

(a) Se a Constituição Federal, expressa ou implicitamente, por violação a algum de seus dispositivos, veda a possibilidade de terceirização; ou, adotando a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, o texto constitucional restringe a possibilidade desta última.

(b) Se a denominada “terceirização de atividade-fim” se confunde com a atividade de “ilícita intermediação de mão de obra”, que busca burlar a efetividade dos direitos sociais e previdenciários e afastar a valorização do trabalho.

I) Inexistência de vedação constitucional expressa ou implícita em

ADPF 324 / DF

relação à possibilidade de terceirização, enquanto legítima opção empresarial de modelo organizacional.

A Constituição Federal não veda ou restringe expressa ou implicitamente a possibilidade de terceirização, enquanto possibilidade de modelo organizacional, como bem destacado pelos votos dos Ministros relatores ROBERTO BARROSO e LUIZ FUX, cujos fundamentos adoto, sem, contudo, repeti-los, por celeridade processual e razoável duração do voto.

Vou, porém, mais além ao afirmar que a Constituição Federal tampouco impõe qual ou quais as formas de organização empresarial devam ou possam ser adotadas, pois assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

No sistema de produção capitalista, consagrado constitucionalmente, a escolha do modelo organizacional das empresas compete ao empreendedor, não podendo ser imposta pelo Estado.

O texto constitucional não permite ao poder estatal – executivo, legislativo ou judiciário – impor um único e taxativo modelo organizacional para as empresas, sob pena de ferimento aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência.

O Estado – seja legislativamente, seja judicialmente – não poderá impor regras rígidas e específicas de organização interna das empresas; cabendo tal decisão aos próprios empreendedores, que, por sua conta e risco, devem realizar sua opção de modelo organizacional dentro das lícitas e legítimas possibilidades consagradas pelos Princípios Gerais da Atividade Econômica e estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal.

Obviamente, essa opção será lícita e legítima desde que não proibida ou colidente com o ordenamento constitucional; bem como, desde que, durante a execução dessa opção – na hipótese de terceirização –, as empresas “tomadoras” e “prestadoras” não violem direitos sociais e previdenciários do trabalhador e a primazia dos valores sociais do

ADPF 324 / DF

trabalho, que, juntamente com a livre iniciativa, tem assento constitucional como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro.

Entendo, portanto, que inexistente vedação constitucional expressa ou implícita em relação à possibilidade de terceirização, enquanto legítima opção empresarial de modelo organizacional.

II) Inexistência de confusão entre os conceitos de “terceirização de atividade-fim” e de “intermediação de mão de obra”.

A segunda importante questão tratada nesse julgamento, tanto em relação à ADPF 324, quanto ao RE 958.252-RG, nos traz a necessidade – além das importantes e substanciosas análises teóricas, doutrinárias e econômicas da terceirização – de demonstrar a inexistência de identidade conceitual entre “terceirização de atividade-fim” – *que não se diferencia da própria terceirização* – e as hipóteses ilícitas de “intermediação de mão de obra”, caracterizadas pelo abuso e exploração do trabalhador.

Em primeiro lugar, como já exposto pelos votos que me antecederam dos eminentes relatores, Ministros ROBERTO BARROSO e LUIZ FUX, a divisão entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e incompatível com os atuais fluxos de produção empresarial, não sofrendo qualquer diferenciação para fins de terceirização.

Em segundo lugar, porque a denominada “intermediação de mão de obra” ilícita, como salientado pelo Ministério Público do Trabalho e no próprio parecer da Procuradoria-Geral da República, consiste em mecanismo fraudulento que visa burlar a efetividade dos direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores; desvalorizar o primado do trabalho, por meio de abuso e exploração do trabalhador e ocultar os verdadeiros responsáveis pelas contratações, para impedir sua plena responsabilidade; o que, não raras vezes, acaba tipificando hipóteses de trabalho escravo.

São, portanto, hipóteses absolutamente diversas, tendo a ilícita “intermediação de mão de obra” sido, pioneiramente, proibida na França,

ADPF 324 / DF

que tipifica como crime o “empréstimo ilícito de mão de obra” (artigo L8231-1 do Código Trabalhista Francês) – *marchandage* –, cuja caracterização exige a existência e abuso e exploração do trabalhador, com afastamento de seus direitos sociais; não se confundindo com a *terceirização*, que, inclusive, é permitida na França, desde a década de 70, em todas as atividades da empresa.

O próprio caso concreto, trazido a julgamento com a repercussão geral no RE 958.252, é suficiente para demonstrar a imprecisão, artificialidade e incompatibilidade atual da diferenciação entre “atividade-fim” e “atividade-meio”; bem como para afastar qualquer identidade da *terceirização* com a *intermediação ilícita de mão de obra*.

Se analisarmos a “atividade-fim” da CENIBRA – Celulosa Nipo Brasileira S/A –, iremos verificar que se trata de uma empresa que produz, aproximadamente, 1 milhão e duzentas mil toneladas de celulose por ano, destinando 95% para o mercado externo. Sua atividade primordial é a produção de celulose para comercialização no mercado interno e externo.

Para concretizar seu objeto social – produção e comercialização de celulose –, supõe-se que a CENIBRA – ou qualquer outra empresa – possui a expertise necessária para tentar oferecer ao mercado seu melhor produto a um preço atraente.

Para tanto, as empresas precisam se diferenciar no mercado, otimizando suas fórmulas e mecanismos de produção, comercialização e distribuição; bem como valorizando seu fluxo de produção e guardando seus segredos industriais. É o que ocorre em uma economia de mercado.

Na realização de seu objeto social e cumprimento de suas obrigações contratuais – na presente hipótese da CENIBRA, repita-se, a produção de celulose para comercialização –, dentro dos preceitos da livre iniciativa e livre concorrência, cada empresa possui liberdade para melhor se organizar e, conseqüentemente, conseguir a excelência na prestação de serviços e a melhor atratividade concorrencial.

Em um sistema econômico de livre iniciativa, o modelo organizacional de seus meios de produção é da própria empresa,

ADPF 324 / DF

obviamente dentro das lícitas e legítimas opções constitucionalmente possíveis, pois os riscos, ônus e bônus dessa escolha serão do próprio empreendedor.

A organização de cada empresa para a produção e posterior comercialização de celulose, cujo exemplo está sendo utilizado em virtude de ser o objeto do caso concreto tratado na repercussão geral, visa à otimização de sua linha de produção da maneira que melhor lhe aprouver, dentro de escolhas administrativas essenciais e imprescindíveis, que fazem a real diferença entre empresas de sucesso e as demais.

Na hipótese da CENIBRA, a opção pelo fluxo de produção divide-se em: (a) “produção de mudas”; (b) “processo de produção”; e (c) expedição de celulose.

O longo fluxo se inicia com a produção de mudas pelo processo de “miniestaquia”, que consiste na utilização das próprias mudas para utilização dos brotos, não utilizando a propagação de sementes. Continua com o acondicionamento das minicepas de eucaliptos em mesas rolantes de aço inoxidável, com fertirrigação em tubos plásticos ou em leito de areia sobre calhetões de concreto armado. Após a coleta dos brotos no denominado “jardim clonal”, as mudas são conduzidas para enraizamento, no qual permanecem por aproximadamente 25 dias, com irrigação por nebulização, com controle de temperatura e umidade. As mudas passam para a fase de estaleiro e são preparadas para o plantio no campo; seguindo em caminhões semifechados.

Estou salientando essa primeira fase de produção para mostrar que há toda uma complexa sequência de atividades antes de as mudas serem plantadas, crescerem e serem podadas; a madeira ser transportada, ser realizado o “descascamento” das toras em tambores rotativos, e transformadas em pequenos “cavacos”, para posterior cozimento químico em alta temperatura e pressão em grandes reatores, chamados de “digestores”, dos quais é descarregada a pasta já cozida da celulose para posterior peneiramento e branqueamento, com aplicação de oxigênio, soda e dióxido de cloro, em quatro ou cinco etapas. Na sequência, inicia-

ADPF 324 / DF

se a secagem em maquinário específico que já transforma a pasta em folha, encaminhando-a para a cortadeira, que transforma a folha em pedaços retangulares, que serão levados à empilhadeira e formarão “fardos de celulose” de 2 toneladas; estocados para posterior comercialização, pelo transporte rodoviário (mercado interno) e principalmente pelo Portocel em Vitória/ES (mercado externo), cuja estrutura é a única especializada para o embarque de celulose no Brasil.

Com todo respeito às posições diversas, não é factível afirmar que a terceirização para empresa de prestação de serviços de qualquer dessas etapas do fluxo de produção para otimizar sua atividade empresarial constitui “intermediação de mão de obra”, com o fraudulento intuito de burlar direitos sociais, abusando e explorando o trabalhador.

Reitero o que disse anteriormente, na presente hipótese, a finalidade da empresa é a produção para comercialização de celulose e tem a liberdade para estabelecer o melhor sistema organizacional que lhe aprouver.

As atuais etapas do fluxo para produção de celulose e comercialização no mercado interno e externo são diferentes daquelas existentes há 50 anos e, certamente, serão diversas das etapas nos próximos 50 anos. A empresa precisará se adaptar para conseguir realizar da melhor maneira possível sua verdadeira “atividade-fim”: produção e comercialização de celulose.

O sistema organizacional e as etapas do fluxo de produção estão em constante adaptação, não existindo, portanto, modernamente qualquer racionalidade em distinguir dentro desse fluxo, eventuais “atividades fim” e “atividades meio”. A terceirização mediante contratos de prestação de serviço para a realização dos transportes rodoviários e marítimos, para a comercialização da celulose no Brasil e no restante do mundo, seriam “atividades-meio”, enquanto os contratos de prestação de serviço para o corte de madeira seriam relacionados como “atividades-fim”? Não há razoabilidade nessa interpretação, pois ambas as atividades fazem parte do fluxo de produção da empresa que tem, realmente, como atividade a produção e comercialização de celulose.

ADPF 324 / DF

Qual contrato de prestação de serviços terceirizados que a CENIBRA realizou substituiu integralmente a razão de sua existência como empresa: a comercialização de celulose? NENHUM.

Não há como se confundir a terceirização de uma das etapas do fluxo de produção com a hipótese de ilícita intermediação de mão de obra.

A empresa “tomadora” contrata a “prestadora” para, em tempo determinado, realizar atividade específica que contribui com seu fluxo de produção, mas jamais substitui em inteireza sua atividade, com abuso e prejuízo aos trabalhadores.

É ultrapassada a manutenção dessa dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio”, para fins de terceirização, e errônea a confusão de identidade entre terceirização com intermediação ilícita de mão de obra.

Por partir da errônea confusão entre “terceirização” e “intermediação de mão de obra”, chega-se à errônea conclusão de precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários.

Em nenhum momento a opção da terceirização como modelo organizacional por determinada empresa permitirá, seja a empresa “tomadora”, seja a empresa “prestadora de serviços”, desrespeitar os direitos sociais, previdenciários ou a dignidade do trabalhador.

A garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado mediante o tradicional contrato de trabalho, mas também o autônomo e o terceirizado, e, além disso, como salienta PAOLO BARILE, alcança o próprio empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país, que tem, na correta interpretação dos valores sociais do trabalho, a necessária segurança jurídica.

Caso isso ocorra, seja na relação contratual trabalhista tradicional, seja na hipótese de terceirização, haverá um desvio ilegal na execução de uma das legítimas opções de organização empresarial, que deverá ser fiscalizado, combatido e penalizado.

Da mesma maneira, caso a prática de ilícita intermediação de mão de obra, com afronta aos direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores,

ADPF 324 / DF

se esconda formalmente em uma fraudulenta terceirização, por meio de contrato de prestação serviços, nada impedirá a efetiva fiscalização e responsabilização, pois o Direito não vive de rótulos, mas sim da análise da real natureza jurídica dos contratos.

Concluo, sra. Presidente, acompanhando integralmente os eminentes Ministros relatores, julgando procedente a ADPF 324 e dando provimento ao Recurso Extraordinário 958252.

23/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, eminentes Ministros-Relatores, Ministro Luís Roberto Barroso e Ministro Luiz Fux, também cumprimento os advogados que assomaram à tribuna e que se encontram presentes e fizeram suas respectivas sustentações orais.

Senhora Presidente, eu vou também, pela ordem do pregão, prestar contas da fundamentação do voto. Em primeiro lugar, na ADPF 324, eis que não despropositadamente a ordem de apreciação é precisamente esta que a ADPF antecede o recurso extraordinário. E ao fazê-lo, Senhora Presidente, principio colocando as balizas da compreensão que tenho para a apreciação dessa matéria. Eis que estamos diante de uma legítima pretensão de intentar demonstrar que há descumprimento de um preceito fundamental. Em outras palavras, a baliza para o exame dessa matéria, como não poderia deixar de ser, é a violação ou não de preceito fundamental, vale dizer, de comando normativo que se pode haurir diante da Constituição da República Federativa do Brasil. O mais é da área da Economia Política.

Eu vou me cingir, portanto, à questão específica do exame constitucional e das alegações que, à luz da, como eu já disse, legítima pretensão e também da parte ativa legítima - como assim entendi a associação -, restaram deduzidas nesta ADPF.

23/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório do e. Relator.

Trata-se, em suma, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio, em face de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, que aplicam a Súmula 331 do TST, acerca da terceirização de serviços, estabelecendo inúmeros requisitos à prática que não possuem base legal, em especial no que concerne à vedação da terceirização de mão-de-obra na atividade finalística da empresa tomadora de serviços, o que violaria os preceitos fundamentais dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), da proteção à liberdade (art. 5º, *caput*, CF) e da legalidade (art. 5º, II, CF).

Aponto, contudo, algumas questões preliminares ao julgamento do presente feito.

1) Da necessidade de sobrestamento do processo

Quando do ajuizamento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, no ano de 2014, inexistia regulamentação legal específica acerca da possibilidade de terceirização das atividades finalísticas da empresa tomadora do serviço.

Contudo, recentemente duas leis emergiram para a regulamentação da questão relativa à terceirização, nos contratos relativos a trabalho temporário e também nas demais formas de pactuação: a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, e a Lei nº 13.467, de 14 de julho de 2017, ambas a alterar dispositivos da Lei nº 6.019/1974.

Nada obstante, referido arcabouço jurídico referente às possibilidades de terceirização de mão-de-obra, inclusive quanto à

ADPF 324 / DF

atividade-fim da empresa tomadora de serviços, é objeto de questionamento quanto à sua constitucionalidade, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, todas sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Analisando as petições iniciais das referidas ações, depreende-se que um dos principais questionamentos refere-se, justamente, quanto à alegada incompatibilidade da terceirização da atividade-fim das empresas com o texto constitucional, introduzidas explicitamente por meio das reformas operadas pelas duas leis em questão.

Assim, entendo, com a devida vênia, que por se tratar de ação de controle concentrado, de natureza eminentemente prospectiva, a decisão a ser prolatada nas ações diretas de inconstitucionalidade mostra-se prejudicial ao debate lançado no presente momento, que diz respeito, em verdade, à aplicação pela Justiça do Trabalho, do Enunciado nº 331-TST, uma vez que a específica compatibilidade da intermediação de mão-de-obra na atividade preponderante ou finalística da empresa tomadora do serviço deve ser decidida naqueles processos, diante da novel regulamentação trazida à lume supervenientemente ao presente feito.

Proponho, portanto, o sobrestamento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, até o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735.

2) Não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental

Caso ultrapassada a possibilidade de sobrestamento do feito acima narrada, é mister ressaltar assistir razão à Procuradoria-Geral da República, ao pugnar pelo não conhecimento da presente demanda, nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

ADPF 324 / DF

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO CONHECIMENTO. ILEGITIMIDADE ATIVA DA REQUERENTE. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO ESPECIFICAÇÃO DOS ATOS DO PODER PÚBLICO QUESTIONADOS. DECISÕES JUDICIAIS TRANSITADAS EM JULGADO. NÃO CABIMENTO DE ADPF CONTRA SÚMULA. CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 331 DO TST.

1. Não possui legitimidade ativa para ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) a Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG), pois não representa categoria específica. Precedentes.

2. É inepta petição inicial de ADPF que não individualize os atos do poder público objeto de impugnação. Precedentes.

3. Não cabe ADPF para contestar decisões judiciais transitadas em julgado. Precedentes.

4. É inadmissível ADPF para questionar súmula de jurisprudência de tribunal superior. Precedentes.

5. É incompatível com a Constituição da República a intermediação de mão de obra em atividade-fim.

6. Não se deve conhecer arguição de descumprimento de preceito fundamental que não atenda ao princípio da subsidiariedade, isto é, se existe meio alternativo para sanar a alegada lesão a preceito fundamental. Precedentes.

7. É irregular procuração que não outorgue poderes específicos para propor ADPF. Necessidade de intimação da requerente para regularizar a representação processual, sob pena de indeferimento da petição inicial, na hipótese de superação das demais preliminares.

8. Parecer pelo não conhecimento da ADPF; no mérito, por improcedência do pedido.”

De fato, como bem ressaltou o *Parquet*, sobejam motivos para o não conhecimento da presente ADPF.

Em primeiro lugar, ao deixar de apontar, individualmente, os atos do poder público objeto de impugnação, ou seja, ao deixar de demonstrar a efetiva ocorrência de controvérsia judicial relevante, uma vez que a

ADPF 324 / DF

aplicação da Súmula 331 pelo TST pelos demais órgãos da Justiça Trabalhista não se mostra dissonante, ao revés, o efetivo inconformismo da Arguente é em relação à própria redação do entendimento sumular, como se depreende do seguinte trecho de sua exordial:

“Se alguma certeza existe, à luz das decisões proferidas na Justiça do Trabalho, é de que os contratos de prestação de serviços firmados para otimização da atividade empresarial, em cada setor, serão, com base em algum fundamento desconhecido [*a cada decisão, surge um critério diferente, criado a partir de grande dose de subjetividade*], taxados como ilícitos e, com base nisso, desconsiderados. O tomador de serviços, inevitavelmente, se verá responsabilizado por obrigações que, contratualmente, são imputáveis à empresa prestadora de serviços. Em situações mais limítrofes, se deparará com decisões em processos coletivos, restringindo em absoluto a liberdade de contratar ou condenando-o ao pagamento de indenizações milionárias [*a título de dano moral coletivo*], por contratações que, depois de vários anos de vigência, são consideradas ilícitas, abusivas.

A existência de entendimento sumulado no TST poderia, num primeiro instante, conduzir a outra conclusão, isto é, de que são claros e de conhecimento geral os parâmetros para aferir eventual abusividade da terceirização. No entanto, como a Súmula 331 se vale de alguns conceitos vagos para qualificar como lícita ou ilícita a terceirização, ao interpretá-los, no caso concreto, as instâncias ordinárias acabam elastecendo as hipóteses de ilicitude de um tal modo que, repita-se, é quase certa, em cada caso concreto, a restrição ou a privação da liberdade de contratar garantida constitucionalmente.

O que se está aqui afirmando, textualmente, é: **a interpretação judicial do entendimento consolidado na Súmula 331, quanto à terceirização, tem conduzido, concretamente, à desconsideração total e absoluta das normas constitucionais que garantem ao empresário a liberdade de organizar suas atividades**, a fim de obter melhor qualidade nos

ADPF 324 / DF

resultados [*produto* ou *serviços*], redução dos custos, maior competitividade [*inclusive perante o mercado estrangeiro*], maior participação no mercado de consumo, conseqüentemente com o aumento da geração de emprego.”

Esta Corte já decidiu pela necessidade de demonstração de controvérsia judicial sobre o tema impugnado por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental:

“E M E N T A: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE – INOBSERVÂNCIA – INVIABILIDADE DE REFERIDA AÇÃO CONSTITUCIONAL – DOCTRINA – PRECEDENTES – POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO, MEDIANTE ADPF, DE DECISÕES JUDICIAIS, DESDE QUE NÃO TRANSITADAS EM JULGADO – CONSEQUENTE Oponibilidade da coisa julgada em sentido material à ADPF – PRECEDENTE – O SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA “RES JUDICATA” – RELAÇÕES ENTRE A COISA JULGADA MATERIAL E A CONSTITUIÇÃO – RESPEITO PELA AUTORIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL, MESMO QUANDO A DECISÃO TENHA SIDO PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADPF: AÇÃO CONSTITUCIONAL QUE NÃO DISPÕE DE FUNÇÃO RESCISÓRIA – EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE CARACTERIZADA POR JULGAMENTOS CONFLITANTES DE ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS DIVERSOS: PRESSUPOSTO NECESSÁRIO E ESSENCIAL AO VÁLIDO AJUIZAMENTO DA ADPF – AUSÊNCIA, NO CASO, DE QUALQUER ESTADO DE INCERTEZA OU DE INSEGURANÇA NO PLANO JURÍDICO, NOTADAMENTE PORQUE JÁ DIRIMIDO O DISSENSO INTERPRETATIVO PELO STF – FORMULAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 652/STF – DOCTRINA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”

ADPF 324 / DF

(ADPF 249 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 29-08-2014 PUBLIC 01-09-2014)

Assim, descumprido o requisito exposto no artigo 3º, V, da lei nº 9.882/99, não merece conhecimento o recurso.

De outra parte, ao não impugnar especificamente as decisões emanadas da Justiça do trabalho nas quais a interpretação da questão mostrar-se-ia dissonante, verifica-se o intento de impugnar, especificamente, o próprio conteúdo da Súmula nº 331 do TST, no entanto, referida pretensão não poderia ser deduzida por meio da presente ação de controle concentrado:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ENUNCIADOS DE SUMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA ARGÜIÇÃO. 1. O enunciado da Súmula desta Corte, indicado como ato lesivo aos preceitos fundamentais, não consubstancia ato do Poder Público, porém tão somente a expressão de entendimentos reiterados seus. À argüição foi negado seguimento. 2. Os enunciados são passíveis de revisão paulatina. A argüição de descumprimento de preceito fundamental não é adequada a essa finalidade. 3. Agravo regimental não provido.”

(ADPF 80 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, DJ 10-08-2006 PP-00020 EMENT VOL-02241-01 PP-00001 RT v. 95, n. 854, 2006, p. 103-106)

Pelas razões acima declinadas, portanto, não merece ser conhecida a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF 324 / DF

3) Mérito – inexistência de violação a preceito fundamental

Ultrapassadas as razões preliminares acima traçadas pelo Plenário desta Casa, cumpre apreciar o mérito do presente feito.

Trata-se, pois, de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada em face de “*decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, das quais tem resultado restrição, limitação e impedimento à liberdade de contratação de serviços por empresas*”, as quais aplicam o entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho por meio do Enunciado Sumular nº 331, o qual, versando acerca da terceirização como intermediação de mão-de-obra por parte de empresas privadas e da Administração Pública Direta e Indireta, assim dispõe:

“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.

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.

ADPF 324 / DF

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.”

A parte arguente sustenta violação aos seguintes preceitos fundamentais: valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República, e princípios da legalidade e da liberdade.

Cumprido, portanto, analisar os argumentos da parte separadamente.

Quanto à alegada violação ao **princípio da legalidade**, sustenta-se que as decisões do TST, fulcradas em interpretação da Súmula 331, impedem a terceirização de mão-de-obra na atividade-fim das empresas, mesmo inexistindo lei que, especificamente, vede a referida prática, levando à violação da liberdade de contratar e impedindo a competitividade das empresas brasileiras, inclusive no plano internacional.

A questão a ser aqui colocada, de modo semelhante àquela que consiste no ponto central debatido no Recurso extraordinário nº 958.252, submetido à sistemática da repercussão geral, centra-se em saber se a Justiça Especializada, a qual, por meio da Súmula 331 do TST, vem interpretando como ilegal a terceirização da mão-de-obra na atividade-fim das empresas, viola, com esse posicionamento, o princípio constitucional da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II da Constituição da República.

Inicialmente, cumpre ressaltar que *Súmula* consiste na consolidação, por meio de verbete, de posicionamento pacífico ou ao menos majoritário

ADPF 324 / DF

de um Colegiado em determinada matéria contida em sua competência, a fim de conferir maior segurança jurídica tanto aos órgãos jurisdicionais a ele subordinados, como aos próprios jurisdicionados. É, portanto, compilação de entendimentos proferidos reiteradamente em diversos julgados por determinado Tribunal. À toda evidência, um entendimento sumular proveniente de Tribunal Superior tem uma repercussão majorada, decorrente da ampliação do seu espectro de aplicação.

A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em seus seis itens, manifesta o entendimento daquela Justiça Especializada, no que concerne à terceirização de mão-de-obra. Há, então, efetivo exercício interpretativo que toma como ponto de partida a base legislativa existente para o correto enquadramento da questão.

Ressalte-se, uma vez mais, que, após o ajuizamento da presente ação, duas leis emergiram para a regulamentação da questão relativa à terceirização, nos contratos relativos a trabalho temporário e também nas demais formas de pactuação: a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, e a Lei nº 13.467, de 14 de julho de 2017, ambas a alterar dispositivos da Lei nº 6.019/1974.

Nada obstante, referido arcabouço jurídico referente às possibilidades de terceirização de mão-de-obra, inclusive quanto à atividade-fim da empresa tomadora de serviços, é objeto de questionamento quanto à sua constitucionalidade, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, todas sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, não se encontrando, especificamente, sob análise no presente momento.

Seja como for, o presente caso deve ser julgado considerando-se que, à época do ajuizamento da presente demanda, inexistia, efetivamente, lei específica que vedasse, limitasse ou mesmo regulamentasse a terceirização na atividade-fim empresarial. Nada obstante, o exercício interpretativo acima mencionado levou em conta a Consolidação das Leis do Trabalho, que conceitua a figura do empregador e do empregado, de modo a caracterizar a relação de trabalho protegida pela lei, além de vedar expressamente a figura do contrato nulo, por meio do qual se

ADPF 324 / DF

consagra o princípio da primazia da realidade, desvelando a verdadeira relação empregatícia por trás daquela avença contratual. Eis o teor dos dispositivos:

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

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

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

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

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.”

“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.”

Assim, da análise dos itens do Enunciado nº 331 do TST, depreende-se que, em verdade, a jurisprudência trabalhista evoluiu, da vedação à terceirização, entendida no verbete como contratação de mão-de-obra por empresa interposta, à aceitação das hipóteses de terceirização expressamente previstas em leis esparsas (Lei nº 6.019/1974, que regula o

ADPF 324 / DF

trabalho temporário; Lei nº 7.102/1983, que regula a contratação de serviços de vigilância; Decreto-Lei 200/67 que previa a descentralização administrativa com a admissão de terceirização de atividade-meio à Administração Pública) e nas situações a elas assemelhadas.

Essa interpretação adveio da análise da legislação existente, no caso, a Consolidação das Leis do Trabalho. Ressalto, uma vez mais, que não havia à época da prolação das decisões ora analisadas, no ordenamento jurídico pátrio, lei específica a tratar da terceirização da atividade-fim das empresas. Efetivamente, ainda que ausente essa lei, a CLT contém dispositivos os quais, interpretados pela Justiça Especializada, possibilitaram a conclusão sobre essa modalidade de terceirização, com base nos conceitos de empregador e empregado positivados pela legislação trabalhista.

Sustentar que a CLT, diante de tantas inovações no mundo empresarial e nas relações trabalhistas, ostente um certo caráter inatual se mostra de todo razoável. Todavia, consistia na legislação que se tinha à época da contratação e que, ainda que de modo genérico, presta-se a regulamentar as relações de emprego e a caracterizar, quando descumpridos os preceitos por ela estabelecidos, a nulidade dos atos jurídicos decorrentes dessa conduta. Não há inovação legislativa na matéria, como se poderia almejar.

Analisando a assunção dos riscos do negócio, a direção da atividade, a pessoalidade e subordinação do empregado, dentre outros requisitos da formação da relação empregatícia, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou sua jurisprudência quanto a essa modalidade de contratação de mão-de-obra, por entender que ela configura um desvirtuamento da verdadeira relação de trabalho aferida quando da análise dos casos.

Logo, ao interpretar a base infraconstitucional existente, e adotar um dentre os entendimentos possíveis, não desborda do princípio da legalidade a Corte Superior trabalhista, quando declara ilegal contratação de mão-de-obra por empresa interposta no que se refere a atividade-fim da empresa considerada – e, ressalve-se, essa é a expressão contida no entendimento sumular ora questionado.

ADPF 324 / DF

É como ressaltam Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim:

“Nessa perspectiva hermenêutica, diante de um comportamento a respeito do qual não haja no ordenamento jurídico um enunciado legal exposto, capaz de evidenciar literalmente a vontade do sistema, a exigência de coerência submete a análise de sua legalidade a uma operação interpretativa que apreenda do complexo normativo um significado unívoco.

Nesse quadrante teórico, a legalidade do comportamento decorre de sua compatibilidade com o sistema normativo, e não necessariamente da ausência de uma disposição legal que lhe imponha uma literal proibição.”

(DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Os limites constitucionais da terceirização. 2.ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 77)

Inexistindo lei específica a autorizar e regulamentar a contratação de mão-de-obra terceirizada para atuar nas atividades finalísticas do tomador de serviços, estando o Legislador inerte nesse sentido até a promulgação das Leis nº 13.429 e 13.467, ambas de 2017, inexistiu também qualquer vedação à atividade interpretativa da Justiça Especializada ao interpretar as normas jurídicas genéricas que, no plano infraconstitucional, regulam a relação de emprego no País.

Depreende-se ainda inexistir nos autos qualquer pedido de eventual interpretação conforme à Constituição de artigos da CLT.

Portanto, a atividade interpretativa da Justiça do Trabalho, em aferir a compatibilidade da conduta do empresário ou da empresa às normas contidas na CLT, diante da ausência de lei específica a regulamentar a terceirização da atividade-fim empresarial, e declarar a ilegalidade da prática diante do arcabouço legislativo existente, sumulando tal compreensão, não se coaduna em controle de constitucionalidade mas sim em controle de legalidade da conduta avaliada, e, dessa forma, é compatível com o princípio insculpido no artigo 5º, inciso II da Constituição.

ADPF 324 / DF

Nem se sustente mácula ao Princípio da Separação de Poderes. A atividade interpretativa do Judiciário é função típica desse Poder, e não incorre em interferência na competência de qualquer dos demais Poderes.

De fato, a regulamentação da terceirização da contratação de mão-de-obra na atividade-fim da empresa encontrava-se na espacialidade até então não exercitada, mas exercitável pelo Congresso Nacional, e a Súmula nº 331 daí não desbordou, limitando-se a consolidar entendimento com base na legislação existente, e não inovando no ordenamento jurídico. Ainda, nada impede a atuação do Poder Judiciário posteriormente, no exercício do controle de constitucionalidade dos diplomas normativos decorrentes do legítimo exercício do direito de legislar.

A seara específica a esse debate localiza-se no Poder Legislativo e na sociedade, restando inviável requerer-se desta Corte que determine, à míngua de outra lei regulamentadora quando dos fatos narrados, o afastamento de sua incidência à contratação de mão-de-obra por empresa interposta.

Em conclusão, não há violação ao princípio constitucional da legalidade quando a Justiça do Trabalho, sobretudo seu Tribunal de cúpula, interpretando a base legal infraconstitucional existente, formula entendimento, especialmente à luz da CLT, ausente qualquer reforma de iniciativa legislativa quando do reconhecimento da presente repercussão geral, adota interpretação possível dentre mais de uma hipótese de compreensão sobre a matéria, e ao assim fazê-lo, julga ilegais as contratações de mão-de-obra terceirizada na atividade-fim das empresas, especialmente em se considerando que a alteração desse cabedal normativo cabe, como efetivamente depois o exercitou, ao Poder competente, debatida a questão com todos os atores envolvidos no processo de modificação estrutural do sistema de relações trabalhistas no campo jurídico, econômico e social.

De outra parte, sustenta a arguente a contrariedade ao disposto nos artigos 1º, inciso IV, e 5º, caput, da Constituição da República, por entender que as decisões da Justiça Trabalhista que aplicam o contido na

ADPF 324 / DF

Súmula 331 do TST violam a previsão de que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa se conformam como fundamento da República, bem como o princípio da liberdade, ao impedirem a livre organização empresarial por meio da contratação de empresas terceirizadas.

Todo o argumento centra-se na alegada vedação de contratação de terceirização da atividade finalística das empresas por parte da Justiça do Trabalho, ao argumento de que a Constituição Federal não impediria a prática, em decorrência da elevação da livre iniciativa a princípio constitucional.

Nada obstante, faz-se necessário estabelecer, para bem pontuar a questão envolvida, a diferença entre a terceirização de serviços e a intermediação de mão-de-obra, a fim de também apontar, corretamente, qual a censura feita pelo Tribunal Superior do Trabalho no que concerne ao tema ora em análise.

Não retomarei aqui a percuciente análise histórica já traçada pelo I. Relator quanto às transformações pelas quais a organização empresarial, impulsionada pela resposta à crise do sistema capitalista nas décadas de 60 e 70, quando o modelo *toyotista* de produção veio a prevalecer no que tange à nova estruturação das empresas, substituindo a verticalização da organização empresarial, na qual a concentração das decisões e de toda a cadeia produtiva ocorre num único estabelecimento, pela horizontalização da produção, desconcentrando-se os elementos produtivos a fim de propiciar que a empresa foque seus objetivos exclusivamente naquilo que caracteriza sua atividade preponderante, transferindo a outras companhias caracterizadas pela *especialização* dessas atividades descentralizadas.

No entanto, tomando-se como fato a ocorrência dessa desconcentração de atividades, tem-se a chamada *terceirização dos serviços*, ou simplesmente terceirização, possibilitando que, com o intuito de maximização de lucros e da competitividade, serviços considerados não essenciais à consecução do objeto primordial da empresa possam ser objeto de contratação com outra empresa, especializada na prestação de

ADPF 324 / DF

referido serviço.

De outra parte, também nesse mesmo contexto, espraia-se prática diversa que, a despeito de ser considerada debaixo do largo espectro da terceirização, significa, em verdade, intermediação de mão-de-obra, na medida em que possibilita a contratação de empregados por interposta pessoa, intentando-se estabelecer o vínculo laboral não com a tomadora da prestação dos serviços, mas sim com a empresa interposta, reduzindo-se o custo com a manutenção dos empregados. Trata-se de verdadeira locação da mão-de-obra necessária à execução do objeto primordial que define a própria existência da organização empresarial tomadora dos serviços.

Efetivamente, é essa segunda prática, qual seja, a intermediação de mão-de-obra, fora do contexto do contrato temporário, que a Justiça Trabalhista tem censurado, por meio de decisões judiciais interpretativas do conteúdo da Súmula 331. Nesse sentido:

“Os ardorosos defensores da "terceirização total e irrestrita" têm sempre, como primeiro argumento, que não existe na legislação brasileira proibição de exercer a terceirização, seja na atividade-fim, seja na atividade-meio.

E com razão estão eles. Não há, como nem mesmo pode haver uma ingerência no modo de organização da produção e na realização de contratos civis entre empresas, muito mais advindo do Direito do Trabalho.

O que este ramo do Direito não admite, mundialmente e desde os tempos do início deste sistema protetivo, tendo recebido inclusive o pejorativo nome de "marchandage", é a intermediação de mão-de-obra, o mero fornecimento de trabalhadores por uma determinada empresa a outra, eximindo-se esta das obrigações derivadas da relação jurídica com eles. Isso, porque, lembrando-se de nossa estrada do Direito do Trabalho e voltando até o seu princípio, verificamos que o trabalho teria virado mercadoria, alugando uma empresa trabalhadores para exercerem suas atividades laborais em outra empresa.

ADPF 324 / DF

Os arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho dizem quem são os trabalhadores e quem são seus empregados, sendo estas normas cogentes, não podendo ser derogadas por pactos privados, sob pena de serem tidos como nulos de pleno direito, conforme a regra do art. 9º do mesmo decreto-lei.

Destarte, se a "terceirização" na verdade tentar encobrir uma relação jurídica trabalhista existente, será tido como nulo de pleno direito o pactuado, gerando todos os efeitos jurídicos da relação empregatícia.

O contrato de trabalho é contrato-realidade e a nulidade, em caso de fraude, não precisa nem mesmo ser declarada por juiz, podendo ser regularizada pela autoridade administrativa do Ministério do Trabalho, o Auditor-Fiscal do Trabalho."

(CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e intermediação de mão-de-obra na administração pública. In: **Revista LTR: Legislação do Trabalho**, v. 67, n. 6, p. 687, jun. 2003)

Nesse sentido ao localizar, como se depreende em especial do inciso I da Súmula 331, na intermediação da mão-de-obra hipóteses de fraude à contratação, não está a Justiça Trabalhista a vedar a terceirização, no sentido da possibilidade de contratação de prestação de serviços entre duas empresas, mas sim a aferir, no âmbito das regras do Direito do Trabalho, se a relação entre empregador e empregado ocorre diretamente com a empresa tomadora dos serviços, ou se os requisitos dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho não se fazem presentes nessa complexa interligação.

A intermediação de mão-de-obra nas atividades finalísticas ou primordiais das empresas vem sendo proibida pela Justiça do Trabalho – antes da vigência dos contratos firmados sob as Leis nº 13.429 e 13.467 de 2017 – por considerar aquela Justiça Especializada ser contrária aos princípios trabalhistas a inserção do trabalhador na cadeia produtiva da empresa, sem a contrapartida do estabelecimento da relação de emprego com aquela organização que, efetivamente, irá direcionar e lucrar por meio da utilização de sua força de trabalho.

ADPF 324 / DF

Cumpre, nesse momento, aferir se essa interpretação da Justiça do Trabalho, guiada pela Súmula 331 do TST, está em consonância com o disposto nos artigos 1º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição da República.

Nesse ínterim, compreendo que a questão revela-se deveras tormentosa, atraindo posicionamentos ideológicos das mais variadas matizes. É tema que, por sua relevância, envolve, efetivamente, debates que tem como pano de fundo as diversas visões de mundo que compõem o Estado democrático e plural introduzido e pretendido pela Constituição da República.

No entanto, é na Carta Constitucional que se deve buscar os alicerces para a solução do tema, uma vez trazido à apreciação do Poder Judiciário, como na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim, da manifestação da arguente e dos *amici curiae* que sustentam a inconstitucionalidade da Súmula 331 e das interpretações delas derivadas, depreende-se pleito para que esta Corte assegure a liberdade de contratação das empresas, inclusive no que concerne à locação de mão-de-obra para o exercício de suas atividades essenciais, principais ou primordiais.

Nada obstante, nenhum princípio ou preceito constitucional pode ser interpretado com tamanha concreção, a ponto de se sobrepor sobre os demais princípios encartados no texto constitucional. A garantia da livre iniciativa, corolária da liberdade de contratação, vem acompanhada da necessidade de assegurar o valor social do trabalho e do trabalho humano, tanto no artigo 1º, inciso IV, como no artigo 170, *caput*, da Constituição de 1988.

Portanto, a Justiça Especializada, ao identificar a ocorrência de terceirização ilícita ou fraudulenta na intermediação de mão-de-obra, por abrir a porta à reificação do trabalhador, à precarização das relações de trabalho e à redução das garantias trabalhistas insculpidas no artigo 7º da Carta Constitucional, não viola os princípios da livre iniciativa e da liberdade, mas busca a tutela das relações de emprego constitucionalmente adequadas, o que se revela imperativo na Constituição, como já assentado em seus artigos 1º, IV, e 170, *caput*.

ADPF 324 / DF

Apesar da menção às diversas realidades internacionais de descentralização do trabalho humano, como um inexorável caminho do qual a realidade brasileira não deverá destoar, referida circunstância não deixa de chamar a atenção, nem nos países onde também se verifica a terceirização de mão-de-obra, nem pela Organização Internacional do Trabalho, que emitiu, no ano de 2006, a Recomendação nº 198, por meio da qual conclama os países a:

“luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”.

Efetivamente, a Constituição de 1988 acolhe a livre iniciativa como fundamento da República. Nada obstante, impossibilitar que a Justiça Trabalhista fiscalize e censure práticas decorrentes da intermediação perniciosa de mão-de-obra, tais como a “pejotização”, a existência dos “gatos” a aliciar trabalhadores conhecidos como bóias-frias para a colheita em diversas plantações agrícolas, ou seja, asseverar que a Justiça Especializada não poderá impedir a ocorrência de fraudes nos contratos de trabalho, não se coaduna com a estruturação constitucional das relações de emprego.

Como assevera abalizada doutrina:

“Ademais, essa abertura à compreensão da realidade da empresa se afina à vocação do Direito do Trabalho para a identificação do direito do trabalhador a partir da análise das condições fáticas da execução do trabalho, à luz do princípio da primazia da realidade.

A investigação sobre a natureza das atividades da

ADPF 324 / DF

empresa, com vistas à identificação do direito do trabalhador a uma relação de emprego direta (na atividade-fim) ou de sua sujeição a uma relação de trabalho triangular (na atividade-meio), não destoa substancialmente da atividade de investigação, no mundo dos fatos, que é própria do Direito do Trabalho, sobre a presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego, tais como a subordinação jurídica, a pessoalidade, a onerosidade e a não eventualidade (CLT, arts. 2º e 3º).

Esses novos conceitos (atividade-fim e atividade-meio) apenas se somam aos conceitos anteriores, na identificação do modelo relacional de emprego aplicável no caso concreto, como atributos realísticos que conferem ao Direito do Trabalho a sua vocação promotora de justiça social.

A abertura conceitual é o que viabiliza, inclusive, a participação do empreendedor na definição de sua atividade-fim e de sua atividade-meio, na medida em que a ordem jurídica lhe confere liberdade para definir o objeto social lícito do seu empreendimento.”

(DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Os limites constitucionais da terceirização. São Paulo: LTr, 2014, p. 156)

Assim, ao buscar o equilíbrio entre os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano por meio de atitude interpretativa, não visualizo eventual contrariedade entre o Enunciado 331 e a Constituição da República, quando a Justiça Especializada promove a análise de um contrato entre tomador de serviços e o prestador que oferta a mão-de-obra, e, com base na análise de todo o arcabouço normativo a reger as relações de trabalho, declara nula (nos termos do artigo 9º da CLT) essa avença.

Voto, portanto, pelo não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e, caso conhecida, pela sua improcedência.

É como voto.

23/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhora Presidente, eminentes pares, trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, tendo como objeto o conjunto das decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho acerca da terceirização de serviços “*das quais tem resultado restrição, limitação e impedimento à liberdade de contratação de serviços por empresas vinculadas ao seu quadro associativo*”. Em jogo a constitucionalidade dos limites traçados na Súmula nº 331 do TST à terceirização dos serviços. Questiona-se a harmonia entre a Constituição Federal e a restrição da terceirização à atividade-meio da empresa tomadora dos serviços, desde que inexistentes os elementos configuradores da relação de emprego diretamente entre ela e o empregado.

Em síntese, as alegações se circunscrevem a i) falta de apoio da Súmula em lei; ii) dissociação entre o princípio constitucional da livre iniciativa e a vedação da utilização da terceirização na atividade-fim da empresa; iii) insegurança hermenêutica devido ao desencontro da jurisprudência trabalhista na aplicação da distinção entre atividade-fim e atividade-meio em apontado “*impedimento absoluto da terceirização*” com impactos na livre concorrência.

Apontam-se como parâmetros de controle i) o princípio da legalidade (CF /88, art. 52, II); ii) a liberdade dos agentes econômicos de contratarem e de estabelecerem estratégias racionais de produção; iii) a livre iniciativa (CF/88, arts. 1º, IV, e 170) ; iv) a livre concorrência (CF/88, art. 170, IV); v) a valorização do trabalho humano (CF/1988, art. 1º, IV); vi) o tratamento isonômico entre concorrentes (CF/1988, art. 5º, I); vii) a atuação do Estado como agente normativo e regulador da economia (CF/1988, art. 174).

ADPF 324 / DF

É o breve relato.

PRELIMINARES

1. Cabimento da ADPF

O pedido deduzido na exordial é de que seja reconhecida, *“com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a inconstitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho, as quais vedam a prática da terceirização sem legislação específica aplicável que a proíba”*. Assim lançado, situa-se o pedido, em tese, no permissivo legal de cabimento da ADPF previsto no **art. 1º, I, da Lei nº 9.882/1999**, segundo o qual cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental *“quando for relevante o fundamento da **controvérsia** constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal”*.

A fim de assegurar o conhecimento da ADPF ajuizada nesses moldes, cabia ao autor comprovar, na expressa dicção do **art. 3º, V, da Lei nº 9.882/1999**, a *“existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”*, o que não foi feito.

Nessa medida, entendo que não se faz presente, na hipótese, a alegada controvérsia judicial sobre a aplicação dos preceitos fundamentais que se reputam violados, exigência expressa dos **arts. 1º, I, e 3º, V, da Lei nº 9.882/1999**, para o **cabimento** da ADPF.

É que as decisões judiciais trazidas aos autos juntamente com a exordial, a fim de demonstrar a alegada controvérsia constitucional, não evidenciam a existência de divergência interpretativa apta a ensejar o cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Longe de sugerir a existência de um embate abstrato e binário entre leituras díspares e opostas dos limites da terceirização e sua compatibilidade ou incompatibilidade com os ditames da Constituição da República, o conjunto das decisões acostadas revela a existência de nuances particulares e casos heterogêneos. De modo algum se mostram ilustrativas de quadro passível de redução a mera escolha entre

ADPF 324 / DF

interpretações conflitantes do texto constitucional.

Tem prevalência, nesse contexto, a garantia constitucional do **acesso à jurisdição**, consagrada no **art. 5º, XXXV, da Carta Política**, e que seria significativamente atingida pela imposição vertical e – e é isso que se pleiteia – de uma exegese normativa que impede - *a priori*, independentemente do exame das situações concretas - a constatação da ocorrência de fraude à legislação trabalhista.

Noutro giro, impende ressaltar que, evidenciada a evolução jurisprudencial no sentido da uniformização exegetica, do qual a edição da **Súmula 331 do TST** é corolário, tem-se revelada situação incompatível com a *“existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”*, requisito cuja presença é indispensável, nos termos dos **arts. 1º e 3º, da Lei nº 9.882/1999**, ao cabimento da ADPF e que não foi atendido na espécie.

Seria caso de ADPF, isso sim, se, editado verbete sumular sobre determinada matéria, fosse ele sistematicamente ignorado por decisões judiciais que insistissem em decidir em sentido diverso, a configurar quadro de *“controvérsia judicial relevante”*. A **conformidade** da jurisprudência ao entendimento sumulado, ao contrário, de modo algum se amolda ao permissivo legal que exige, como objeto idôneo de impugnação, reitero, a configuração de controvérsia judicial.

Vale destacar, por oportuno que a Súmula 331/TST tão somente consolida a evolução e o refinamento, ao longo do tempo, da jurisprudência dos tribunais do trabalho sobre o seu objeto – hipóteses em que admitida a terceirização –, visando a orientar juízes acerca da aferição, no exame dos casos concretos, da ocorrência de fraude à legislação trabalhista em vigor.

Nesse sentido, observo que, ainda em 1986, anteriormente à promulgação da Constituição em vigor, o TST editara a **Súmula 256**, que reputava ilícita qualquer terceirização de mão-de-obra fora das hipóteses de trabalho temporário e serviços de vigilância.

Tal entendimento foi sendo paulatinamente revisitada, incorporando-se inovações legislativas, seja diretamente, seja mediante a

ADPF 324 / DF

sua aplicação analógica, em um processo de acomodação jurisprudencial que levou à revisão da Súmula nº 256 pela Súmula nº 331. Esta, em sua redação original, de 1993, ampliara o reconhecimento da licitude da terceirização para os serviços de conservação e limpeza, “*bem como a outros serviços especializados ligados à atividade-meio do empregador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta*”.

A atual redação da Súmula 331 traduz, além do amadurecimento da compreensão do Tribunal Superior do Trabalho sobre a questão, a conformação a parâmetros definidos por esta Suprema Corte, *ex vi* do julgamento do RE 790.391, em repercussão geral.

Por esta razão, não se reveste a ADPF de **idoneidade processual** como meio de impugnação de verbete da súmula de jurisprudência dos tribunais superiores, tampouco decisões judiciais com amparo em súmula de jurisprudência, por tal circunstância não se enquadrar em nenhuma das suas hipóteses de cabimento. Tal posicionamento tem ressonância neste Plenário, consoante evidencia o seguinte precedente:

“AGRAVO REGIMENTAL NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ENUNCIADOS DE SUMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA ARGÜIÇÃO. 1. O enunciado da Súmula desta Corte, indicado como ato lesivo aos preceitos fundamentais, não consubstancia ato do Poder Público, porém tão somente a expressão de entendimentos reiterados seus. À argüição foi negado seguimento. 2. Os enunciados são passíveis de revisão paulatina. A argüição de descumprimento de preceito fundamental não é adequada a essa finalidade. 3. Agravo regimental não provido.” (ADPF 80-AgR, Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 12.6.2006, DJ 10.8.2006)

Com base nesse entendimento, o relator da ADPF 501/SC, Ministro Alexandre de Moraes, **forte nos arts. 4º, caput, da Lei nº 9.882/1999, 330, I e III, e 485, I, IV e VI, do CPC e 21, § 1º, do RISTF**, negou seguimento àquela argüição. Registra a decisão:

ADPF 324 / DF

“A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de que ora se cuida não suporta as condições necessárias ao seu regular processamento, ausente ato do Poder Público com conteúdo que possa conduzir a efetiva lesão a preceito fundamental. Isso porque “enunciados de Súmula [que] nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte.” (ADPF 501/SC, Relator Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgamento em 19.12.2017, DJe 01.2.2018).

Por outro lado, a se entender tenham sido impugnadas as decisões judiciais indicadas na exordial, verifica-se que sobre várias delas paira o manto da *res judicata*.

É firme a jurisprudência desta Casa no sentido de que incabível a utilização da via da ADPF como sucedâneo da ação rescisória, com vista a desconstituir decisão judicial transitada em julgado, tampouco para revisar decisão judicial transitada em julgado em processo de índole subjetiva. Registro, nesse sentido, precedentes deste Plenário:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. VINCULAÇÃO DO REAJUSTE DA REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS AO SALÁRIO MÍNIMO. COISA JULGADA. NORMAS QUE PERDERAM SUA VIGÊNCIA. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - O presente caso objetiva a desconstituição de decisões judiciais, dentre as quais muitas já transitadas em julgado, que aplicaram índice de reajuste coletivo de trabalho definido pelos Decretos Municipais 7.153/1985, 7.182/1985, 7.183/1985, 7.251/1985, 7.144/1985, 7.809/1988 e 7.853/1988, bem como pela Lei Municipal 6.090/86, todos do Município de Fortaleza/CE. **Este instituto de controle concentrado de constitucionalidade não tem como função desconstituir coisa julgada.** II - A argüição de

ADPF 324 / DF

descumprimento de preceito fundamental é regida pelo princípio da subsidiariedade a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado. III - A ação tem como objeto normas que não se encontram mais em vigência. A ofensa à Constituição Federal, consubstanciada na vinculação da remuneração ao salário mínimo, não persiste nas normas que estão atualmente em vigência. IV - Precedentes. V - A admissão da presente ação afrontaria o princípio da segurança jurídica. VI - Agravo regimental improvido.” (ADPF 134-AgR/CE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 03.6.2009, DJe 06.8.2009)

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. EFICÁCIA TEMPORAL. LIMITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO-CONHECIMENTO. ART. 65 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 22/1994 DO ESTADO DO PARÁ. VINCULAÇÃO DOS VENCIMENTOS DOS DELEGADOS DE POLÍCIA AOS DOS PROCURADORES DO ESTADO. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/1998. ARTS. 37, X e XIII, 39, §§ 1º e 4º, e 144, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. NÃO-RECEPÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1. **Por inadequação da via processual, não se conhece da arguição de descumprimento de preceito fundamental na parte em que pretendida a limitação dos efeitos da decisão judicial transitada em julgado.** Precedente: ADPF 134-AgR/CE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 06.8.2009. 2. Evidenciada relevante controvérsia constitucional sobre direito estadual anterior ao parâmetro de constitucionalidade apontado (Emenda Constitucional nº 19/1998), cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos moldes dos arts. 1º, parágrafo único, I, e 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999. 3. A redação

ADPF 324 / DF

conferida pela Emenda Constitucional nº 19/1998 aos arts. 37, XIII, e 39, § 1º, da Lei Maior eliminou a possibilidade de vinculação ou equiparação de cargos, empregos ou funções, por força de ato normativo infraconstitucional. O art. 65 da Lei Complementar nº 22/1994 do Estado do Pará, no que vincula os vencimentos dos Delegados de Polícia aos dos Procuradores do Estado, não foi recepcionado pela ordem constitucional-administrativa tal como redesenhada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o que redundou em revogação tácita, por incompatibilidade material (arts. 37, X e XIII, 39, §§ 1º e 4º, e 144, § 9º, da Constituição da República). Precedentes: ADI 4009/SC, Relator Ministro Eros Grau, DJe 28.5.2009; ADI 955/PB, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 25.8.2006; ADI 2840-QO/ES, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 06.11.2003; ADI 774/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26.2.1999. Arguição de descumprimento de preceito fundamental parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada procedente em parte.” (ADPF 97/PA, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 21.8.2014, DJe 30.10.2014)

Nessa linha, e também na esteira do parecer da Procuradoria-Geral da República, inviável o conhecimento da presente ADPF quanto à pretendida desconstituição de decisões judiciais com trânsito em julgado.

Acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin para acolher a preliminar de não cabimento da ação de descumprimento de preceito fundamental.

2. Subsidiariedade

Conforme igualmente arguido pelo Procurador-Geral da República, tampouco foi observado o pressuposto negativo de admissibilidade concernente ao caráter subsidiário da ADPF.

O art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 é expresso ao assentar que “*não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”. Isso porque a arguição de descumprimento de preceito fundamental desempenha, no

ADPF 324 / DF

conjunto dos mecanismos de proteção da higidez da ordem constitucional, específica e excepcional função de evitar, à falta de outro meio eficaz para tanto, a perenização no ordenamento jurídico de comportamentos estatais – ostentem eles ou não a natureza de atos normativos – contrários a um identificável núcleo de preceitos – princípios e regras – tidos como sustentáculos da ordem constitucional estabelecida.

Embora prestigiada, na interpretação do **art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999**, a eficácia típica dos processos objetivos de proteção da ordem constitucional, vale dizer, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante próprios ao controle abstrato de constitucionalidade, o referido dispositivo, ao consagrar o que a doutrina vem convencionando chamar de cláusula de **subsidiariedade** da arguição de descumprimento, não afasta de modo peremptório a consideração sobre os meios subjetivos e difusos quando eficazes para sanar a lesividade no caso concreto.

Se, de um lado, o **art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999** não descarta do caráter objetivo e abstrato da ADPF, a emprestar-lhe efeito vinculante e *erga omnes*, de outro, tampouco a antepõe a todo o sistema difuso de tutela dos direitos subjetivos de índole constitucional. O preceito comporta exegese que legitima o Supremo Tribunal Federal a exercer, caso a caso, o juízo de admissibilidade, seja quando incabíveis os demais instrumentos de controle concentrado, seja quando constatada a insuficiência ou inefetividade da jurisdição subjetiva.

Assim, ainda que eventualmente não alcançada a hipótese pelos demais vias de acesso à jurisdição concentrada, não é caso de ADPF quando a lesão puder ser neutralizada com eficácia, no caso concreto, mediante o uso de outro instrumento processual.

Nessa linha, ao não conhecer da **ADPF nº 3/CE** (Relator Ministro Sydney Sanches, julgamento em 18.5.2000, DJ 27.2.2004), na qual impugnado um conjunto de atos judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, disponíveis ao autor da ação “*meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas (...)*”, não é admitida a arguição de descumprimento de

ADPF 324 / DF

preceito fundamental, nos termos do referido § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/1999”.

No mesmo sentido, a decisão proferida ao julgamento de agravo regimental na **ADPF 237/SC** (Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 28.5.2014, DJe 30.10.2014), assim ementada:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º) – AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º) – EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE ALEGADAMENTE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS – INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse “writ” constitucional. – A norma inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 – que consagra o postulado da subsidiariedade – estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à observância de

ADPF 324 / DF

um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.” (ADPF 237/SC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 28.5.2014, DJe 30.10.2014)

A simples leitura da exordial é suficiente para evidenciar que a aferição da existência de eventual afronta aos preceitos fundamentais invocados, no caso, dependeria de prévio exame da conformidade das decisões questionadas à disciplina contida na legislação infraconstitucional regente das relações de trabalho. Embora sob roupagem de busca de instauração de procedimento de fiscalização da constitucionalidade de atos jurisdicionais, a pretensão, tal como deduzida, mostra-se de todo incompatível com a via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que não pode ser instrumentalizada como sucedâneo de recurso ou de ação rescisória.

Observo, nesse sentido, que o descumprimento de preceito fundamental acionador do mecanismo de defesa da ordem constitucional (art. 102, § 1º, da Carta Política) manifesta-se na contrariedade às linhas mestras da Constituição, àquilo que, mesmo não identificado com esta ou aquela fração do texto positivado, tem sido metaforicamente chamado, por escolas do pensamento jurídico, de seu espírito. Pilares de sustentação, explícitos ou implícitos, sem os quais a ordem jurídica delineada pelo Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado, ficaria desfigurada na sua própria identidade. Não se pode, assim, vulgarizar o conteúdo do **núcleo essencial** merecedor da proteção singular da ADPF de modo a alcançar controvérsias que apenas indiretamente resvalariam nos preceitos constitucionais invocados.

Acompanho, pois, a divergência inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski para acolher a preliminar de não conhecimento da ADPF por inobservância do pressuposto processual previsto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999.

ADPF 324 / DF

3. Perda de objeto pela superveniência de lei

Esta ADPF, até pela época em que ajuizada, até pela situação legislativa vigente à época, nada mais faz do que submeter ao STF a questão da licitude, da validade, da higidez constitucional de decisões da Justiça do Trabalho que estabelecem limites à terceirização, à luz de uma interpretação dada por ela, Justiça do Trabalho, a todo um arcabouço normativo.

Todos os dias estamos aqui a citar o Ministro Eros Grau, quando explicita, em sede doutrinária que o *“Direito não se interpreta em tiras”*. Na verdade, a Súmula 331/TST é a cristalização de uma jurisprudência – e por isso destaquei que vem lá da década de 80, já sob a forma de enunciado ou súmula – à luz de interpretação do Direito do Trabalho como um todo.

Essa é a questão. Estamos a examinar controvérsia posta à nossa análise quanto à higidez, ou não, da atuação da Justiça do Trabalho, quando estabelece limites, via decisões judiciais, à terceirização, forte na compreensão de que uma terceirização ampla e irrestrita quebraria a espinha dorsal do Direito do Trabalho e, *ipso facto*, implicaria a nulidade daquelas contratações ditas trilaterais ou assimétricas, com o consequente reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços, enquanto beneficiária direta da força de trabalho.

Houve alteração, é verdade, do quadro legislativo, com a Reforma Trabalhista de 2017, no sentido da possibilidade, da licitude, da validade da terceirização irrestrita, inclusive quanto à atividade-fim.

Parece-me que, estando tal questão – a licitude da terceirização, licitude no sentido da validade constitucional da terceirização da atividade-fim, submetida a essa Corte em ADIs já distribuídas, à luz da Reforma de 2017, seria muito mais razoável que enfrentássemos o tema de forma conjunta, inclusive possibilitando toda argumentação que seria trazida pelos interessados a respeito.

Respeitosamente, entendo, que se deva suspender o exame deste processo e, vencida esta posição, voto pela perda do objeto da ação.

Nessa linha, acolho a preliminar para julgar extinto processo sem

ADPF 324 / DF

resolução do mérito pela perda do objeto.

4. Ilegitimidade ativa *ad causam*

O art. 2º, I, da Lei nº 9.882/1999, reguladora da **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, confere **legitimidade** para sua propositura ao universo dos legitimados para a **ação direta de inconstitucionalidade**. Já a Lei nº 9.868/1999, disciplinadora da ação direta de inconstitucionalidade, reproduz, no seu art. 2º, IX, o teor do art. 103, IX, da Lei Maior, pelo qual assegurada **legitimidade ativa especial** para impugnar, mediante ação direta, a constitucionalidade de dispositivos de lei ou de ato normativo (i) às **confederações sindicais** e (ii) às **entidades de classe** de âmbito nacional.

A autora não se insere em qualquer dessas hipóteses.

Pessoa jurídica de direito privado e sem fins lucrativos, apresenta-se, é certo, como entidade de classe de âmbito nacional, a congregar, no entanto, sob o vago e poroso manto conceitual de “agronegócio”, um amálgama de setores e atividades que de modo algum conserva efetiva afinidade entre si. Basta observar que o rol *sui generis* de associados da autora compreende desde usinas sucroenergéticas a grandes instituições financeiras de varejo, de indústrias têxteis a escritórios de advocacia, de indústrias de embalagem a operadores de *trading*, em absoluto traduzindo uma categoria econômica homogênea.

A **jurisprudência desta Casa** tem notória e reiteradamente recusado **legitimidade ativa** para deflagração do procedimento concentrado de fiscalização *in abstracto* da constitucionalidade das leis a **entidades associativas que não representam um segmento minimamente homogêneo de interesses**. Nesse sentido, entre outros, destaco os seguintes precedentes:

“CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DOS CARTORÁRIOS

ADPF 324 / DF

DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO (ANDC). ENTIDADE QUE REPRESENTA COMPOSIÇÃO HETEROGÊNEA DE INTERESSES DE CATEGORIAS DIVERSAS. ILEGITIMIDADE ATIVA. NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. A Associação Nacional de Defesa dos Cartorários da Atividade Notarial e de Registro (ANDC) **não possui legitimidade para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade, por congrega, entre seus associados, pessoas inseridas em contextos profissionais distintos, reunindo, ao mesmo tempo, delegatários de função pública e pessoas por eles contratados para atuar sob sua subordinação hierárquica.** 2. A jurisprudência desta CORTE é pacífica no sentido de que a entidade associativa deve ser capaz de integrar, com plena abrangência (ADI 3617 AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO), um bloco homogêneo de interesses de seus associados (ADI 4.231-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 25/9/2014; da ADI 4.230 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; e ADI 4.009, Rel. Min. EROS GRAU). 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.” (ADI 5071-AgR/RJ, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgamento em 18.12.2017, DJe 02.02.2018)

“Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. Associação heterogênea. Ilegitimidade ativa. Não preenchidos os requisitos do art. 103, IX, da CF/88. Jurisprudência da Corte. 1. **A heterogeneidade da composição da autora, que admite serem suas associadas pessoas físicas de diversas categorias profissionais, empresas do setor da indústria e empresas do setor do comércio, conforme disposições estatutárias, faz com que ela não se enquadre como entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, da CF/88).** Reconhecimento da ilegitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. 2. Agravo regimental não provido.” (ADI 4660-AgR/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 12.12.2016, DJe 08.5.2017)

ADPF 324 / DF

“DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA, ART 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. CONSELHO INTERDENOMINACIONAL DE MINISTROS EVANGÉLICOS DO BRASIL. ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” CARACTERIZADA. ENTIDADE QUE NÃO REPRESENTA CATEGORIA PROFISSIONAL OU ECONÔMICA. PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE. 1. A legitimidade das entidades de classe para a propositura de ações no controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do art. 103, IX, 1ª parte, pressupõe o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) sejam compostas por pessoas naturais ou jurídicas; (ii) sejam representativas de categorias econômicas e profissionais homogêneas; e (iii) tenham âmbito nacional, o que significa ter representação em, pelo menos, 9 (nove) Unidades da Federação (Estados ou Distrito Federal), por aplicação analógica do art. 7º, § 1º, da Lei 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP). 2. O Conselho Interdenominacional de Ministros Evangélicos do Brasil – CIMEB –, **a despeito de demonstrar formalmente em seu estatuto o caráter nacional da entidade, não se afigura como categoria profissional ou econômica, razão pela qual não possui legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. 3. Nego provimento ao agravo regimental.” (ADI 4294-AgR/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 01.7.2016, DJe 05.9.2016)**

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CIDADANIA (ASPIM). ART. 103, XI, DA CARTA MAGNA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. I – A associação agravante não se enquadra no

ADPF 324 / DF

conceito de entidade de classe de que trata o art. 103, XI, da Constituição Federal, pois, “a pretexto de efetuar a defesa de toda a sociedade, patrocina interesses de diversas categorias profissionais e/ou econômicas não homogêneas” (ADI 4.230-AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli). II – Agravo regimental a que se nega provimento.” (ADI 4231-AgR/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 21.8.2014, DJe 25.9.2014)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. HETEROGENEIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA. NÃO CONHECIMENTO. A Associação Brasileira de Televisão por Assinatura é formada por pessoas físicas e/ou jurídicas que se relacionem direta ou indiretamente com o setor de televisão por assinatura. Dessa forma, não é possível identificar uma classe definida de associados. Assim, **configurada a heterogeneidade da associação autora, evidencia-se sua ilegitimidade para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade.** Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.” (ADI 3900/AM, Relator p/ acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 02.12.2010, DJe 08.11.2011)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º DA RESOLUÇÃO N. 51/98/CONTRAN. 1. Ilegitimidade ativa da autora, entidade que não reúne a qualificação constitucional prevista no art. 103, inc. IX, da Constituição da República. 2. **A heterogeneidade da composição da Autora, conforme expressa disposição estatutária, descaracteriza a condição de representatividade de classe de âmbito nacional: Precedentes do Supremo Tribunal Federal.** 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida.” (ADI 3381/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgamento em 06.06.2007, DJe 29.6.2007)

ADPF 324 / DF

Ausente a *legitimatío ad causam* ativa, delinea-se a carência da ação, a conduzir à extinção do feito sem resolução do mérito.

Não obstante a minha simpatia por uma compreensão mais ampla da legitimidade ativa para o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em obediência à iterativa jurisprudência desta Suprema Corte, **peço vênia ao d. Ministro Relator** para acolher a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada e **não conheço** da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

MÉRITO

Vencida quanto ao conhecimento da ADPF, passo ao enfrentamento do mérito.

1. Em jogo a constitucionalidade dos limites traçados na Súmula nº 331 do TST à terceirização de serviços, notadamente no que diz com a restrição de contratação de empresa para prestar serviços na atividade-fim da empresa tomadora.

2. A controvérsia, nos termos em que posta, diz com o exame da existência, ou não, de violação do art. 5º, II, da Constituição Federal, pela compreensão do TST, consubstanciada na Súmula 331, ao impor limites à terceirização, não a admitindo na atividade-fim. Dito de outra forma, se a imposição de limites à chamada terceirização, pelo TST, ofende os princípios e regras constitucionais contidos na Constituição Cidadã e 1988, que está a completar 30 anos em outubro vindouro.

Pontuo aqui que a Súmula 331 do TST não nasceu de geração espontânea. É o resultado de longo processo de consolidação da jurisprudência trabalhista – mais de 30 anos de jurisprudência trabalhista - na adequação entre as normas de proteção ao trabalho e a realidade cotidiana da intermediação de mão de obra por meio de pessoa interposta. Desde 1986 a Súmula 256/TST, de iniciativa do Ministro Marco Aurélio, à época Ministro daquela Casa, já dispunha sobre a limitação da terceirização ao trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83).

ADPF 324 / DF

Impõe-se examinar o art. 5º, II, da Constituição Federal com a amplitude de sentidos que se lhe atribuiu no reconhecimento da repercussão geral: o dispositivo constitucional em comento foi lido, a um só tempo, como balizador do princípio da legalidade, da liberdade de contratação e da livre iniciativa.

Dispõe o art. 5º, II, da Constituição da República, em sua literalidade, que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Os desdobramentos daí extraídos, pela decisão que reconhece a repercussão geral da matéria, seriam o de que, não havendo preceito legal proibitivo da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, a decisão do Tribunal Superior do Trabalho estaria a ofender o princípio da legalidade e, assim caminhando, a restringir a liberdade de contratação das empresas envolvidas, ao ponto de comprometer o exercício da livre iniciativa.

Em assim sendo, a controvérsia deve ser analisada sob cada um dos mencionados postulados.

Para atender a essa demanda, cumpre compreender o que é terceirização, enquanto fenômeno socioeconômico e trabalhista; compreender em que termos esse fenômeno foi absorvido e regulado pelo Direito do Trabalho; analisar a partir da categoria do contrato de trabalho, quais são as possibilidades e quais são os imperativos para a contratação do trabalho de pessoas sob o paradigma constitucional e, por fim, confrontar se o exercício da contratação terceirizada, no que concerne às atividades-fim das organizações, traduz-se num ato de liberdade não limitado pelo ordenamento ou se é possível extrair da ordem jurídica vigente os limites que o TST, no caso concreto, impôs.

3. Início essa tarefa buscando os conceitos invocados para a terceirização. Afinal, o que é terceirização?

Compreender um fenômeno social implica admitir a existência de diversos olhares a seu respeito.

Certamente economistas, sociólogos do trabalho e administradores encaram a a terceirização de formas diversas e transferem ao campo jurídico o desafio de compor o conflito decorrente

ADPF 324 / DF

destas diferentes percepções, inclusive no âmbito conceitual, cabendo à área jurídica o desafio de compor o conflito decorrente dessas diferentes percepções.

No afã de superar esse desafio, impõe-se alinhavar, preliminarmente, alguns dados para tecer um pano de fundo conceitual.

Em primoroso texto doutrinário, MAGDA BIAVASCHI, lembrando a lição de Joseph Schumpeter, economista e um dos mais destacados cientistas políticos do século XX, quanto ao impulso que mantém o capitalismo em funcionamento, a engendrar incessantemente novas formas de organização, apresenta a **terceirização** como uma das expressões dessa complexidade:

“Quanto à terceirização, uma das dificuldades de conceituá-la reside nas distintas formas por meio das quais se apresenta no mundo do trabalho, bem como na multiplicidade de conceitos que lhes são atribuídos. Com contornos variados e, por vezes, de forma simulada, pode ser identificada, segundo Krein:

‘[...] na contratação de redes de fornecedores com produção independente; na contratação de empresas especializadas de prestação de serviços de apoio; na alocação de trabalho temporário por meio de agências de emprego; na contratação de pessoas jurídicas ou de "autônomos" para atividades essenciais; nos trabalhos a domicílio; pela via das cooperativas de trabalho; ou, ainda, mediante deslocamento de parte da produção ou de setores desta para ex-empregados. Nessa dinâmica, chega-se a presenciar o fenômeno da terceirização da terceirização, quando uma empresa terceirizada subcontrata outras, e o da *quarteirização*) com a contratação de uma empresa com função específica de gerir contratos com as terceiras e os contratos de facção e os de parceria’.

Juridicamente, a terceirização desafia o conceito de

ADPF 324 / DF

empregador, provocando ruptura no binômio empregado-empregador: há um intermediário na relação entre trabalhador e a empresa a quem aproveita a força de trabalho. Ainda juridicamente, segundo Viana, pode ser analisada de forma ampla ou restrita, interna ou externa, correspondendo sempre à hipótese em que um terceiro entra na relação de emprego. **Em sentido amplo**, identifica-se com a tendência empresarial de realizar parte de suas atividades por meio de outras unidades, mais ou menos independentes, incluindo toda a operação - econômica ou de organização da atividade empresarial- de terceirização ou descentralização, qualquer que seja a forma contratual utilizada. **Em sentido estrito**, como mecanismo descentralizador que envolve uma relação trilateral estabelecida entre a empresa que contrata os serviços de outra empresa, terceira, a qual, por seu turno, contrata trabalhadores cujos serviços prestados destinam-se à tomadora. Em sentido interno, expressa a situação em que alguém se coloca entre o empregado e o tomador dos serviços no sentido externo, evidencia, por exemplo, a situação em que alguém se coloca entre o empresário e o consumidor. No entanto, faces do mesmo fenômeno, refletem-se da mesma maneira na relação de poder empregadores x trabalhadores”¹.

Os professores de Sociologia da USP e da UNICAMP, Paula Marcelino e Sávio Cavalcante, definem o instituto como “*todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho e/ou a externalização dos conflitos trabalhistas*”, adotando perspectiva centrada nos impactos da terceirização em relação à exploração da força de trabalho².

Colacionam, ainda, a perspectiva de Ruduit-Garcia, que

1 BIAVASCHI, Magda. A dinâmica da súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho : a história da forma de compreender a terceirização in Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado / Daniela Muradas Reis, Roberta Dantas de Mello, Solange Barbosa de Castro Coura, coordenadoras. -- São Paulo : LTr, 2013, pp. 175-7.

2 MARCELINO e CAVALCANTE, ob. cit..

ADPF 324 / DF

elabora o fenômeno, do ponto de vista sociológico, da seguinte forma:

[...] o recurso gerencial pelo qual uma empresa transfere parte de sua atividade-fim - industrial, de serviços ou agrícola - para outra unidade empresarial, tendo em vista flexibilizar a organização e as relações de trabalho e focar esforços em atividades com mais especialização e maior valor agregado³.

Enquanto fenômeno que se localiza na organização produtiva das empresas, a terceirização, evidentemente, produz impactos na organização do trabalho e na forma como se delineiam, inclusive do ponto de vista jurídico, as relações entre trabalhadores e contratantes de sua força de trabalho.

Por isso, o tema igualmente tem merecido a atenção da Sociologia do Trabalho, no sentido de capturar o fenômeno e seus impactos sobre as condições de vida e trabalho dos sujeitos envolvidos.

JOSÉ DARI KREIN, Doutor em Economia Social do Trabalho, também aponta a terceirização como fenômeno complexo que, apesar das suas múltiplas faces, “constitui-se em uma forma de flexibilização das relações de trabalho, ao permitir um rebaixamento nos salários, nas condições de trabalho e na segurança do trabalho, assim como ao promover a segmentação da representação sindical e ampliar a liberdade da empresa na alocação do trabalho”⁴.

O Professor DANTE GIRARDI, do Departamento de Ciências da Administração da Universidade Federal de Santa Catarina,

3 RUDUIT-GARCIA, Sandro. **Relações interfirmas e emprego na rede de empresas: a experiência de externalização de uma empresa no setor de telecomunicações**. Sociologias, Porto Alegre, UFRGS, v.4, n. 8, 2002.

4 KREIN, José Dari. **As Relações de Trabalho na Era do Neoliberalismo no Brasil**. In: FAGNANI, Eduardo (org.). Debates contemporâneos – Economia Social e do Trabalho, 8. São Paulo: LTr, 2013.

ADPF 324 / DF

realizou importante revisão bibliográfica a respeito da terceirização no campo teórico da Administração⁵, apresentando os seguintes conceitos a respeito do fenômeno:

Tudo o que não é vocação de uma empresa deve ser entregue para especialistas (LEIRIA et al, 1992);

É a tendência de comprar fora tudo o que não fizer parte do negócio principal da empresa (COSTA et al, 1992).

É uma tendência de transferir, para terceiros, atividades que não fazem parte do negócio principal da empresa (GIOSA, 1995).

É uma tendência moderna que consiste na concentração de esforços nas atividades essenciais, delegando a terceiros as complementares (GIOSA, 1995).

É a passagem de atividades e tarefas a terceiros. A empresa concentra-se em atividades-fim, aquelas para as quais foi criada e que justifica sua presença no mercado, e passa para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) atividades-meio (DAVIS, 1992).

Indica a existência de uma outra empresa, "terceiro", que, com competência, especialidade, qualidade e ainda, em condições de parceria, venha a prestar serviços a uma empresa contratante (QUEIROZ, 1992).

É um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros - com os quais se estabelece uma relação de parceria - ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua (GIOSA, 1995).

Uma tecnologia de administração que consiste na compra de bens e/ou serviços especializados, de forma sistêmica e intensiva, para serem integrados na

5 GIRARDI, Dante Marciano. **A importância da terceirização nas organizações.** Revista de Ciências da Administração, Florianópolis, p. 23-31, jan. 1999. ISSN 2175-8077.

ADPF 324 / DF

condição de atividade meio, à atividade fim da empresa compradora, permitindo a concentração de energia em sua real vocação, com o intuito de potencializar ganhos em qualidade e produtividade (FONTANELLA et al, 1994).

Seja partindo dos impactos na vida dos trabalhadores, seja partindo da perspectiva da atuação empresarial, há consenso no sentido de ser a terceirização uma estratégia de concentração das organizações em suas **atividades principais, com externalização daquelas atividades acessórias ou não finalísticas.**

Forte nessas formulações conceituais é que partiu o campo jurídico para uma análise do fenômeno, que antecedeu previsões legais específicas a seu respeito. Em termos gerais, o aparato jurídico desenvolvido na CLT e na Constituição de 1988 foi o que conduziu o tratamento jurídico do tema.

4. Antes dessa abordagem estritamente jurídica, teço algumas considerações sobre a origem, evolução, características e propósitos da terceirização.

Acerca da precariedade desse tipo de relação laboral, GABRIELA NEVES DELGADO⁶, estudiosa do fenômeno da terceirização, com propriedade sublinha:

“Considera-se que uma das mais polêmicas manifestações dessa dimensão desregulamentadora que agride o Direito do Trabalho contemporâneo é a terceirização. **Além de romper com a estrutura empregatícia bilateral clássica de prestação de serviços, contribui para precarizar as condições de trabalho e dificulta a formação da identidade social do trabalhador terceirizado e de sua emancipação coletiva.** No Brasil, a difusão das práticas terceirizantes também ganhou forte impulso, notadamente no setor de serviços, em especial no âmbito da economia privada, mas também estendeu seus tentáculos à área pública.

6 DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 70 anos: rumo a um Direito do Trabalho Constitucionalizado. *In* Revista do TST, Brasília, vol. 79, nº 2, abr/jun 2013.

ADPF 324 / DF

Em relação à terceirização trabalhista, observa-se que além de a CLT não ter incorporado regras específicas sobre a triangulação de mão de obra via terceirização, exatamente porque não previu a descentralização empresarial nos moldes toyotistas de produção, também a legislação extravagante à CLT pouco avançou no sentido de propor controles civilizatórios a essa prática de contratação trabalhista, altamente inibidora dos direitos sociais fundamentais.

Em termos jurídicos, a terceirização trabalhista praticada no país mais parece uma colcha de retalhos. Apesar da existência de legislação específica reguladora do trabalho temporário, hipótese de terceirização de curto prazo, não há lei própria a normatizar a terceirização permanente, a mais importante delas.

A construção jurisprudencial existente, sintetizada na Súmula nº 331 do TST, propõe alguns “controles civilizatórios” para a terceirização, mas não o suficiente.

Mesmo que se considere irreversível o avanço da terceirização, isso não significa que ela não deva enquadrar-se nos limites do Direito do Trabalho, assegurados, essencialmente, em seus princípios. A resistência de âmbito principiológico atinge, sem dúvida, a terceirização trabalhista.

Enfatiza-se: se, na origem do Direito do Trabalho, o arsenal de princípios básicos era tido como eixo de orientação do ramo justrabalhista, a compreensão do Direito do Trabalho contemporâneo também deve perpassar pelos princípios cardeais. Inclusive, a moderna doutrina constitucional garante aos princípios caráter vinculante, com função normativa própria, o que somente ratifica sua importância no contexto da interpretação, aplicação e integração das normas jurídicas” (sublinhei).

Evidencia o tratamento diferenciado, entre trabalhadores contratados diretamente e trabalhadores terceirizados, texto doutrinário do Professor e pesquisador JOSÉ PASTORE⁷:

7 PASTORE, José. **Terceirização: uma Realidade Desamparada pela Lei.** Disponível

ADPF 324 / DF

Os contratos de terceirização têm sido os mais variados. Há bons e ruins. Há empresas contratantes que zelam pela proteção dos empregados das empresas contratadas por meio de uma checagem criteriosa da sua reputação e monitoria constante durante a execução do contrato. Mas há também as que ignoram tudo isso.

É aí que ocorre a precarização. Em muitos contratos, a contratada descumpre a legislação, e a contratante fecha os olhos. Em outros casos, esta só vem saber disso quando a contratada quebra ou desaparece na hora de pagar as verbas rescisórias, deixando seus empregados na mão. Eles só receberão tais verbas se a contratante for compreensível ou se tiverem êxito nas demoradas ações trabalhistas.

Há ainda os contratos que mantêm os empregados da contratada em condições desumanas. Eu já vi trabalhadores terceirizados fazendo refeições sob sol a pino e sentados numa sarjeta de rua, enquanto os empregados da contratante saboreavam um almoço gostoso em restaurante com ar condicionado.

A terceirização já contém em si o estigma de vínculo precário sob diferentes ângulos – essencialidade, pessoalidade, subordinação. O empregado desenvolve atividade que, em tese, não é a principal do tomador de serviços; o tomador de serviços, em tese, não sabe quem é o terceirizado; o terceirizado, em tese, não está subordinado ao tomador de serviços.

Não obstante esse quadro, descrito em inúmeras obras acadêmicas sobre o tema, frustra-se qualquer união dos terceirizados para eventual movimento reivindicatório, em face do “*fracionamento*” do coletivo de empregados da empresa contratada pelos diversos setores da(s) tomadora(s) de serviços.

Embora a terceirização, em todas as suas formas, implique, a rigor,

em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5386/006_pastore.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em 08.7.2016.

ADPF 324 / DF

na maioria das vezes, precarização, o fenômeno tem se ampliado “*como forma de diminuição de custos, prestação de serviços com maior eficiência, produtividade e competitividade, que são objetivos intensamente buscados em tempos de globalização*”⁸. Para atingir esses objetivos desconsideraram-se, frequentemente, pelos empregadores e tomadores dos serviços, os limites legais impostos com o fim de resguardar os direitos sociais e o valor constitucional do trabalho (CF, artigos 1º, IV, e 170, *caput*) e assegurar, em última análise, a incolumidade do princípio da dignidade humana, que já se disse, com propriedade, ser o “*direito fundamental de todos os direitos fundamentais*”.⁹

Ante a constatação da irreversibilidade da terceirização, em qualquer uma das suas formas, não há como olvidar, nessa relação assimétrica e trilateral, a proteção dos direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores terceirizados - entre os quais o direito à contraprestação pela mão de obra despendida -, que é o aspecto essencial¹⁰ no debate surgido nesse novo contexto histórico-econômico-social.

A força de trabalho, uma vez entregue, não pode ser reposta: não há retorno ao *status quo ante* no que se refere ao labor prestado. A falta da contraprestação devida, independentemente de quem arque com esse pagamento, transforma o terceirizado em escravo moderno.

Oportuna a lembrança, nesse quadrante, da doutrina de BARBOSA MOREIRA¹¹ acerca do estudo sobre o abuso do direito, em que se

8 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 348.

9 MENDES, Gilmar. A Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal *In A Constituição de 1988 na Visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*. Edição comemorativa. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013, p. 103 .

10 PASTORE, José. **Terceirização: uma Realidade Desamparada pela Lei**. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5386/006_pastore.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em 08.7.2016.

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Abuso do Direito**. Novo Código Civil – Doutrinas (VII) *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano V – Nº 26 – nov/dez 2003, p.

ADPF 324 / DF

pesquisam os encontros e ferimentos que os direitos se fazem: “Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita¹², com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício”, em observância ao fim econômico ou social do direito exercido, boa-fé objetiva, bons costumes.

5. O **marco legislativo** que se pode reportar à contratação terceirizada de serviços ocorreu na Administração Pública por meio do art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67. Nesse instrumento, em consonância com a ideia de terceirização acima desenvolvida, foi autorizada a transferência de atividades meramente executivas para a iniciativa privada¹³, com o propósito de promover o enxugamento da máquina administrativa.

Nesse sentido, não houve uma delimitação taxativa de quais seriam as “tarefas executivas”¹⁴ tampouco foram disciplinadas quais seriam as consequências dessa autorização para os direitos dos trabalhadores envolvidos.

Essa omissão veio a ser suprida com a promulgação da Lei nº 5.645/70, a partir da qual ficou delimitado que apenas atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, entre outras de mesma natureza poderiam ser objeto de contratação indireta, como firmado no art. 3º, parágrafo único, desse diploma legal¹⁵. Daí extraíram os doutrinadores trabalhistas a ideia de que teria havido

134.

12 Considerados, no caso, a meu ver, os direitos alusivos aos trabalhadores.

13 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques.** *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011, p. 54-84.

14 *Idem.*

15 DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2003. p. 128-129.

ADPF 324 / DF

autorização para a Administração Pública terceirizar apenas atividades-meio e não suas atividades finalísticas¹⁶.

Em relação à iniciativa privada, em matéria de contratação triangular, o ordenamento jurídico já contava com previsão em situações restritas, como era o caso do contrato de empreitada previsto no art. 455 da CLT, em sua redação original¹⁷.

Mas a conformação da estrutura jurídica ao fenômeno da terceirização propriamente dito, nos moldes estabelecidos pela nova ordem econômica mundial a partir da década de 1970, pode ser vislumbrada, pela primeira vez, no setor privado, com a regulamentação do trabalho temporário, pela Lei nº 6.019/74.

Rompendo com a estrutura clássica do contrato de trabalho bilateral, essa norma legitimou a intermediação de mão de obra em situações específicas - *“para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”* (art. 2º) -, conformando a prestação de serviços por um trabalhador a uma relação trilateral em que se celebravam simultaneamente dois contratos: um contrato entre as duas empresas envolvidas (a “fornecedora” e a “cliente”) e um contrato entre o trabalhador e sua empregadora¹⁸.

Alice Monteiro de Barros entende que, quando o Decreto-Lei nº 229/67 coibiu o uso abusivo dos contratos por prazo determinado, limitando a autorização para tal contratação às hipóteses em que o objeto do contrato estivesse efetivamente delimitado no tempo, a consequência socioeconômica colhida foi a multiplicação do número de empresas criadas com o objetivo de fornecer mão de obra para outras empresas em atividade permanente ou transitória, por meio de contratos de prestação de serviços ou de empreitada. Essa pressão criada pelo incremento do número de empresas de locação de mão de obra

16 VIANA, DELGADO e AMORIM, ob. cit., p. 54-84.

17 *Idem.*

18 *Idem.*

ADPF 324 / DF

viria a ser atendida em 1974 com a regulamentação do trabalho temporário¹⁹.

No entanto, a contratação de mão de obra temporária, por meio de empresa interposta, teve suas possibilidades limitadas pela legislação, seja quanto à exigência de credenciamento das empresas de trabalho temporário perante o Ministério do Trabalho e Emprego (art. 5º), seja quanto à limitação do prazo do contrato (três meses, nos termos do art. 10), bem como quanto às finalidades vinculadas descritas no art. 2º.

Destaca-se, outrossim, a importante previsão de equiparação de direitos, entre os trabalhadores temporários e os empregados da empresa tomadora de serviços, que o art. 12 da Lei nº 6.019/74 preconizou, na tentativa de inibir estratégias empresariais no sentido de utilizar o trabalho temporário em detrimento da contratação direta que a CLT impõe, com fito de reduzir custos trabalhistas.

O passo seguinte nesse processo histórico foi a promulgação da Lei nº 7.102/83, que veio regular o trabalho de vigilância patrimonial e transporte de valores em instituições bancárias, admitindo a terceirização desses serviços. Essa possibilidade de uso permanente da mão de obra de vigilância terceirizada só foi ampliada para além da esfera bancária por meio da Lei nº 8.863/94²⁰.

Assim, tem-se que, longe de uma omissão normativa, a terceirização, na medida em que surgia como demanda do empresariado, recebeu respostas dentro do ordenamento jurídico, as quais impunham limites e possibilidades para a contratação terceirizada.

No que concerne às terceirizações realizadas fora desses permissivos legais, a resposta veio do Judiciário.

6. O exame da evolução da jurisprudência, no tocante à

19 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Edição. São Paulo: LTr, 2009. p. 444.

20 DELGADO, G. N., 2003, ob. cit., p. 128-129.

ADPF 324 / DF

terceirização, revela que o Tribunal Superior do Trabalho, em um primeiro momento, vedou a terceirização fora das hipóteses de trabalho temporário e de serviços de vigilância, editando, por força da realidade que já era inegável em meados da década de 1980, o **Enunciado 256**, de seguinte teor:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços²¹.

Como visto, a terceirização, na iniciativa privada, somente era considerada como lícita nas hipóteses expressamente previstas nas referidas leis. Fora dessas circunstâncias, a contratação intermediada por terceiros era tida como ilegal – ante a ausência de norma que a regulasse - e, via de consequência, reconhecida a existência de relação de emprego diretamente com a empresa tomadora dos serviços, por força do art. 9º 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”*), o qual concretiza o repúdio a todo ajuste firmado em substituição, fraudulenta, ao contrato individual de trabalho, que é *“o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”* (CLT, art. 442). O TST buscou, então, mediante a exegese consagrada em tal Enunciado, blindar as normas inculpidas nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelecem o modelo clássico da relação de emprego bilateral e constituem a base desse diploma legal.

Até esse momento foi irrelevante a distinção entre atividades meio e fim, que se mantiveram igualmente inadmitidas, como

21 Resolução 4/1986, publicada no DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986.

ADPF 324 / DF

observa Alice Monteiro de Barros²².

No âmbito da Administração Pública, a contratação de tarefas permanentes de apoio administrativo era permitida pelo art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/1967²³ e Lei 5.645/1970, art. 3º, parágrafo único²⁴, editados no intento de descentralização da gestão.

Tais autorizações legais, além de gerar, na prática, desigualdade entre órgãos - e entes públicos - e empresas da iniciativa privada, desencadeava disparidade também entre aqueles e as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, porque a essas não se estendia a possibilidade de transferência de “tarefas executivas” ou relacionadas ao “transporte, conservação, custódia, operações de valores, limpeza e outras assemelhadas”, garantida às pessoas jurídicas de direito público regidas pelos citados diplomas²⁵.

A ampla difusão da terceirização fora das situações delimitadas pelo Enunciado nº 256/TST e a referida disparidade de tratamento levaram a jurisprudência a, paulatinamente, formular novas exceções - relativizando²⁶ a “rigidez” desse Verbete -, por meio de aplicação, por analogia, da citada legislação.

Sob os influxos, então, dos mencionados Decreto-Lei nº 200/1967

22 BARROS, ob. cit., p. 444.

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

[...]

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

24 Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997.

25 DELGADO, Gabriela Neves e AMORIM, Helder. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2014, p. 49-56.

26 DELGADO, G. N., 2003, p. 128-129.

ADPF 324 / DF

e Lei 5.645/1970, o Tribunal Superior do Trabalho passou a flexibilizar seu entendimento, conferindo às empresas da iniciativa privada e às empresas estatais exploradoras de atividade econômica tratamento legal idêntico àquele dado aos órgãos e entes públicos, no tocante à possibilidade de “execução indireta” das atividades nesses referidas²⁷.

Esse processo de acomodação da jurisprudência culminou com a aprovação, em 17 de dezembro de 1993, da **Súmula nº 331** do Tribunal Superior do Trabalho, pela qual ampliadas as possibilidades de terceirização para abarcar também - além do trabalho temporário e serviços de vigilância - os serviços 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”* (item III).

Por ocasião da reformulação do entendimento daquela Corte trabalhista foi afastada expressamente, em relação à Administração Pública, a consequência jurídica atribuída no item I para os casos de terceirização ilícita - o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços -, dada a vedação constitucional de acesso a cargo ou emprego público sem aprovação prévia em concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF/88 (item II).

Além disso, foi também estabelecida a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços nas hipóteses de licitude da terceirização.

A redação aprovada nessa oportunidade, pela Resolução 23/1993, publicada no DJ 28.12.1993 e de 04.01.1994, foi - e, quanto aos incisos I a III, continua sendo²⁸ - a seguinte:

27 DELGADO e AMORIM, 2014, ob. cit., p. 49-56.

28 Mantida, pelo TST, até os dias de hoje, a redação dos incisos I a III aprovada nessa oportunidade (as alterações realizadas posteriormente abrangeram tão somente o inciso IV, alusivo à responsabilidade do tomador dos serviços nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador).

ADPF 324 / DF

ENUNCIADO Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO Nº 256

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 6019, de 03.01.74).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

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

Vale enfatizar que o Tribunal Superior do Trabalho também demonstrou, no item III dessa Súmula, não se ter afastado dos parâmetros clássicos do vínculo empregatício estabelecidos na CLT, uma vez que condicionou o reconhecimento da licitude da terceirização, nos casos consonantes com a lei, à inexistência de personalidade e de subordinação jurídica direta do trabalhador em relação ao tomador de serviços.

Cumprido aludir, ainda, neste tópico, ao registro de Viana, Delgado e Amorim quanto à modificação do quadro jurídico concernente à Administração Pública com a edição do Decreto nº 2.271/97, que, em substituição à Lei nº 5.645/70 (que fora revogada),

ADPF 324 / DF

definiu as atividades de execução que poderiam ser objeto de contratação indireta e refutou expressamente a possibilidade de intermediação de mão de obra no seio da Administração Pública. Tal entendimento veio a ser reforçado com a decisão nº 25/00 do Tribunal de Contas da União, que vedou a contratação terceirizada de “categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade”²⁹.

Em 2000, o TST reformulou o item IV da Súmula nº 331, para reconhecer expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em caso de terceirização de serviços, por meio de uma interpretação sistemática do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (Resolução nº 96 de 11/09/2000).

Recentemente, a interpretação desta Suprema Corte quanto à constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8666/93 levou o TST a rever sua Súmula 331, em maio de 2011 (Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011), alterando o item IV e inserindo os itens V e VI, que passaram a consagrar um regime de responsabilização diferenciado para os entes públicos, em conformidade com os parâmetros estabelecidos por este Tribunal.

7. A partir do apanhado histórico do desenvolvimento da legislação e da jurisprudência em matéria de terceirização chega-se à compreensão dos **significados jurídicos** que o fenômeno assume e em que medida o Direito, enquanto sistema, oferece respostas a sua **regência**.

Para além de uma análise positivista da regulação da terceirização, o desafio que se coloca é compreender, sob a ótica de uma ordem jurídica constitucional de proteção aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, quais seriam as possibilidades e limites desse fenômeno, a partir da ótica da **centralidade do contrato de trabalho** no paradigma da Constituição de 1988, como vetor normativo que orienta a

29 VIANA, DELGADO, G. N. e AMORIM, ob. cit., p. 54-84.

ADPF 324 / DF

construção interpretativa a respeito de tais limites e possibilidades.

A terceirização, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, é “o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação *justrabalista* que lhe seria correspondente”³⁰ uma vez que, embora preste serviços para um sujeito, o trabalhador não detém a condição de empregado, e sim de outro, terceiro, com o qual o real beneficiário da força de trabalho firmara contrato de prestação de serviços. Ou seja, embora um sujeito trabalhador preste serviços para um sujeito empresarial, essa relação, de fato, dá origem, não a um contrato de trabalho, como dispõem os arts. 2º, 3º e 442 da CLT, mas a dois contratos diversos, que envolvem um terceiro. Esse, embora não seja beneficiário final da prestação de serviços, figura como empregador do trabalhador. De outro lado, esse empregador firma com o efetivo tomador de serviços um contrato de prestação de serviços que conviverá com o contrato de trabalho, tendo por consequência jurídica afastar do tomador de serviços a condição de empregador.

Tal afastamento, ao dissociar a relação jurídica da relação econômica que lhe é subjacente implica também um distanciamento das possibilidades de responsabilização e assunção dos riscos da atividade econômica pelos tomadores de serviços, em flagrante desequilíbrio do binômio poder-responsabilidade. Abre-se margem, por meio do referido desequilíbrio, a que a terceirização figure como forma de externalização não apenas de atividades, mas também de responsabilidades e custos trabalhistas.

O conceito jurídico de terceirização apresentado revela a existência de um parâmetro jurídico ostensivo e sólido para a contratação da força de trabalho no Brasil: o contrato de trabalho, firmado expressa ou tacitamente, entre aquele que presta serviços e aquele que se beneficia dessa prestação (arts.

30 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2016, p. 452.

ADPF 324 / DF

2º, 3º e 442 da CLT).

Então, incumbe perquirir se o regramento jurídico do contrato de trabalho imporia limite implícito à terceirização.

A CLT foi refratária a que formas indiretas ou intermediadas de contratação de força de trabalho se afirmassem como regra. Do contrário, a regra estabelecida foi o contrato de trabalho firmado diretamente entre empregado (aquele que presta serviços) e empregador (aquele que se beneficia dos serviços prestados), admitida de forma apenas excepcional a subcontratação da força de trabalho.

Nesse sentido, a CLT caminha em compasso com a Organização Internacional do Trabalho, que, por meio da Declaração de Filadélfia de 1944, preconiza que o trabalho humano não é mercadoria, não podendo ser negociado ou intermediado, mas contratado diretamente por seu próprio titular: o trabalhador.

Essa premissa, essencial a qualquer matéria que envolva o direito do trabalho, já foi firmada pela doutrina clássica:

O direito do trabalho é o estatuto jurídico portador dos mais altos valores humanos; é um direito para o homem e deriva de sua mesma natureza e categoria de ente social; é um direito novo, que postula um novo sentido para a vida do homem e das relações sociais e que introduz um conteúdo humano às fórmulas velhas e novas da justiça; é um direito que proporciona as bases mínimas para que o homem que trabalha possa conduzir uma existência digna e realizar plenamente os valores de que é suscetível a pessoa humana; por isso temos dito muitas vezes que é o direito autenticamente humano e a base de todo direito porque a ordem jurídica que não assegura uma existência digna para o homem não mira à justiça e, na realidade, deixa de ser uma ordem jurídica. O direito do trabalho não pode admitir a tese de que o trabalho humano seja uma mercadoria e tampouco pode aceitar que seja tratado como as coisas que estão no patrimônio dos homens, nem é possível

ADPF 324 / DF

conceber a relação jurídica de trabalho como simples troca de prestações e ao direito do trabalho como a norma que busca o equilíbrio de prestações, senão à pessoa humana, e o que busca é dar-lhe uma existência em harmonia com os valores de que é portador o homem³¹.

Destaque-se que é a partir dessa arquitetura normativa do contrato de trabalho, sobre a qual se construiu a CLT, que se desenvolvem os parâmetros constitucionais de proteção. Aliás, o desafio constitucional foi o de reforçar a perspectiva expansionista do direito do trabalho, estendendo, para além dos empregados, os direitos sociais trabalhistas. Todavia, não há dúvidas de que é a relação de emprego, nos moldes celetistas, a porta de acesso a grande parte dos direitos garantidos no art. 7º da Constituição Cidadã. Outrossim, tampouco se pode duvidar que a perspectiva constitucional é no sentido de

31 El derecho del trabajo es el estatuto jurídico portador dos más altos valores humanos; es un derecho para el hombre y deriva de su misma naturaleza e categoría de ente social; es un derecho nuevo, que postula un nuevo sentido para la vida del hombre y de las relaciones sociales y que introduce un contenido humano em las fórmulas viejas e nuevas de la justicia; es un derecho que proporciona las bases mínimas para que el hombre que trabaja pueda conducir una existencia digna y realizar plenamente los valores de que es susceptible la persona humana; por eso hemos dicho muchas veces que es el derecho autenticamente humano y la base de todo derecho porque el orden jurídico que no asegura una existencia digna para el hombre no mira hacia la justicia e, em realidad deja de ser un orden jurídico. El derecho del trabajo no puede admitir la tesis de que el trabajo humano sea una mercancía y tampoco puede aceptar que se le trate como a las cosas que estan en el patrimonio de los hombres, ni es posible concebir la relación jurídica de trabajo como um simples cambio de prestaciones y al derecho do trabalho como la norma que busca el equilibrio de las prestaciones, sino a la persona humana y lo que busca es darle una existencia em armonía com los valores de que es portador el hombre. (CUEVA, Mario de la. **Derecho mexicano del trabajo**. Tomo Primeiro. Editorial Porrúa: México, 1949, p. 492-493. tradução livre).

ADPF 324 / DF

assegurar o acesso a tais direitos do ponto de vista formal e também substancial, garantindo sua densidade e conteúdo. A confirmar essa ideia, transcrevo trecho do substancioso parecer do Subprocurador-Geral da República, Odim Brandão Ferreira, encaminhado pelo ilustre Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot³²:

A relação de emprego mantida *facie ad faciem* de quem presta o trabalho e dele recebe os benefícios é, do ponto de vista histórico, o meio técnico de se impedir a reificação das pessoas, quer por meio da escravidão, quer pela degradação do ser humano a insumo empresarial. A vinculação entre essas duas partes específicas pelo direito do trabalho é o meio pelo qual se permitiu, nas sociedades de massas e de organização produtiva complexas, superar a incapacidade de pequenas organizações de trabalho por conta própria para a realização de objetivos complexos sem, de outro lado, reincidir nas formas de supressão e degradação do ser humano à situação de insumo da atividade alheia. Portanto, a inserção do trabalhador no programa finalístico da empresa – sob pena de degradá-lo a insumo – gera vínculo jurídico direto entre dirigente e auferidor das vantagens do trabalho e seu prestador.

A relação de emprego da era moderna, acolhida pela ordem de 1988, é assim o meio técnico-jurídico de se permitir a atribuição dos frutos do trabalho de alguém a outrem, com a particularidade fundamental de não reificar o trabalhador, isto é, de não o degradar à condição de coisa, pela supressão total ou parcial de sua liberdade, como ocorria nos sistemas de trabalho precedentes. O contrato de trabalho insere voluntariamente o trabalhador na organização econômica do empregador que, por lhe pagar salário, adquire duas prerrogativas fundamentais, a saber, passa a ter relação hierárquica com o trabalhador e a ter justa causa para se tornar o titular do fruto de seu trabalho.

Esse trabalho, cujo perfil data da era moderna, é o

32 Parecer da PGR, p. 69-73, 89, 93-95 e 103-105.

ADPF 324 / DF

padrão eleito pela ordem constitucional brasileira e estrangeiras para a definição da relação jurídica laboral básica. A interpretação do art. 7º, notadamente do inc. I, da Constituição depende de se ter presente essa memória do domínio normativo a que se refere, no qual os diversos elementos do trabalho se articularam ao longo da história para desaguar na “realidade social sobre a qual o Direito do Trabalho repousa, [que] é precisamente o trabalho humano, produtivo, livre e por conta alheia”, na precisa definição de Alonso Olea.

Existe, portanto, pertinência subjetiva estrutural da relação de emprego entre as pessoas que põem seus esforços a serviço de outrem e aqueles que se apropriam dos frutos de seu trabalho, para a satisfação de necessidade social. A relação de emprego vincula a pessoa, cujo trabalho produz frutos àquela que deles se apropria para o desenvolvimento de utilidade social, isto é, para a satisfação de necessidades humanas, irredutíveis ao mero interesse em obter ganhos com o trabalho alheio. Nesse sentido parece a doutrina de Borrajo Dacruz, para quem uma das dimensões do labor está em que “o trabalho pode alcançar uma compensação econômica, paga ou satisfeita pela pessoa a quem se cede e que dele se beneficia”. Ainda se chegará ao ponto da demonstração de que outras normas constitucionais impedem o propósito de transformação do trabalhador em mero mecanismo de satisfação do interesse de lucro de outrem.

Por ora, no entanto, basta notar que a longa evolução do trabalho sempre ligou quem o presta àquele que de seus frutos se serve para a satisfação de necessidade social. Sempre houve e há vínculo direto entre tais elementos, embora sob variadas formas: da reificação do escravo até o pacto entre dois sujeitos de direito. A diferença fundamental do contrato moderno não está na alteração subjetiva dessa relação, mas no título hábil a permitir a alienidade do produto do labor. O “personalismo ético” é acesso a recaída nos esquemas anteriores de desconsideração da pessoa do trabalhador na relação jurídica

ADPF 324 / DF

com empregador, sob cujas ordens é realizado o trabalho.

Hoje – como sempre – é da estrutura do domínio normativo a que se refere o art. 7º, I, da CR que o trabalhador se insira no projeto econômico de outrem para a consecução de objetivos heterônomos de satisfação do interesse social e que ambas as pessoas mantenham relação entre si.

Por essa razão, Hugo Gueiros Bernardes notou que “o contrato de trabalho que se conhece no mundo e no Brasil [...] denota apenas a prestação de trabalho não eventual em proveito daquele que a assalaria e dirige”. Após ter arrolado sete caracteres doutrinários do conceito de relação de emprego, o autor frisou que somente dois deles “são realmente diferenciadores do contrato de trabalho”, quais sejam, a subordinação e a continuidade ou permanência. “É impensável o contrato de trabalho sem a ideia da continuidade, inerente à empresa em cujo seio se celebra o contrato [...]: essa vocação é peculiar ao contrato de trabalho, porque [...] há, na própria empresa, em regra, uma exigência de permanência razoável no ‘quadro’ de empregados, como condição de sua eficiência produtiva”.

O direito comparado, ao lado da história, demonstra que o conceito de emprego da era moderna pressupõe o vínculo jurídico entre o trabalhador e o empregador, por cujo meio o primeiro se insere no projeto econômico do segundo, que, por sua vez, remunera-o em troca dos frutos produtivos do trabalho que recebe. Numa palavra, a pertinência subjetiva apontada é da essência do domínio normativo do emprego, regulado na Constituição de 1988.

Daí que a inserção do trabalhador na atividade finalística da empresa, tal como se lê na Súmula 331 do TST, implica a existência da relação de trabalho entre quem presta o labor e quem dele se serve em seu projeto econômico, para a realização de atividade produtiva, isto é, capaz de gerar bens e serviços aptos à satisfação de interesses sociais.

Crucial na correta apreensão do ponto se mostra a observação de Maria Ramalho, no sentido de que, “para que a

ADPF 324 / DF

actividade produtiva em que se consubstancia o fenômeno do trabalho tenha relevo jurídico autônomo, é pois necessário que esteja ab initio vocacionada à satisfação de necessidades de outrem". A autora portuguesa prossegue: "dentro das várias modalidades de comportamento prestativo, trata-se, de acordo com a classificação comum na doutrina civilista, de uma prestação de facere, já que é o próprio serviço ou comportamento humano positivo em que se consubstancia a actividade que é valorizado pelo direito como bem jurídico".

Especialmente à nova dogmática do direito do trabalho, fundada em relação, cujo foco é a relação de recíproca lealdade – e não de meras trocas patrimoniais –, repugna a interposição de terceiro entre o empregado e a pessoa natural ou jurídica que de seu trabalho se beneficia, como causa impeditiva da formação do vínculo direto. Se a síntese entre o capital e o trabalho se dá no âmbito cooperativo da empresa, ao empenho do trabalhador deve corresponder a contrapartida do real beneficiário desses esforços, na forma do dever de lealdade, sob as formas da assistência do empregador.

(...)

Num quadro de persistente mora do Congresso Nacional em se editar a lei requerida pela parte final do **art. 7º, I, da CR**, não se tem dado a devida importância à **parte inicial** da norma referida. A discussão adjetiva de proteção contra a despedida arbitrária obscurece a alteração substantiva da garantia mencionada, que deixou de ser a pretensão apenas ao posto de trabalho e **passou a representar sobretudo o direito a ver preservado – como direito subjetivo fundamental – o instituto da “relação de emprego”**, à semelhança do que acontece com a propriedade ou com outros tantos conceitos, outrora apenas do direito ordinário, mas hoje elevados à dignidade superior do texto constitucional.

A mesma conclusão vale para a garantia institucional do art. 7º, XXXIV, da CR, ao se falar ali em “vínculo empregatício”. Aliás, seria paradoxal que os trabalhadores avulsos ali equiparados aos empregados permanentes tivessem a garantia

ADPF 324 / DF

daquela espécie de relação, mas os paradigmas, não. Em rigor, nem seria paradigmas.

Também se fixou o sentido próprio da relação de emprego, entre outros, na regulação de temas da administração pública, na competência da Justiça do Trabalho, na definição dos contribuintes da seguridade social (arts. 31, I, II, IV, XI, XV; 40, §11º; 114; 195 da CR).

(...)

Nada na Constituição de 1988 autoriza supor que o sentido estrito da relação de emprego divirja daquele básico anteriormente fixado na legislação nacional e, de modo mais amplo, com variações irrelevantes para o aspecto aqui decisivo da controvérsia no direito comparado das nações mais evoluídas no ponto. Pelo contrário, o sentido de trabalho subordinado por conta de outrem, em cujo interesse se desenvolve o trabalho do empregado e com quem se mantém a relação jurídica, é a conclusão natural da constitucionalização de diversos institutos do direito do trabalho ordinário anterior a 1988. ainda que possam variar os requisitos mencionados, os dados elementares da relação de emprego apontados estão fixados no texto constitucional.

O fenômeno da constitucionalização direta é bem conhecido no direito nacional e estrangeiro. A doutrina brasileira, bem como a internacional, sublinha dois aspectos fundamentais para essa discussão na constitucionalização direta. De um lado, os traços essenciais do instituto passam a ser de direito constitucional e como tal devem ser tratados. De outro, tais traços do instituto, por vigerem no nível mais elevado da Constituição, deixam de estar à disposição do legislador e, com mais razão, da disponibilidade hermenêutica dos Tribunais.

Ao menos em suas linhas essenciais, o art. 7º, I, da CR se informa, delimita e protege certo conceito de derrogação por autoridade inferior. A identidade de razão faz valer, também em relação ao direito fundamental da “relação de emprego”, o mesmo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

ADPF 324 / DF

proclama a respeito do direito de propriedade – a impossibilidade da erosão de suas características básicas, sob pena de sanção. Verificado o “esvaziamento do direito de propriedade”, o STF nunca titubeou em sancionar o poder público com a consequência jurídica da indenização, por meio do instituto da desapropriação indireta.

O direito brasileiro migrou da proteção só do posto concreto de trabalho para a criação de direito fundamental de perfil institucional, sem perda das características de direito subjetivo. Os trabalhadores passaram a ter o direito a certa relação jurídica fora da disponibilidade do legislador. Assim, nem o legislador poderia delineá-la de modo a permitir que trabalhador integrado à empresa, no desenvolvimento de atividade finalística, tenha seu contrato de emprego formado com terceiro intermediário da prestação da mão de obra. Isso contraria o cerne da relação de emprego, tal como estruturada na lei e, sobretudo, o instituto constitucionalizado segundo os padrões reconhecidos internacionalmente como as elementares que o definem.

Segue-se da constitucionalização do instituto da relação de emprego a validade da Súmula 331 do TST, ao definir a impossibilidade de se dissociar o vínculo de emprego entre quem institui a organização, na qual o trabalhador se insere, e o empregado que lhe satisfaz necessidade da cadeia de produção ou de serviços finalísticos.

(...)

É mérito creditável sobremodo ao acurado trabalho de Gabriela Delgado e Helder Amorim a dedução sistemática da incompatibilidade entre a intermediação de mão de obra e o polo de maior densidade normativa do trabalho na Constituição: os direitos sociais, particularmente os dos arts. 7º a 11 da CR, e de outros, de índole similar, dispersos pelo texto de 1988.

A incongruência da prática aludida com o conceito constitucional de emprego também se confirma da impossibilidade de sua convivência sistemática com outros

ADPF 324 / DF

direitos sociais que desdobram aspectos daquele vínculo básico. A intermediação destoa de direitos sociais, por ser corpo estranho de direito civil inserido na relação de emprego do art. 7º, I, da CR, que sempre une quem se insere subordinadamente no projeto econômico de outrem e quem assim tem satisfeita necessidade finalística.

Ambos os autores prova o atrito da prática aludida com a Constituição, tanto do ponto de vista normativo estrito, como da ótica mais rara entre nós da obstrução de direitos fundamentais, isto é, do impedimento de seu exercício por meio de condições materiais inatingíveis, embora formalmente intactos.

Assim, é da própria Constituição que se extrai a equivalência e inter-relação entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF/88), a denotar que, sob pena de uma fragilização absoluta da condição dos trabalhadores, a livre iniciativa deverá ser exercida, com criatividade e eficiência, respeitados os limites da legislação estatal heterônoma em matéria de Direito do Trabalho. É estabelecendo o binômio entre poder e responsabilidade que se assegura que a livre iniciativa seja exercida nos limites da função social da empresa, como assinalou Ana Frazão³³.

Nesse passo, é importante observar que a imperatividade das formas de contratação e das normas trabalhistas de conteúdo mínimo (o chamado núcleo “duro” ou patamar civilizatório mínimo) constitui princípio basilar do Direito do Trabalho.

Dentro da referida noção de imperatividade foi que se construiu o contrato de trabalho, com toda a significação social e política que esse apresentou na história do trabalhismo no Brasil: a ideia de cidadania regulada, defendida por Wanderley

33 LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ADPF 324 / DF

Guilherme dos Santos, demonstrava a vinculação entre o emprego formal e o acesso à inserção social e à cidadania.

Para a construção jurídica do contrato de trabalho, de forma muito diversa das premissas clássicas do Direito Civil, partiu-se da premissa de uma autonomia da vontade extremamente mitigada no que toca ao trabalhador.

O reconhecimento da disposição do trabalhador para uma prestação de serviços subordinada pressupõe o desprovemento dos meios de produção e a necessidade premente de vincular-se a uma fonte de trabalho que lhe remunere para a garantia de sua sobrevivência e para alcance de um determinado patamar de inserção social, cidadania e afirmação identitária.

Essa conjuntura subjuga a condição jurídica do trabalhador em face ao empregador-contratante, não apenas no momento da contratação, mas durante todo o curso da relação contratual, na medida em que o fim da relação empregatícia representa para o obreiro o risco da miserabilidade e exclusão.

O contrato de trabalho, assim, representa, nas palavras de Orlando Gomes, um contrato de adesão, que demanda a interferência estatal a fim de evitar que a desigualdade real entre as partes suplante a igualdade formal e submeta o trabalhador ao arbítrio empresarial³⁴. Vaticinara o insigne jurista: “É restringindo-a [a liberdade de contratar] que consegue desabilitar o poder individual dos capitalistas, pois que à sombra dessa liberdade eles haviam estabelecido, no mundo do trabalho, a ditadura do patronato”³⁵.

Se, de um lado, se reconhece a mitigação da autonomia da vontade do trabalhador, a denotar a inadequação desse pressuposto clássico do Direito Civil, por outro lado, a desigualdade entre as partes da relação de trabalho suplanta

34 GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 120.

35 GOMES, Orlando. **Direito do Trabalho: Estudos**. 3ª Edição. Bahia, 1954. p. 28.

ADPF 324 / DF

outra premissa do Direito Civil clássico: a noção de igualdade formal dos contratantes.

O tratamento formalmente igual de partes economicamente tão distintas equivaleria a tornar o empregado um refém da vontade do seu empregador. O Direito do Trabalho, mais uma vez, se diferencia do Direito Civil clássico e assume o papel de compensador das desigualdades, viabilizando o estabelecimento de uma relação equilibrada.

Por isso mesmo que sobrepor o conceito de liberdade de contratação e de livre iniciativa à regulação decorrente do contrato de trabalho significa negar a própria ideia desse contrato e do próprio Direito do Trabalho que, enquanto ramo jurídico autônomo, reclama a efetivação dos direitos sociais assegurados no art. 7º da Constituição Federal.

8. Ao entender a **terceirização** como desvirtuamento da relação bilateral de emprego clássica, cabe indagar sobre as **consequências práticas** desse desvirtuamento. O que se coloca é: primeiro, o papel dessa relação de emprego no acesso aos direitos sociais e constitucionais dos trabalhadores; segundo, o imediatismo da relação empregado-tomador de serviços como pressuposto evidente para o balanceamento do exercício do poder empregatício com a assunção de responsabilidades trabalhistas, compreendendo quem se beneficia da força de trabalho como o sujeito que se responsabiliza socialmente pelas diversas retribuições e contrapartidas do trabalho prestado.

Auxilia-nos nessa compreensão a alegoria apresentada por Gabriela Neves Delgado e Helder Amorim ao argumento de que, se a terceirização não elimina o contrato de trabalho (uma vez que este, de fato, se forma e se formaliza em relação à figura da empresa prestadora de serviços), ela torna rarefeitos os direitos pertinentes a tais contratos de trabalho, de uma forma que, em regra, não ocorre em relação à contratação realizada bilateral e diretamente pelo beneficiário da prestação

ADPF 324 / DF

de serviços³⁶. Afirmam esses autores:

A terceirização termina por apresentar contratações de trabalhadores com remuneração e condições de trabalho inferiores aos postos de trabalho anteriormente existente e aos equivalentes não submetidos à subcontratação de mão de obra. A terceirização, enfim, diminui o espaço efetivo das relações de emprego na sociedade e nas relações econômicas, alargando as margens para a consolidação de relações de trabalho rarefeitas³⁷.

A complexidade do fenômeno da terceirização tem remetido estudiosos de dentro e fora do campo jurídico a tentar compreendê-la substancialmente e não somente do ponto de vista formal. Em outras palavras: tem se revelado insuficiente aferir se a terceirização pode ser praticada garantindo formalmente a relação de emprego e o contrato de trabalho (ambos firmados com as empresas prestadoras de serviços) ou se, na prática, tal contratação tem sido atrelada a indicadores de precarização do trabalho rebaixados e preocupantes.

Estima-se que o Brasil possuía, em 2013, 12,7 milhões de trabalhadores terceirizados, contra 47,4 milhões de trabalhadores formais. Isso implica dizer que a contratação terceirizada alcançava 26,8% do mercado de trabalho formal brasileiro. O número de terceirizados no Brasil cresceu, no intervalo de 1996 a 2010, em um percentual médio de 13,1% ao ano³⁸, o que revela a pertinência dessa prática ao momento recente de expansão e precarização do mercado de trabalho, consoante adiante se verá.

O DIEESE afirma, em amplo estudo realizado no ano de

36 DELGADO, G.N. e AMORIM, 2014.

37 *Idem.*

38 DRUCK, 2016. p. 35-58.

ADPF 324 / DF

2014, que a remuneração média dos trabalhadores terceirizados era de 23,4% inferior à remuneração dos trabalhadores contratados diretamente e que sua jornada de trabalho era, em média, 3 horas de trabalho maior que a desses. No caso dos trabalhadores bancários as diferenças entre os salários dos terceirizados e dos contratados diretamente varia entre -51,4% e -66,6%.

Se o tempo médio de permanência no emprego de um trabalhador terceirizado era de 2 anos e 7 meses, o tempo de permanência de um trabalhador contratado diretamente era de 5 anos e 8 meses, a revelar a maior rotatividade e descartabilidade do trabalhador terceirizado.

Os dados não se limitam aos indicadores de tempo e salário, mas alcançam sobremaneira as condições de saúde e segurança no trabalho³⁹, atingindo até mesmo a taxa de mortalidade dos trabalhadores em serviço. Estudos específicos e setoriais têm revelado um maior adoecimento profissional e maior acidentalidade entre os trabalhadores terceirizados, por razões que decorrem da própria relação triangular, como a dificuldade da adoção de medidas preventivas, de treinamento e fiscalização:

No caso da Petrobras, no período de 1995-2013, os acidentes com vítimas fatais levaram a morte 320 trabalhadores, dos quais 84% ou 268 eram terceirizados e 16% ou 52 entre contratados diretamente. Matematicamente, quando se tem um número de trabalhadores terceirizados que corresponde a relação de 4 para 1 efetivo, pode-se argumentar que essa diferença é explicada pelo universo de terceirizados (360.180) em relação ao total dos efetivos (86.108), isto é, sempre o número de acidentes teria que ser maior. Entretanto, quando se calcula a taxa média anual de

39 MIRANDA, Carlos Roberto. **Ataque ao mundo do trabalho: terceirização e seus reflexos na segurança e saúde do trabalhador**. Portal Saúde e Trabalho Online (2006).

ADPF 324 / DF

acidentes fatais, no período 2000-2013, com base nos dados sistematizados por Coutinho (2015), para os trabalhadores terceirizados foi de 8,6 por 100 mil, enquanto para os contratados diretamente foi de 5,6 por 100 mil, ou seja, 50% maior entre os terceirizados. A variação da taxa nesse período de 14 anos foi grande, mas sempre maior para os trabalhadores subcontratados.

Estudos relativos à construção civil (segundo Vitor Filgueiras, pesquisador do CESIT – UNICAMP, das 135 mortes ocorridas em 2013 na construção de edifícios, 75 eram terceirizados. No setor de terraplanagem, famoso pela sua periculosidade, das 19 mortes ocorridas, 18 foram com trabalhadores terceirizados.), setor elétrico e até mesmo no setor de serviços, como o teleatendimento, conduzem a conclusões similares.

Outrossim, estudo recente desenvolvido no da UNICAMP revelou que dentre os resgates de trabalhadores reduzidos a condições análogas a de escravo ocorridos no ano de 2013, 90% dos trabalhadores resgatados eram contratados de forma terceirizada, a denotar que a rarefação dos direitos trabalhistas na relação terceirizada vulnerabiliza os trabalhadores a ponto de os expor, de forma mais corriqueira, a formas de exploração extremas e ofensivas aos direitos humanos dos trabalhadores:

Em suma, há fortes indícios de que terceirização e trabalho análogo ao escravo não simplesmente caminham lado a lado, mas estão íntima mente relacionados. Trata-se de fenômeno semelhante ao que acontece com os acidentes de trabalho. Com relação aos infortúnios, ao externalizar riscos e responsabilidades, são potencializados os fatores acidentogênicos e inibidos os mecanismos de limitação do despotismo patronal. Se a terceirização promove maior tendência à transgressão o do limite à relação

ADPF 324 / DF

de emprego (o trabalho análogo ao escravo), também engendra maior propensão a desrespeitar os limites físicos dos trabalhadores⁴⁰.

Pesquisas também têm apontado a dificuldade de sindicalização e a fragilidade da organização coletiva dos trabalhadores terceirizados, a qual reverbera no patamar de direitos que são capazes de firmar pela via da negociação coletiva⁴¹.

Para além desse aspecto, a Justiça do Trabalho vem observando uma baixa taxa de exequibilidade das empresas terceirizadas, que, por seu frágil lastro financeiro, não têm conseguido satisfazer direitos trabalhistas básicos, como verbas rescisórias e salários. Tais fatos têm sido amplamente noticiados na mídia⁴².

A Professora Graça Druck, Titular em Sociologia do Trabalho da Universidade Federal da Bahia, é conclusiva:

As pesquisas nos últimos 25 anos no Brasil revelam que a terceirização sintetiza as seis dimensões da precarização social do trabalho no país acima descritas, pois ela coincide com as posições mais

40 FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?** Disponível em <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3allogo-ao-escravo1.pdf>. Acesso em 3/11/2016.

41 SANCHES, Ana Tércia. **Terceirização e terceirizados no setor bancário: relações de emprego, condições de trabalho e ação sindical**. 2006. 155 p.. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006; COSTA, Márcia da Silva. **Reestruturação produtiva, sindicatos e a flexibilização das relações de trabalho no Brasil**, 2002; VIANA, Márcio Túlio. **Terceirização e sindicato**; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (2003); AMORIM, Andresa Silva. **Terceirização e desidentidade sindical: uma (ou mais uma?) estratégia ideológica do capital**.

42 Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/economia/2015-04-11/empresas-terceirizadas-quebram-sem-deixar-pistas.html>. Acesso em: 30.10.2016.

ADPF 324 / DF

precárias de inserção no mercado de trabalho, apresenta as piores condições de trabalho e salariais, os mais altos índices de acidentes de trabalho; contribui decisivamente para aumentar a heterogeneidade e fragmentação da classe trabalhadora e para a pulverização dos sindicatos; e esta no centro da disputa do patronato pela sua liberalização sem limites, anulando a ação das instituições do direito do trabalho e o papel protetivo do Estado.⁴³

A sujeição dos trabalhadores terceirizados a condições degradantes e a exploração desmedida dessa força de trabalho são referidas, ainda, em artigo de título eloquente⁴⁴:

“Provocando mortes em rotação acelerada, a terceirização desmorona o sentido de sociedade pautada pelo respeito aos direitos humanos da classe trabalhadora. O seu propósito é exatamente conferir efetividade ao “direito humano” por excelência do capital, que é o da garantia de máxima exploração do proletariado – conceito este extraído de Marx, para quem, a “exploração da força de trabalho é o primeiro ‘direito humano do capital’.

Quando não mata pela sua vocação natural de produzir acidentes de trabalho, a terceirização deixa pelo caminho um exército de mutilados e outros graves sequelados – fruto da superexploração da força de trabalho, relegando, por via de consequência, à condição desumana mulheres e homens submetidos ao regime da fragmentação da cadeia produtiva implantada para superar a crise estrutural e existencial do sistema capitalista de produção.

Enfim, a sociedade da terceirização é aquela que reconhece no lucro a presença da personalidade

43 DRUCK, 2016, ob. cit., p. 35-58.

44 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora**-- São Paulo: LTr, 2015, p. 215-6.

ADPF 324 / DF

humana, sujeito, portanto, dos “direitos fundamentais” de matar e mutilar o coisificado trabalhador no desempenho de suas atividades laborativas – quando não trocado ou descartado como se fosse objeto de pequena serventia que se quebrou ou que esgotou sua capacidade de gerar o resultado proposto quando foi concebido”.

O Auditor Fiscal do Ministério do Trabalho, Vitor Araújo Filgueiras, considerando os índices obtidos em recentes operações de resgate de trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravo, escreve sobre a relação existente entre terceirização e trabalho escravo no Brasil:

“Enquanto o trabalho análogo ao escravo e a vida dos trabalhadores constituem limites da relação de emprego, a **terceirização é uma estratégia de gestão do trabalho que objetiva justamente driblar limites impostos ao assalariamento** (sejam eles advindos dos sindicatos, do direito do trabalho, etc.). É essa relação que explica a ampla prevalência de trabalhadores terceirizados entre aqueles que morrem trabalhando e que são submetidos a condições análogas à de escravos.

(...)

No âmbito do assalariamento, a terceirização (qualquer que seja a modalidade) tende a promover o trabalho análogo ao escravo mais do que uma gestão do trabalho cujo contrato expressamente se estabelece com o tomador de serviços. Essas afirmações podem ser avaliadas a partir do universo dos resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravos efetuados pela fiscalização do Ministério do Trabalho. **A terceirização está estritamente vinculada às piores condições de trabalho** (degradantes, exaustivas, humilhantes, etc.) apuradas em todo o país.

ADPF 324 / DF

(...)

A prevalência dos trabalhadores terceirizados é sintomática. Na média, nos quatro últimos anos abrangidos, **em 90% dos 10 maiores resgates os trabalhadores submetidos a condições análogas às de escravos eram terceirizados.**

Note-se que esses dados não discriminam setor da economia, porte das empresas ou regiões do país. Poder-se-ia alegar que seriam terceirizações espúrias, constituídas por empresas informais, ou pessoas físicas, como “gatos”. Ou seja, não estaríamos tratando da “verdadeira” terceirização, mas apenas da “má”.

Para analisar a procedência dessa eventual alegação, vejamos os dados concernentes aos resgates nos quais os trabalhadores eram formalizados, casos típicos da presumida “verdadeira” terceirização. Entre os resgates ocorridos em 2013, nos 8 maiores casos em que a totalidade dos trabalhadores era formal, todos eles eram terceirizados formalizados por figuras interpostas. Já no grupo de resgates com parte dos trabalhadores com vínculo formalizado, das 10 maiores ações, em 9 os trabalhadores resgatados eram terceirizados.

Entre esses resgates com terceirizados formalizados figuravam desde médias empresas desconhecidas, até gigantes da mineração e da construção civil, do setor de produção de suco de laranja, fast food, frigorífico, multinacional produtora de fertilizantes, obras de empresas vinculadas a programas do governo federal.

(...)

Inúmeros casos (...) poderiam ser citados, cujo denominador comum é a concorrência direta dos tomadores de serviços (por determinação direta ou omissão deliberada) para as situações degradantes, humilhantes, impostas aos trabalhadores, mas cuja responsabilidade o contratante busca invariavelmente

ADPF 324 / DF

transferir ao terceiro.

Em suma, há fortes indícios de que terceirização e trabalho análogo ao escravo não simplesmente caminham lado a lado, mas estão intimamente relacionados. E isso ocorre pelas seguintes razões:

1- A contratação de trabalhadores terceirizados normalmente resulta em menor propensão à insubordinação, vinculada à flexibilidade de dispensa. Além disso, por conta da condição mais precária, os trabalhadores terceirizados tendem a se esforçar mais, tanto para manter o emprego, quanto para atenuar sua inserção adversa. A existência de uma figura interposta entre trabalhador e tomador de serviços também propicia aprofundamento da subsunção do primeiro ao capital, pois o trabalhador muitas vezes sequer percebe sua participação no processo produtivo que integra.

2- **As empresas buscam transferir (afastar) a incidência da regulação exógena (Estado e sindicato) do seu processo de acumulação, externalizando ao ente interposto o encargo de ser objeto de qualquer regulação limitadora.**

Assim, a adoção da terceirização pelas empresas potencializa a capacidade de exploração do trabalho e reduz a probabilidade de atuação dos agentes que poderiam impor limites a esse processo. É exatamente nessa combinação de fatores que reside a relação entre terceirização e trabalho análogo ao escravo. **Ao incrementar a supremacia empresarial sobre o trabalhador, e diminuir as chances de atuação de forças que limitam esse desequilíbrio, a gestão do trabalho por meio da terceirização engendra tendência muito maior a ultrapassar as condições de exploração consideradas como limites à relação de emprego no quadro jurídico brasileiro⁴⁵.**

45 Disponível

em:

<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a3o-e-os->

ADPF 324 / DF

O escopo original - e legítimo - do fenômeno não consiste na redução de custos, para atender às demandas de um mundo globalizado, constando, diferentemente, do conceito atribuído por Dante Girardi, Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Recursos Humanos do Departamento de Ciências da Administração da Universidade Federal de Santa Catarina, o objetivo, desse “*modelo administrativo*”, de “*concentração de esforços na razão de ser da empresa (atividade fim), podendo transferir para terceiros, especialistas e idôneos, tudo aquilo que não fizer parte do negócio principal da empresa*”⁴⁶.

Não obstante o avanço significativo da terceirização, notadamente a partir da década de 1990, é imprescindível impedir, nesse processo de expansão, a prevalência dos interesses econômicos do setor produtivo em detrimento dos valores sociais do trabalho - e da livre iniciativa -, orientadores da ordem econômica, que tem por fim “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*” (CR, artigos 1º, IV, e 170), e da ordem social, que “*tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*” (CR, artigo 193).

9. A disparidade dos indicadores acima apresentados impede que a análise jurídica do fenômeno se apegue a abstrações que só pertencem ao campo formal. É a realidade concreta que reclama um olhar mais atento ao fenômeno e ao uso que dele vem se fazendo no caso brasileiro.

A par disso, resgatam-se as considerações já explanadas a respeito da centralidade do contrato de trabalho no paradigma da CLT e da Constituição de 1988, como norte na interpretação dos **limites e possibilidades da terceirização**.

É a existência expressa das normas da CLT (arts. 2º, 3º, 9º e 448), ponderada com a legislação específica sobre a contratação terceirizada em hipóteses determinadas e excetivas, que

limites-da-relac3a7c3a3o-de-emprego-degradac3a7c3a3o-e-morte1.pdf.>. Acesso em 08.7.2015.

46 GIRARDI, ob. cit.

ADPF 324 / DF

permitiram ao Tribunal Superior do Trabalho, em quase trinta anos de jurisprudência, firmar o entendimento hoje cristalizado na Súmula nº 331 do TST.

Não houve, reitero, interpretação à margem da legalidade, mas sim, observância da legalidade expressa nos arts. 2º, 3º e 448 da CLT e das exceções estabelecidas nas Leis 6.019/74 e 7.102/83, bem como da aplicação por analogia das outras normas legais citadas (a viabilizar a possibilidade de terceirização das atividades-meio de forma geral, desempenhadas sem subordinação jurídica direta ao tomador de serviços e sem pessoalidade). Mais que isso, a interpretação até aqui conferida, ao prestigiar o contrato de trabalho e sua condição de porta de acesso aos direitos constitucionais trabalhistas, converge com o teor dos arts. 1º, III e IV, e 7º, I, da Constituição da República, em seu conteúdo substantivo.

O Poder Judiciário, nesse aspecto, cumpre sua função de resguardo dos direitos fundamentais trabalhistas eleitos pelo legislador, recusando a imperatividade de um fenômeno que, ao se pretender inexorável, faz cair por terra, em sua substancialidade, o rol de direitos inserto no art. 7º Constitucional.

A livre iniciativa, no plano das relações de trabalho, se materializa no exercício do poder empregatício, que submete o empregado, do ponto de vista jurídico, ao jugo do seu empregador. A contrapartida do Direito do Trabalho a tal modalidade de subordinação sempre foi o reconhecimento de que havia ali uma relação de desigualdade material, a ser compensada no espaço da regulação estatal, que se manifesta, por excelência, nos termos do contrato de trabalho. Tal regulação pressuporia necessariamente a assunção dos riscos pelo exercente do poder empregatício, bem como a assunção das responsabilidades trabalhistas.

Esse contrato nunca se legitimou pela forma, mas por seu

ADPF 324 / DF

conteúdo: é contrato-realidade, que materializa a relação de emprego entre aquele que presta serviços e aquele que de seus serviços se beneficia. Também é contrato-realidade no sentido de que os direitos e obrigações que dali decorrem prescindem de acordo escrito ou formalização prévia, afirmando-se substancialmente, para ambas as partes, a partir da mera existência fática da prestação de serviços subordinada de um sujeito a outro.

Esse pilar, que parte da mitigação da autonomia da vontade dos trabalhadores individualmente considerados, da imperatividade do Direito do Trabalho e da ausência de igualdade material entre os contratantes, concretiza-se no princípio da proteção, regente de toda a construção jurídica do Direito Social.

Não se cogita de um modelo de Estado Social ou de Estado Democrático de Direito que não se assente numa sólida proteção ao trabalho e no equilíbrio entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Esse equilíbrio, como todo o conteúdo que rege uma sociedade democrática, não se afirma por formas ou procedimentos, mas pelo seu conteúdo substantivo.

Assim sendo, o limite legal, hoje constitucionalizado, da terceirização reside no próprio contrato de trabalho, com sua dimensão de proteção e de realidade.

Vale repisar: a terceirização, dentro da dinâmica da regulação do contrato de trabalho, apresentou-se como possibilidade na medida em que a legislação dela regente se conciliou com os parâmetros dos arts. 2º e 3º da CLT: a perspectiva de terceirização de atividades de apoio e especializadas - sem a presença dos elementos da pessoalidade e da subordinação jurídica - foi agasalhada, com coerência, pelo ordenamento jurídico.

O mesmo não ocorre com a perspectiva da terceirização de

ADPF 324 / DF

atividade-fim. **Primeiro**, porque contraria o próprio conceito de terceirização, nos termos propostos pela Ciência da Administração. Isto é, se o objetivo da terceirização é a concentração das empresas em suas atividades principais, perde sentido a prática quando se pretende terceirizar inclusive tais atividades. **Segundo**, carece de respaldo legal, eis que toda a legislação vigente em matéria de terceirização a limita a atividades de apoio, salvo no caso da Lei do trabalho temporário, que, como o próprio título já diz, permite a transferência das atividades da contratante, por prazo determinado e para finalidades específicas como a substituição provisória de mão de obra. **Terceiro**, não poderia, nem hipoteticamente, compatibilizar-se com a categoria central do Direito do Trabalho, qual seja o contrato de trabalho, eis que retiraria a sua imperatividade e permitiria que esse fosse sempre uma escolha do contratante, a partir das vantagens que melhor lhe aproovessem, em detrimento dos direitos sociais trabalhistas. Na medida em que, mesmo que configurados os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, o contrato de trabalho surge como uma escolha, e não um imperativo, toda a legislação trabalhista perde sua imperatividade e se recolocam, no campo das relações civis, o trabalho e suas singularidades, em prejuízo da construção histórica do Direito do Trabalho.

A liberdade de as empresas estabelecerem conexões para a gestão empresarial não pode passar pelo desvirtuamento dos contratos de trabalho. As terceirizações podem ocorrer desde que isso não esvazie o conteúdo do contrato de trabalho ou implique a externalização, não de atividades, mas das responsabilidades daqueles que contratam e se beneficiam do trabalho humano.

10. Muito se tem argumentado a respeito dos supostos **efeitos econômicos** benéficos que a liberalização da **terceirização** de todas as atividades, inclusive as finalísticas, produziria no

ADPF 324 / DF

mercado de trabalho brasileiro.

Primeiramente, vale insistir na tese mais geral de que é a demanda e o desenvolvimento econômico que geram postos de trabalho e não o custo da força de trabalho. A precarização das formas de contratação do trabalho não é uma variável de interferência direta no nível de emprego, notadamente se se parte da premissa de que o objetivo de estratégias de gestão, como a terceirização, é especialização, e não redução de custos.

Mesmo que o objetivo fosse a redução de custos, apenas por esforço argumentativo – e aqui se adentra a seara de constitucionalidade duvidosa –, a ausência de relação direta entre custo do trabalho e geração de emprego pode ser facilmente demonstrada quando se observa que a década de 1990, que concentra as maiores medidas de flexibilização da legislação trabalhista brasileira (com acordos de compensação de jornada, contrato provisório de trabalho, congelamento do salário mínimo, entre outros fatores), ostentava uma taxa de desemprego que apenas se elevou, crescendo da ordem de 7,2% para 10,4% entre 1992 e 1999.

De outro lado, no período subsequente, a valorização do salário mínimo foi da ordem de 262% (aumento nominal) e de 72,31% (aumento real, acima da inflação), de acordo com dados da Fundação Perseu Abramo, o que implica, no mesmo quadro jurídico, um aumento significativo do custo do trabalho. Todavia, entre 2002 e 2013 se observa um decréscimo da taxa de desemprego que varia de 12,6%, em 2002, para 5,4%, em 2013. Esse período é sucedido por grave crise econômica que volta a elevar a taxa de desemprego, como cediço, revelando que são as condições da demanda e do desenvolvimento econômico variáveis mais relevantes na taxa de emprego que o rebaixamento ou elevação dos padrões de pactuação da força de trabalho.

Reforçam esse entendimento Denis Maracci Gimenez e José

ADPF 324 / DF

Dari Krein:

A experiência brasileira e internacional mostrou que é um argumento que não encontra respaldo na realidade concreta. No Brasil, entre 2004 e 2013, foram criados milhões de postos de trabalho, com queda do desemprego e da informalidade sem que tivessem ocorrido mudanças substantivas na CLT. A própria OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) reconheceu, ainda em 1997, que a flexibilização das formas de contratação não trouxe os resultados esperados. Casos recentes de flexibilização do mercado de trabalho, como ocorrido na Espanha, que conta atualmente com uma taxa de 25% de desemprego, parecem não colaborar com a defesa da flexibilização das relações de trabalho como fonte de criação de postos de trabalho.

Tanto uma situação como a outra devem ser compreendidas de forma muito explícita: a geração de postos de trabalho, como demonstra a experiência histórica e a boa teoria econômica, está relacionada com a dinâmica da economia, a sua expansão e a estruturação de serviços públicos sociais. Ou seja, os problemas do emprego estão fora do mercado de trabalho, como bem explicou Keynes ainda nos anos 1930 do século passado⁴⁷

É nesse mesmo raciocínio que se pode afirmar que a permissividade em relação à terceirização – de modo a abranger também a atividade-fim – não gera empregos: ela apenas determina que emprego será criado para atender a uma demanda produtiva que já existe: se um posto de trabalho

⁴⁷ GIMENEZ, Denis Maracci; KREIN, José Dari. **Terceirização e o desorganizado mercado de trabalho brasileiro**. In: Precarização e Terceirização: faces da mesma realidade/ Marilane Teixeira, Hélio Rodrigues, Eliane D'ávila Coelho (Orgs.). São Paulo: Sindicato dos Químicos, 2016. p. 17-32.

ADPF 324 / DF

direto e protegido ou se um posto de trabalho terceirizado e precário.

Na atual tendência da economia brasileira, a liberalização da terceirização de atividade-fim, longe de interferir na curva de emprego, tenderá a “*nivelar por baixo*” o mercado de trabalho, expandindo a condição de precariedade hoje presente nos 26,4% de postos de trabalho terceirizados para a totalidade dos empregos formais. Mais uma vez, a contribuição de Gimenez e Krein:

Em nossa compreensão, são evidentes as tendências de menor dinamismo do mercado de trabalho brasileiro nos últimos meses. Pelas perspectivas econômicas do País para os próximos anos, ha grande possibilidade de tais tendências serem reforçadas.

Assim, a liberação da terceirização tende a facilitar ajustes regressivos por parte das empresas em um momento de relativa estagnação econômica e de piora do mercado de trabalho. Dada a dinâmica econômica e a maior flexibilidade das relações de trabalho, a tendência e um mercado de trabalho com menor nível de emprego e ocupações mais instáveis e com pior qualidade, simultaneamente⁴⁸

Uma avaliação prospectiva negativa de uma eventual liberalização da terceirização também é feita pelos Auditores Fiscais da Receita Federal no documento intitulado Análise da Seguridade Social de 2014, que projeta impactos inclusive sobre a arrecadação para a Previdência Social:

Uma das tarefas que se coloca para os defensores da Seguridade Social e, por conseguinte, da Previdência Social é enfrentar o extenso debate dessas e outras renúncias, sua quantificação, identificar os segmentos

48 GIMENEZ e KREIN, 2016, ob. cit., p. 17-32.

ADPF 324 / DF

beneficiados e discutir a oportunidade de alterações nesses marcos regulatórios.

Esse debate deverá se intensificar em 2015. Duas propostas vão ampliar em muito as renúncias. A primeira é a definição de novas tabelas de enquadramento e de recolhimento tributário para as empresas do Simples Nacional. A segunda é a terceirização. Além das **incomensuráveis perdas salariais e de outros direitos para os trabalhadores que serão terceirizados, há subsídios implícitos nesse processo. Quando as maiores empresas terceirizam a sua mão de obra, deixam de ser empregadoras, delegando essa tarefa para empresas notadamente menores, vinculadas ao Simples Nacional. Ou, como aprovado pela Câmara dos Deputados, ONGs, cooperativas, entidades filantrópicas, pessoas jurídicas individuais, qualquer empresa ou entidade das mais diversas configurações pode ser contratada para a terceirização. A contribuição patronal sobre a folha de pagamentos, que hoje responde por 31% das receitas previdenciárias, será reduzida drasticamente.**

(...)

Com a terceirização generalizada, o aumento da rotatividade no trabalho ampliará o número de trabalhadores que buscam, por exemplo, o seguro-desemprego, com graves repercussões sobre essas despesas, ou pior, agravando os efeitos sociais das restrições ao acesso a esse direito que foram impostas pelas medidas de ajuste (MP 665).

É preciso destacar outras considerações importantes sobre o processo de terceirização.

Em relação à segurança do trabalho, onde se estabelecem estatísticas sobre o tema, há uma maior sinistralidade entre os terceirizados. No setor elétrico, $\frac{3}{4}$ dos acidentes envolvem esses trabalhadores. Na Petrobras, uma grande empresa que permite acesso a

ADPF 324 / DF

esses números, entre 2005 e 2012, o número de trabalhadores terceirizados cresceu 2,3 vezes e o número de acidentes de trabalho aumentou 12,9 vezes.

Nesse período, 14 trabalhadores da Petrobras morreram durante suas atividades laborais. Entre os trabalhadores terceirizados, foram 85, um número seis vezes superior. Nas demais, a situação não deve ser diferente. A terceirização transfere para empresas menores a responsabilidade pelos riscos de seu processo de trabalho e elas nem sempre têm condições tecnológicas e econômicas para gerenciá-los. É um modelo que tem como resultado o aumento dos riscos à saúde e à vida do trabalhador, com natural crescimento dos encargos públicos, especialmente nas áreas de saúde e previdência.

Os direitos trabalhistas dos terceirizados são menores. Não há isonomia salarial nem acesso a outras cláusulas econômicas presentes nos acordos dos trabalhadores contratados diretamente, como previdência complementar, planos de saúde, auxílio-alimentação, auxílio-escolar e outros. A empresa que se beneficia do trabalho aumenta seus lucros, mas os trabalhadores não terão participação, por exemplo, nos ganhos da distribuição de resultados (PLR). A diferenciação salarial e de direitos entre os trabalhadores irá aumentar, contrariando todo um recente esforço das políticas públicas.

Esse modelo de terceirização praticamente anula os ganhos históricos contidos nos diversos acordos e convenções coletivas e é muito prejudicial à organização dos trabalhadores. A eterna ameaça de terceirização vai minar a capacidade de luta dos trabalhadores contratados. E, a alta rotatividade faz o mesmo para os terceirizados.

A terceirização determina a perda de identidade entre o trabalhador contratado e a empresa que se

ADPF 324 / DF

apropriada do bem ou serviço e constrói um cenário com grande dificuldade de realização de novos acordos, que substituam os atuais sem perdas para os trabalhadores. O trabalhador terceirizado encontra-se em uma subcondição, uma segregação com efeitos negativos na solidariedade entre os trabalhadores, dificultando a organização sindical e a negociação coletiva e reforçando a redução dos direitos desses trabalhadores. Às múltiplas práticas contrárias aos sindicatos adotadas pelas empresas se somarão os casos de discriminação e de preconceito.

A legislação brasileira já admite diversas formas de terceirização e de precarização do trabalho. Mesmo para as atividades-fim das empresas, já é possível terceirizar em momentos específicos de aumento de demanda e mesmo de substituições pontuais, em decorrência dos diversos tipos de afastamento, por exemplo. A legislação admite o trabalho parcial, o trabalho temporário, o banco de horas, enfim, muitas formas de flexibilização.

O projeto vai muito além ao permitir a plena terceirização, que será um instrumento de profunda rotatividade dos trabalhadores, prejudicando os direitos trabalhistas dos atuais empregados. A opção pelo menor custo vai determinar a formação de um novo quadro de pessoal sem os direitos conquistados historicamente, contratando novos (ou recontratando os atuais, como terceirizados) à revelia de cláusulas presentes nos acordos coletivos.

A opção por esse modelo de terceirização, que visa a restrição de custos, é mais apropriada ao modelo das maquiladoras mexicanas, onde o trabalho é de baixa especialização, a produção é de baixo valor agregado, os custos do trabalho são diminutos. Um projeto de desenvolvimento exige a construção de uma economia com maior produtividade, capaz de incorporar

ADPF 324 / DF

tecnologia e inovação, com salários melhores. A precarização do trabalho não acompanha essa agenda⁴⁹.

Nesse contexto, resulta que, seja por argumentos jurídicos, seja por argumentos sociológicos, econômicos e até colhidos da ciência da Administração, a manutenção de limites à terceirização contribui para a preservação do contrato de trabalho protegido e juridicamente denso, não se traduzindo em restrição da liberdade da contratação, da livre iniciativa ou da legalidade estrita, mas sim no exato cumprimento e interpretação desses postulados em conformidade com os princípios que regem o Estado Democrático de Direito, notadamente os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

11. Por todos esses fundamentos, a redução do amparo ao trabalhador, abaixo dos patamares historicamente construídos e cristalizados na Súmula nº 331 do TST, para permitir a terceirização também das denominadas atividades-fim, o que equivaleria viabilizar - no contexto jurídico atual, em que ausente lei, além daquelas já citadas, que excepcione o modelo bilateral clássico - mera intermediação de mão de obra em prol do tomador dos serviços, significa chancelar, à margem da lei, a mercantilização do trabalho humano, configuradora de repugnante exploração do homem pelo homem e desprestígio da lei pátria e da Constituição da República.

Tal intermediação - em que o trabalho humano se torna produto suscetível de ser comprado e vendido - *“constitui uma das piores fraudes à aplicação dos direitos trabalhistas, pois visa a retirar a incidência de todo o arcabouço da respectiva legislação, de ordem pública, que tutela as relações de emprego”*⁵⁰. Essa fraude implica não apenas afronta a dois dos cinco fundamentos da República - a dignidade da pessoa humana e o valor social

49 Análise da Seguridade Social 2014. Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. Julho/2015. 15ª Edição, p. 95-100.

50 GARCIA, ob. cit., p. 356.

ADPF 324 / DF

do trabalho –, mas também ofensa aos direitos sociais da coletividade dos trabalhadores e à organização geral do trabalho como um todo⁵¹”.

Reitero, por fim, que sobrepor o conceito de liberdade de contratação e de livre iniciativa à regulação decorrente do contrato de trabalho significa esvaziar o cerne das regras legais que o consagram e, em última análise, os valores sociais do trabalho componentes do arcabouço principiológico, como dito na ADI 1721, da Relatoria do Min. Carlos Britto⁵², “*densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta*”.

Nas expressões de Evaristo de Moraes Filho, sublinhando o pensamento do mesmo escritor: “*Convém não seja esquecida esta pequena frase de Sinzheim: o empregador mantém o direito de comandar não porque seja senhor, e sim porque é credor do trabalho. A relação entre empregador e empregado importa – ou deve importar – contrato livre, entre duas pessoas responsáveis, sujeitos de direitos e obrigações em um pé de igualdade, pelo menos jurídica*”.

Enquanto o direito não conseguir moldar melhor instrumento de tradução da liberdade, no terreno das relações obrigacionais, do que o contrato, a contratualidade da relação de emprego há de ser vista não apenas em sua configuração técnica, mas iluminada pelo propósito de resguardar a liberdade do trabalhador e, através dela, sua própria dignidade de pessoa humana.

Se a proteção do fraco, como advertia Hugo Gueiros Bernardes, professor da UnB, Ministro do TSE, falecido em 2008, não pode ser levada “*até a anulação da sua vontade*”, sob pena de, a pretexto de defendê-lo, “*bani-lo da sociedade dos homens livres, dispensando-lhe proteção semelhante a dos seres irracionais*”, não menos verdade é que a igual ponto se pode chegar pelo desvio de normas legais nitidamente protetivas,

51 GARCIA, ob. cit., p. 356.

52 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1721, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02282-01 PP-00084 RTJ VOL-00201-03 PP-00885 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 35-52 RLTR v. 71, n. 9, 2007, p. 1130-1134.

ADPF 324 / DF

emprestando-lhes interpretação incompatível com seus fins.

É o meu voto.

23/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, muito brevemente me manifesto.

Primeiro, dizendo que as duas correntes formadas até o momento têm fundamento constitucional - como não poderia deixar de ser - e preocupação com a realidade social, com o mundo econômico, mas, principalmente, com o emprego e com o trabalhador.

São ópticas diferentes, mas o que perpassa estas ópticas todas, ao fim e ao cabo, é a proteção do trabalho e, na proteção do trabalho, na criação, o próprio trabalhador.

Vivemos, hoje, em um mundo globalizado. A realidade econômica mundial é uma outra, é um outro mundo. Não é mais aquele mundo do início desse enunciado, de 1986. E vejam que, inicialmente, o enunciado dizia respeito a permitir apenas e tão somente a terceirização em relação às leis específicas que existiam à época.

E, ao longo do tempo, a própria Justiça Laboral, a própria Justiça do Trabalho, passou a minorar as restrições, em razão das mudanças econômicas e sociais, da mudança da realidade, da mudança do mundo.

Recordo-me, hoje, do Embaixador Tarcísio Costa - que serviu a Vossa Excelência, no TSE, como Secretário de Relações Internacionais; passou o período do Ministro **Marco Aurélio** e tive, também, a honra de tê-lo como Assessor, Secretário Internacional, pessoa da maior capacidade intelectual - que, no final dos anos 90, Ministra **Rosa**, servia no Consulado do Brasil em São Francisco, na Califórnia. E, naquela época, Governo Fernando Henrique Cardoso, procurava-se atrair uma indústria de *chip - chip* de computador, fábrica de *chip - dos Estados Unidos* que queria abrir uma unidade na América Latina. E chegaram à conclusão de duas cidades para instalar, numa seleção final: São Paulo ou São José da Costa Rica. E ele era o conselheiro que, na época, então, levava as informações

ADPF 324 / DF

econômicas do Brasil, da realidade brasileira, para demonstrar que o melhor era eles instalarem essa indústria no Brasil. Ao fim e ao cabo, escolheram São José, na Costa Rica; não vieram para o Brasil. E dizia ele: um dos motivos era, realmente, a intrincada legislação laboral e a geração de uma certa incerteza.

Estou dando um exemplo específico, e sei que isso não é a razão de decidir, nem dos votos, mas é uma demonstração empírica que essa realidade se multiplica num mundo globalizado, em que os investimentos e as indústrias, se estiver ruim em São Paulo, vão para Buenos Aires, se estiver ruim em Buenos Aires, vão para Assunção.

É óbvio que isso não quer dizer que temos que ir à precarização das relações de trabalho nem à desproteção do trabalhador, mas é uma realidade econômica e social que perpassa todos os países industrializados do mundo, especialmente os industrializados. E o Brasil é um deles.

Diante da posição colocada aqui, em duas correntes, e todas elas tendo o mesmo objetivo da proteção do emprego e da proteção do trabalho e do trabalhador, penso que aquela que se amolda mais à realidade de hoje, com a devida vênua ao Ministro Luiz **Edson Fachin** e à Ministra **Rosa Weber**, é aquela que vem no voto do Ministro Luís **Roberto Barroso** e do Ministro **Luiz Fux**. Mas eu subscrevo também o voto do Ministro **Alexandre de Moraes** ao acompanhar Suas Excelências, embora, no voto deles, estivessem também as advertências e as preocupações trazidas em seu voto, mas nele abordadas sob nova perspectiva.

Eu entendo, então, Senhora Presidente, que esse posicionamento vem ao encontro da evolução da súmula, porque ela, ao longo da história, já foi se desenvolvendo e sendo alterada no sentido de alargar as possibilidades da terceirização. É um *aggiornamento* da súmula à realidade atual. Não é uma desautorização ao Tribunal Superior do Trabalho, não é uma desautorização à Justiça do Trabalho. Na verdade, é trazer o posicionamento diante da realidade de hoje, com fundamento na Constituição e na conjuntura de um mundo globalizado.

Por isso, pedindo vênua, eu acompanho os eminentes Relatores,

ADPF 324 / DF

subscrevendo as advertências lançadas, hoje, no voto do Ministro **Alexandre de Moraes**.

23/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, acompanhei com bastante interesse os aprofundados e verticais debates que foram travados acerca dessa instigante questão, que é a terceirização das atividades-fim e a constitucionalidade do Enunciado 331 do TST.

Fiz também estudos e pesquisas a respeito deste tema. Tenho voto de cerca de 30 páginas, mas, dado o adiantado da hora, eu vou pedir vênias aos que estão presentes, para, *tout court*, dizer, pedindo vênias ao Relator do RE, Ministro Fux, e também ao Ministro Alexandre de Moraes, que acompanho integralmente a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin e pela Ministra Rosa Weber, que nos brindaram com votos que, a meu ver, esgotaram plenamente o assunto e deram resposta satisfatória à questão colocada perante esta Suprema Corte.

Então, em consequência, eu nego provimento ao RE e julgo improcedente a ADPF. E farei juntada de voto.

É como me pronuncio.

23/08/2018**PLENÁRIO****ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (vogal): Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG “em decorrência de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, das quais tem resultado restrição, limitação e impedimento à liberdade de contratação de serviços por empresas vinculadas ao seu quadro associativo” (págs. 1-2 do documento eletrônico 2).

Preliminarmente, verifico não ser cabível a utilização de ADPF nesse caso por diversas razões.

A autora, a meu ver, não se desincumbiu do ônus de especificar os atos do Poder Público que merecem ser apreciados em sede de controle abstrato, segundo estabelece o art. 3º, II, da Lei 9.882/1999, especialmente aquelas decisões ou aqueles atos que têm caráter normativo ou cogente.

Na inicial, ela apenas descreve trechos de decisões e faz remissões a julgados em notas de rodapé, sem indicar precisamente qual é o ato que pretende impugnar nesta ADPF, conforme exige uma fartíssima jurisprudência desta Corte. Inclusive, há precedente da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto e do Ministro Gilmar Mendes.

De outra parte, observo ainda que a maioria, senão quase todas as decisões indicadas pela autora transitaram em julgado; e a ADPF não se presta, segundo também reiterada jurisprudência, a examinar essas decisões já acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Eu mesmo tenho decisões nesse sentido. Cito, a título de exemplo, a

ADPF 324 / DF

ADPF 134, cujo agravo regimental foi unanimemente acolhido neste Plenário, exatamente para assentar a inadmissibilidade da ADPF ajuizada com a finalidade de examinar decisões já transitadas em julgado.

Consoante sublinhei naquela ocasião:

“O instituto da coisa julgada já foi bastante estudado pela doutrina, como se observa da lição de Cândido Rangel Dinamarco:

A Constituição brasileira estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI) e o Código de Processo Civil fornece elemento seguro para o entendimento do alcance desse dispositivo, ao impedir novos julgamentos sobre a demanda já definitivamente julgada. Não se limita a garantir a inviolabilidade da coisa julgada mediante a exigência de que outros possíveis julgamentos fossem conformes com aquele já estabilizado por ela: ele vai além disso, ao proibir todo e qualquer julgamento sobre a mesma demanda, quer conformes, quer divergentes”.

Destaco, ainda, que a ADPF não abrange o ataque a súmulas, porque estas não têm um caráter cogente. O verbete sumular é desprovido de efeitos vinculatórios, apenas representa uma consolidação da posição jurisprudencial de um determinado tribunal. Essa matéria foi já assentada também, neste Plenário, na ADI 594, do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Carlos Velloso.

Acolho, ademais, a preliminar de subsidiariedade. Como é cediço, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, a ADPF não será admitida quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Ou seja, exatamente porque existem outros instrumentos processuais que poderiam ser manejados e seriam suficientes, adequados para solucionar a controvérsia em questão, é que não se admite a ADPF. E a maior comprovação disso, a meu ver, é justamente o RE 958.252/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que também está sendo julgado nesse

ADPF 324 / DF

momento.

Não fosse tudo isso suficiente, há que ter em conta que, de modo superveniente ao ajuizamento dessa ADPF, foram editadas as Leis 13.429 e 13.467, ambas no ano de 2017, com o intuito de regulamentarem a terceirização, inclusive da atividade-fim das empresas tomadoras de serviços. Diversos atores ingressaram com ADI's para atacarem essas normas, todas sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nesses termos, a bem da racionalidade deste Supremo Tribunal, entendo ser o caso de sobrestar o exame desta ADPF e deste RE para julgá-los em conjunto com aquelas ADI's, que tratam mais amplamente do tema da terceirização, já à luz da legislação superveniente, editada em 2017.

Com relação à legitimidade da parte autora, é preciso lembrar que, em matéria de legitimidade ativa para propor ações de constitucionalidade, nós demos uma guinada de 180° relativamente à Constituição decaída de 1967 e à Emenda Constitucional 1, de 1969, que muitos consideram uma nova Constituição, até porque ela incorporou, *in totum*, o famigerado Ato Institucional 5.

Sob a antiga ordem constitucional, havia o monopólio do Procurador-Geral da República para a propositura de ações constitucionais. No entanto, com a redemocratização, penso que o Constituinte foi extremamente generoso ao admitir um grande número de legitimados ativos para propor ações constitucionais em face do Supremo Tribunal Federal.

Não bastasse essa generosidade do Constituinte, nós fomos ainda além, porque esta Corte vem admitindo entidades que, a rigor, se examinadas sob uma lupa jurídica, não teriam condições de ajuizarem ações dessa natureza por carência da legitimidade *ad causam*. É o que acontece, a meu ver, neste caso.

ADPF 324 / DF

Na espécie, a Associação Brasileira do Agronegócio não conseguiu comprovar a sua homogeneidade interna, no que diz respeito à sua composição e à sua representatividade nacional. Aliás, pelo contrário, ficou patente que sua composição é absolutamente heterogênea e congrega entidades públicas, privadas e alguns entes ou órgãos que não têm nada a ver, pelo menos diretamente, com o agronegócio em si.

Se superados, no entanto, todos esses óbices, tenho que não assiste razão à arguente.

I – Conceito e propósitos do instituto da terceirização:

A discussão da presente ação gira em torno de verificar se a restrição da terceirização à atividade-meio da empresa tomadora dos serviços está em harmonia com nossa Constituição Federal, desde que inexistentes os elementos configuradores da relação de emprego diretamente entre ela e o empregado.

Assim sendo, considero relevante abordar, em primeiro lugar, o conceito e os propósitos da terceirização, como fenômeno social e jurídico, tal qual se apresenta.

Como a análise conceitual deste fenômeno já foi traçada pela Ministra Rosa Weber em seu voto, entendo necessário apenas retomar a conclusão deste tópico, em que a Ministra assim se pronunciou:

“[...] Seja partindo dos impactos na vida dos trabalhadores, seja partindo da perspectiva da atuação empresarial, há consenso no sentido de ser a terceirização uma estratégia e concentração das organizações em suas **atividades principais, com externalização daquelas atividades acessórias ou não finalísticas**” (grifos no original).

Portanto, de início, já se vê que é da natureza do instituto a

ADPF 324 / DF

concentração da empresa em suas atividades nucleares, o que, nas palavras de *Ciro Pereira da Silva*¹, “afasta completamente a possibilidade da existência de terceirização na atividade central da empresa, comumente conhecida por atividade-fim”. Mais além, o autor afirma ainda que a transferência de atividade-fim “não se tratará de terceirização, mas de 'ato fictício', mera intermediação, desfigurando e desnaturando o instituto”.

Assim, o mecanismo de terceirização, a despeito de consagrar-se como uma redução considerável no custo das empresas, quando desviado de sua natureza para alcançar os serviços basilares destas, fere a força normativa dos elementos centrais da relação de emprego, fonte central do sistema de proteção do trabalho humano, além de acarretar outras inúmeras consequências danosas para o mercado de trabalho.

Mas antes de tratar dos demais corolários desse desvirtuamento desenfreado da relação bilateral de emprego clássica, passo, a seguir, ao exame da origem e da evolução legislativa e jurisprudencial do instituto.

II - Origem, evolução legislativa e jurisprudencial:

A ideia de terceirização, no plano internacional, iniciou-se nos Estados Unidos, durante a Segunda Guerra Mundial, por necessidade de concentração por parte das indústrias na produção de armamentos. Destarte, as atividades secundárias passaram a ser delegadas a empresas terceiras, prestadoras de serviços por intermédio de seus próprios empregados.

No período pós-guerra, a terceirização da produção expandiu-se ainda mais, pois ante o cenário de estagnação da economia mundial, as empresas abriram mão da qualidade no ciclo produtivo, para priorizar a garantia da sobrevivência empresarial, com a minimização de custos e

1 *SILVA, Ciro Pereira da. A terceirização responsável: modernidade e modismo. São Paulo: Ltr, 1997, p. 28.*

ADPF 324 / DF

adoção de estratégias empresariais de resistência (sobrevivência).

Em meados da década de 80 surge, então, o modelo toyotista, que teve como elemento nuclear a terceirização, pois esta reflete os principais fundamentos constitutivos do referido mecanismo, em especial, a criação de empregos precários e flexíveis e a concentração exclusivamente no cerne do processo produtivo, delegando a terceiros as demais etapas do circuito de produção.

Em outras palavras, reduziam-se os custos de mão de obra e se garantiam aumentos em termos de especialização de serviços, qualidade e eficiência, o que ocasionava um aumento da competitividade, de forma consequente ao crescimento da produtividade das empresas.

Naquele momento histórico, o mercado interno brasileiro encontrava-se favorável para a aceitação da descentralização da produção. Porém, o modelo clássico de organização das relações trabalhistas nacionais prosseguiu sendo predominante no mercado privado brasileiro.

De fato, como assenta Delgado², “[a] implantação do fenômeno da terceirização no Brasil é resultado de processo periódico, gradual e incisivo de inserção do modelo toyotista de produção no país”.

Ao observarmos os marcos legislativos dessa flexibilização, percebemos facilmente essa lenta progressão, a começar pela Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, que, em sua redação original, tratou apenas da subcontratação de mão de obra, sequer considerada por alguns como modelo de terceirização.

Certo é que a legislação brasileira abordou, de forma incontestada, sobre contratação terceirizada no Decreto-Lei 200, de 1967, que dispôs

2 DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 13.

ADPF 324 / DF

sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa ocorrida na época.

Nesse instrumento, não se utilizou o termo “terceirização”, no entanto, em seu art. 10, § 7º, c, foi autorizada a “descentralização e delegação” de atividades executivas, taxativamente delimitadas apenas na Lei 5.645, de 1970.

Na iniciativa privada, a terceirização ganhou estrutura jurídica apenas a partir da década de 70, com a regulamentação do trabalho temporário e de vigilância patrimonial e transporte de valores em instituições bancárias pelas Leis 6.019/1974 e 7.102/1983, respectivamente.

Em contrapartida às poucas legislações sobre o assunto, a terceirização foi ganhando força no mercado de trabalho, já que utilizada como alternativa para aumentar a eficiência, a produtividade e a competitividade das empresas, e as demandas sobre seus limites e possibilidades começaram a ser jurisdicionalizadas, obrigando o Judiciário a construir orientações acerca dessas questões.

Nesse contexto, o TST editou o enunciado da Súmula 256, em 1986, com seguinte teor:

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

Vê-se que a intermediação de mão de obra, em um primeiro momento, foi considerada ilegal pela Corte Trabalhista, sendo permitida apenas nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância,

ADPF 324 / DF

resguardando o modelo clássico da relação de emprego prescrito pela CLT.

Ocorre que, como visto anteriormente, nessa mesma época surge o modelo de gestão toyotista, que estimulou um crescimento desregrado da terceirização no universo empresarial.

Os empresários, ao arrepio da legislação, começaram a terceirizar indiscriminadamente as atividades corporativas, tanto as secundárias quanto as nucleares como estratégia de desenvolvimento econômico.

Esse progresso acelerado da flexibilização das condições de trabalho intensificou as demandas trabalhistas que discutiam os limites legais e as possibilidades do desvirtuamento da relação bilateral de emprego.

Em consequência, a Justiça do Trabalho, que já havia consolidado jurisprudência relutante contra a intermediação de mão de obra, dividiu-se entre os efeitos danosos da terceirização sobre os fundamentos do Direito do Trabalho e a modernização da estrutura empresarial.

Em dezembro de 1993, o TST então reformulou seu entendimento previsto no enunciado anterior, e editou a Súmula 331/TST, *in verbis*:

“ENUNCIADO Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO Nº 256

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 6019, de 03.01.74).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).

ADPF 324 / DF

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7102, de 20.06.83), 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.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei n. 8.666/93)”.

Observa-se que o novo verbete sumular manteve as hipóteses de terceirização lícita previstas na proposta antecedente, acrescentando ao rol os serviços de conservação e limpeza e, ainda, os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Neste ponto, importante destacar as condições impostas pela Súmula para que a terceirização da atividade-meio não fosse considerada fraude trabalhista. Isso porque elas demonstram que a Justiça do Trabalho não quis afastar as hipóteses legais de descentralização da produção dos preceitos insculpidos pela CLT.

Ressalta-se, também, que a súmula estendeu à iniciativa privada e, por conseguinte, às empresas estatais, o mesmo tratamento legal oferecido à Administração Pública à luz do Decreto-Lei 200/1967 e da Lei 5.645/1970, no sentido de permitir a delegação “dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador”.

Por fim, e não menos importante, a referida evolução jurisprudencial estabeleceu a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços quanto às obrigações trabalhistas da empresa intermediária,

ADPF 324 / DF

desde que aquela tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Por meio da Resolução 174/2011, aquele Tribunal alterou o item IV da Súmula, deferindo requerimento do Ministério Público do Trabalho - MPT, e excluiu a penalidade de formação de vínculo de emprego nos casos de contratação irregular para os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional.

Além disso, a referida resolução adicionou os itens V e VI, que estabelecem a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta, nas mesmas condições do item IV, apenas no caso de evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Acrescenta o enunciado, ainda, que a referida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

No inciso VI, estendeu-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços por todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A respeito deste movimento jurisprudencial, veja-se a valorosa análise de Delgado³:

“[...] Portanto, a evolução jurisprudencial promovida pela Súmula n. 331 foi identificar as situações de terceirização lícita, conforme sistemática trabalhista de proteção ao trabalho humano. Todas as demais situações de trabalho triangulado que

3 DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 47-49.

ADPF 324 / DF

se afastem das hipóteses de terceirização arroladas na Súmula n. 331 são aquelas que o Direito do Trabalho reputa fraudulentas e, portanto, ilícitas.

Note-se que a partir dessa nova interpretação promovida pela Súmula n. 331, a jurisprudência trabalhista passou a admitir a licitude dos contratos de prestação de serviços interempresariais permanentes nas atividades consideradas auxiliares ou de apoio, não inseridas na dinâmica do processo produtivo, denominadas de atividades-meio, à semelhança do que já vigia no âmbito da Administração Pública, à luz do DL n. 200/1967 (art. 10) e da Lei n. 5.645/1970.

Conforme será demonstrado no próximo item, os julgados que serviram de precedentes para essa mudança de rumo jurisprudencial se preocupam em dispensar às empresas estatais exploradoras de atividade econômica e, por tabela, a todas as empresas da iniciativa privada, o mesmo tratamento de legalidade dispensado à terceirização no ambiente da Administração Pública, por força de sua específica legislação.

O movimento jurisprudencial naquele momento não tinha razão para se dedicar a uma profunda justificação legal e teórica à restrição da terceirização nas demais atividades empresariais, não incluídas no conceito de atividade-meio, pois nessa seara residual manteve-se o mesmo aparato argumentativo da vedação à contratação intermediada, fundado na mesma noção de fraude ao regime de emprego vigorante desde os primórdios do Direito do Trabalho - noção esta fundada em tranquila jurisprudência apoiada pela remansosa doutrina justralhista.

O movimento, naquele momento, pelo contrário, foi o de superar a noção de fraude à lei no âmbito das atividades auxiliares da empresa tomadora (atividade-meio), para justificar a licitude dessa contratação de serviços.

Com esse ajuste interpretativo, fundado em textos legais precedentes (DL n. 200/67 e Lei n. 5.645/70), a jurisprudência trabalhista conferiu efetividade à Constituição da República de 1988, a seu conceito de Estado Democrático de Direito, a seus diversos princípios humanísticos e sociais, além da prevalência

ADPF 324 / DF

que confere à relação de emprego no contexto do trabalho protegido que consagra. Ao mesmo tempo, não se impediu a flexibilização terceirizante no plano das quatro hipóteses referidas pela nova súmula.

A noção de atividade-fim se construiu, assim, como consequência residual do conceito de atividade-meio, em face do longo processo de adaptação argumentativa que se firmou nas últimas décadas do século XX, em grande medida influenciada pelos novos padrões de relações jurídicas interempresariais que a empresa fragmentada toyotista impôs ao mercado de trabalho.

Um exaustivo esforço argumentativo marcaria, doravante, a tradução jurídico-trabalhista da nova empresa flexível, diante de um cenário paradoxal: uma legislação trabalhista de forte matiz protetivo e uma realidade econômica compulsivamente voltada para a fragmentação empresarial, de formato toyotista.

Traduzir os limites da atividade-fim e da atividade-meio, a partir da compreensão do objeto social da empresa passou, nesse cenário, a constituir o desafio fundamental para a solução das controvérsias relacionadas ao tema, conforme demonstra a seguinte definição doutrinária de Maurido Godinho Delgado que capta, com exatidão, a noção incorporada pela jurisprudência trabalhista:

‘Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial e do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. (...) Por outro lado, **atividades-meio** são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu

ADPF 324 / DF

posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.' (Grifos acrescidos)

[...]

Observe-se que a partir da Súmula n. 331 do TST, o Direito do Trabalho passa a avaliar a legitimidade da contratação de serviço numa **perspectiva teleológica**, à luz do objetivo econômico da empresa, identificando em seu objeto social as atividades que possuem características auxiliares, de apoio administrativo, para divisá-las daquelas outras que, por exclusão, constituem o núcleo essencial do empreendimento.

A partir de então, passados mais de vinte anos da edição da Súmula n. 331, não houve alteração no entendimento jurisprudencial do TST a respeito dos fundamentos para a vedação da terceirização na atividade-fim das empresas, os quais repousam na configuração de fraude ao regime de emprego.

O critério jurisprudencial que divisa atividades auxiliares e finalísticas da empresa garantiu à Súmula n. 331 plasticidade para orientar a interpretação da legislação trabalhista diante de novas realidades empresariais, remetendo o embate argumentativo entre os que defendem maior ou menor intensidade de terceirização à definição casuística do que se considera atividade-fim e atividade-meio em cada organização empresarial diante de sua finalidade econômica.

Apesar da natural disparidade de entendimentos judiciais em torno dessas fronteiras, no clássico embate entre capital e trabalho, o enfrentamento cotidiano da matéria pela Justiça do Trabalho terminou por sedimentar uma jurisprudência orientadora da divisa entre atividade-fim e atividade meio em diversos setores econômicos.

O recebimento do recurso extraordinário, com repercussão geral, pelo STF, para enfrentamento do tema relativo à constitucionalidade da vedação da terceirização na atividade-fim das empresas, por força da aplicação da Súmula n. 331 do

ADPF 324 / DF

TST, ora desafia uma renovada reflexão sobre essas noções que repousam na base do entendimento jurisprudencial da Corte Trabalhista” (grifos no original).

Examinados o conceito, os propósitos, a origem e a evolução legislativa e jurisprudencial do fenômeno, passo, na sequência, a breve rascunho comparativo com outros ordenamentos jurídicos.

III - Terceirização e o Direito Comparado:

Contextualizando em âmbito internacional, é possível observar que o instituto vem sendo utilizado em diversos países e, na maioria deles, busca preservar a clássica relação de emprego de modo muito mais enfático do que ocorre no Brasil.

Na **Alemanha**, por exemplo, país onde vige um regime de proteção social com fundamento na Constituição de 1949, a externalização de atividades permanentes não é legalmente proibida, nem permitida. Lá, a terceirização é apenas um conceito organizacional e não legal, e refere-se à transferência de atividades não nucleares da produção, para que a empresa contratante fortaleça as atividades principais.

Já na **França**, a legislação trabalhista prevê como crime toda atividade de fornecimento de mão de obra com fim lucrativo, que tenha como efeito causar um prejuízo ao trabalhador ou impedir a aplicação de normas trabalhistas, regulamento ou contrato coletivo, com exceção do trabalho temporário e da empresa de trabalho a tempo partilhado.

Na **Espanha**, a subcontratação de obras e serviços está amparada na Constituição de 1978 que, já em seu Título I, trata dos direitos, liberdades e deveres do cidadão, bem como das diretrizes da política social e econômica, abrangendo tanto as liberdades públicas como os direitos sociais. A responsabilização é solidária do empresário principal em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias dos subcontratados,

ADPF 324 / DF

mas a subcontratação é considerada ilícita caso configure cessão ilegal de trabalhadores.

Em **Portugal**, ela é prática presente, não havendo norma expressa proibitiva, cuja legalidade tem sido analisada pela jurisprudência e pela doutrina à luz dos arts. 285 e seguintes do Código do Trabalho e da Diretiva 2001/23/CE da Comissão Europeia, que trata da manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos. O debate atual daquele País é de se o uso desse mecanismo poderia ensejar para os trabalhadores um direito de oposição à transferência dos seus contratos de trabalho à empresa subcontratada, por violação do princípio protetivo, já que prevista na referida Diretiva a prévia consulta aos trabalhadores, especialmente quando essa transferência lhes importe prejuízo.

No **México**, a partir da reforma trabalhista realizada em 2012, a terceirização de serviços passou a ser disciplinada de modo que inadmitida a totalidade das atividades desenvolvidas pela entidade tomadora, devendo justificar-se por seu caráter especializado e não podendo compreender tarefas iguais ou similares às desenvolvidas pelos empregados da empresa contratante.

As legislações do Uruguai, Argentina, Chile, Peru, Paraguai e Colômbia preveem um sistema de responsabilidade trabalhista solidária das empresas que subcontratam serviços e trabalho temporário, em relação aos direitos dos empregados das empresas contratadas.

Essa é a mesma preocupação do Brasil que, antes sem normativa específica do tema, animou a interpretação jurisprudencial prevista na Súmula 331 do TST, atenta a minimizar os subterfúgios advindos de um mecanismo que excepciona e vulnerabiliza o regime de proteção social.

De todos os países citados, resta clara a motivada busca por limites

ADPF 324 / DF

racionais e proporcionais para a sua utilização, atentando-se sempre para a máxima valorização da dignidade humana e o esvaziamento da visão do trabalho-mercadoria.

Não tenho dúvidas de que esse panorama internacional revela que a nossa Carta de 1988 também esteve direcionada à necessidade da regulação protegida do trabalho, o que, somente se dá se tivermos em conta o específico impacto que a terceirização exerce sobre o regime de proteção social albergado nela. E foi justamente essa a função exercida pelo TST por meio de sua interpretação jurisprudencial lançada sobre a Súmula 331.

IV - Consequências da banalização da terceirização:

O padrão de proteção constitucional ao regime de emprego possui elementos normativos intrínsecos e que não podem ser desconfigurados, sob pena de esvaziamento da eficácia de direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores.

A prática observada no dia a dia dessas relações terceirizadas ressalta que, apesar da roupagem formal empregatícia, diversos elementos estruturantes da relação de emprego tornam-se frágeis, haja vista a alta rotatividade da mão de obra do trabalhador terceirizado, que fica prejudicado, portanto, no recebimento de importantes verbas trabalhistas, como, por exemplo, não chegam a adquirir o direito às férias anuais remuneradas.

Delgado⁴ nos mostra que, em pesquisa encomendada pelo Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros do Estado de São Paulo (Sindeepres), Márcio Pochmann avaliou os desdobramentos do movimento de terceirização vivido no País, no período de 1985 a 2005, a partir de dados relativos ao Estado de São

⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 106.

ADPF 324 / DF

Paulo, concluindo que os trabalhadores terceirizados, quando comparados aos empregados diretamente contratados pelas empresas tomadoras de serviços, estão submetidos à alta taxa de rotatividade: 8 a cada 10 empregados terceirizados são substituídos ao final de cada ano de trabalho.

Em outra apuração mais recente, em que analisou-se o tempo médio de permanência no posto de trabalho terceirizado, esse mesmo pesquisador apurou que, no período de 1985 a 2010, não houve avanço substancial em relação aos dados da pesquisa anterior, mantendo-se a média de um ano e meio de contratação.

Segundo Márcio Pochmann (2014, p. 30 apud DELGADO, 2014, p. 106):

“Percebe-se, de maneira geral, a concentração dos contratos formais de curta duração nas empresas de terceirização. No ano 2000 havia 58% do estoque de trabalhadores terceirizados com contrato de trabalho com menos de 12 meses na mesma empresa” (grifos no original).

Com a alta rotatividade e frustrada a continuidade do vínculo de emprego, força normativa presente no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, reflexos deficitários importantes também são percebidos na captação de depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, fato que reduz o nível remuneratório do trabalhador terceirizado, que perde seu poder de compra do salário, com repercussão negativa proporcional sobre todos os demais direitos incidentes sobre a remuneração (décimo terceiro, férias acrescidas do terço constitucional, FGTS, adicionais, gratificações etc.), precarizando substancialmente a condição social do trabalhador.

Isso sem falar no aumento da intensidade da jornada, o que incide diretamente na sua saúde física e mental, além do distanciamento dos

ADPF 324 / DF

seus pares, isolando-o dos demais trabalhadores na sua mesma condição e fragilizando a possibilidade de reuniões com sindicatos e as relações de cooperação e solidariedade entre seus iguais.

Os mesmos autores também nos mostram, em seguida, que, segundo pesquisa setorial realizada pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE, no setor de geração e distribuição de energia elétrica, entre os anos de 2006 e 2008, morreram 239 trabalhadores no País, vitimados por acidentes de trabalho, dentre os quais, 193 (ou seja, 80,7%) eram trabalhadores terceirizados.

V – A constitucionalidade da Súmula 331 do TST:

Diante da constatação de todas essas consequências negativas advindas da flexibilização do instituto da terceirização, é que a Justiça do Trabalho, resistindo fortemente às pressões do mercado econômico, e por meio de melindroso processo de adaptação hermenêutica, discriminou os limites da terceirização legítima ao editar o enunciado da Súmula 331 do TST.

Observe-se das alterações interpretativas formuladas na referida Súmula, a predileção do princípio da proteção das relações de emprego ao revés da legalização da intermediação de mão de obra das atividades-fim, tendência do Direito do Trabalho identificada desde o Enunciado 256 do TST, de 1986.

Por oportuno, destaco do acórdão que deu origem ao referido enunciado, da lavra do então Ministro do TST, Marco Aurélio de Mello, os seguintes fundamentos:

“1. O elemento essencial que justifica o contrato de emprego é a apropriação do resultado do trabalho mediante salário por uma das partes, o empregador; para tal fim serve o contrato de trabalho subordinado; a

ADPF 324 / DF

empresa prestadora de serviço faz da tarefa de empregar trabalhadores um fim em si mesmo, pois não se apropria do resultado do trabalho por ele prestado, muito menos assume o risco da atividade econômica do tomador, para o qual o serviço contribui;

2. Os princípios constitucionais da ordem econômica e social, dentre os quais a 'valorização do trabalho como condição de dignidade humana' (EC n. 1/1969, art. 160, II) e a 'expansão das oportunidades de emprego produtivo' (VI), orientam a interpretação do sistema jurídico-trabalhista;

3. Para atingir esses objetivos, a Constituição garante a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, além do direito à continuidade do vínculo de emprego, direitos que restam frustrados na triangulação proporcionada pela prestação de serviço;

4. Por força do princípio da primazia da realidade, o vínculo empregatício se estabelece diretamente com a empresa em benefício da qual os serviços são prestados, pois é esta que se apropria do resultado do trabalho; a não se impedir a intermediação, serão encontradas empresas sem nenhum empregado; interpretação contrária viola o equilíbrio da ordem econômica, a integração do trabalhador na vida da empresa (garantias constitucionais): frustra as conquistas da legislação do trabalho, esbarrando na Constituição e no preceito do art. 9º da CLT, que comina de nulidade os atos voltados a desvirtuar a aplicação das normas de proteção ao emprego;

5. A legislação trabalhista, de cunho eminentemente social, congrega direitos básicos que visam evitar enriquecimento sem causa à custa daquele que já é hipossuficiente na relação jurídica, objetivo ameaçado na contratação de serviço, cujo lucro resulta da diferença

ADPF 324 / DF

entre o que recebe da empresa-cliente e os direitos que pagam aos empregados;

6. Os abusos da empresa intermediária, submetida à lei da oferta e da procura, são ainda mais nocivos em matéria de trabalho, porque seu benefício afeta uma renda de natureza alimentar, o salário;

7. O princípio da liberdade de iniciativa, previsto na Constituição, deve ser compreendido dentro do capítulo da ordem econômica e social, como a definir o sistema predominante na economia nacional, de forma que a liberdade de iniciativa deve ser exercida com respeito à valorização do trabalho como condição de dignidade humana, de um modo que assegure harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção e que também permita a expansão das oportunidades de emprego produtivo;

8. A liberdade constitucional de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, invocada pelas empresas de prestação de serviços, está condicionada ao regramento legal, conjugadas com outros princípios constitucionais que protegem o trabalho;

9. Portanto, a vedação do contrato de prestação de serviço decorre de interpretação harmônica das garantias constitucionais, das normas da legislação trabalhista e dos princípios que regem o Direito do Trabalho, especialmente os da proteção do hipossuficiente, da continuidade, da realidade, da razoabilidade e da boa-fé”.

Da leitura dessa fundamentação, percebe-se, claramente, o feixe protetivo da relação de emprego arraigado na legislação e jurisprudência trabalhista brasileira, como eficiente obstáculo interposto à generalização desenfreada dos artifícios do sistema econômico capitalista.

Esse prestígio às garantias do trabalhador se torna ainda mais relevante em um cenário jurídico carente de proteção ao “terceirizado”, em oposição a todo esse longo processo histórico de afirmação dos

ADPF 324 / DF

direitos sociais, que proporcionou a essas garantias o *status* de direitos indispensáveis ao regime democrático.

Assim, vê-se que, no processo de construção dos vetores da Súmula 331 do TST, a Justiça do Trabalho buscou conciliar, de forma proporcional, a liberdade de contratar do empreendedor e a proteção à relação de emprego, sem ferir a força normativa dos princípios constitucionais.

Dessa forma, ao legitimar a contratação triangulada de trabalho apenas nas atividades-meio empresariais, sob o mesmo modelo legislativo aplicado à Administração Pública, a citada Súmula flexibilizou a relação de emprego ao permitir ao empreendimento a concentração de esforços em seu *core business*, mas em respeito à unidade da Constituição, em especial, ao dever do Estado de proteção social ao trabalhador.

VI - Terceirização de serviços em atividades-fim:

Com efeito, restou demonstrado que a pretensão desta arguição fere elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito e constitui abuso flexibilizador da contratação de mão de obra, pois viola as clássicas garantias trabalhistas conquistadas ao longo do processo histórico de afirmação dos direitos sociais, o que representaria um verdadeiro retrocesso jurisprudencial.

Nessa direção, segundo a jurisprudência trabalhista, a terceirização de atividade-fim constitui fraude à formação de relações de emprego. Em verdade, a busca da legalização dessa prática não passa de um apelo do empreendedor pela ampla liberdade de contratar e de terceirizar de acordo com seus interesses. No entanto, tal autonomia não pode ser considerada absoluta, menos ainda quando em conflito com uma nova ordem constitucional democrática que erige os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como princípios fundantes da República.

ADPF 324 / DF

Nas palavras de Delgado⁵:

“A prática da terceirização em atividade-fim no atual cenário normativo brasileiro, se enquadra perfeitamente a essa noção, pois, a pretexto de firmar um contrato interempresarial de prestação de serviço, com o objetivo de racionalizar seus recursos e lograr bons resultados econômicos, a empresa tomadora expulsa seus empregados de seu círculo de competência central, reduzindo ou praticamente extinguindo seu quadro de emprego, para se beneficiar dessa mão de obra terceirizada em regime de ‘emprego rarefeito’, por contratação indireta, em culto absoluto ao lucro e em total negação à função social da atividade econômica produtiva”.

Concluo, portanto, pelo equívoco na compreensão de que a terceirização pode realizar-se em qualquer dimensão, o que pode ser sentido desde a análise do próprio conceito do instituto, que o define como estratégia e concentração das organizações em suas atividades principais, com externalização daquelas atividades acessórias ou não finalísticas.

Tal percepção é contrária, ainda, à evolução histórica e jurisprudencial da terceirização, inclusive em âmbito internacional.

Além disso, são nefastas as consequências do crescimento desenfreado da contratação triangulada de trabalho, por esvaziar os conceitos constitucionais cardeais de Estado Democrático de Direito. Entre tais decorrências, destaquei o não recebimento de importantes verbas trabalhistas, a taxa de rotatividade dos empregados terceirizados, o tempo médio de permanência no emprego e a consequente frustração da continuidade do vínculo, o reduzido nível remuneratório, o aumento

5 DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 61.

ADPF 324 / DF

na intensidade das jornadas, e, ainda, o enfraquecimento de relações de cooperação e solidariedade entre seus pares.

Por todo o exposto, pedindo vênua ao Relator do RE, Ministro Fux, e também ao Ministro Alexandre de Moraes, acompanho integralmente a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin e pela Ministra Rosa Weber, que nos brindaram com votos que, a meu ver, esgotaram plenamente o assunto e deram resposta satisfatória à questão colocada perante esta Suprema Corte.

Então, em consequência, eu nego provimento ao RE e julgo improcedente a ADPF.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO - ABAG

ADV.(A/S) : TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (22129/PR)

ADV.(A/S) : MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO (15348/PR)

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (0020016/DF, 20016/DF, 91152/RJ)

AM. CURIAE. : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE

ADV.(A/S) : PERCIVAL MENON MARICATO (42143/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DE SERVICOS - CNS

ADV.(A/S) : ANTONIO CARLOS VIANNA DE BARROS (39219/DF, 1420-A/RJ, 17663/SP)

AM. CURIAE. : ABNT - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELESSERVICOS

ADV.(A/S) : CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (34238/DF, 96073/RJ)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS A TERCEIROS, COLOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE MÃO DE OBRA, TRABALHO TEMPORÁRIO, LEITURA DE MEDIDORES E ENTREGA DE AVISOS DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDEEPRES

ADV.(A/S) : ALMIR PAZZIANOTTO PINTO (130503/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO - ANPT

ADV.(A/S) : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS (5939/DF)

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : FORÇA SINDICAL

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : CENTRAL DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS DO BRASIL - CTB

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : NOVA CENTRAL SINDICAL DOS TRABALHADORES - NCST

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, Associação Brasileira do Agronegócio - ABAG, a Dra. Teresa Arruda Alvim; pela Procuradoria-Geral da República, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Telesservicos - ABT, o Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto; pelo *amicus curiae* Central Brasileira do Setor de Serviços - CEBRASSE, o Dr. Flávio Henrique Unes Pereira; pelos *amici curiae* Central Única dos Trabalhadores - CUT, Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil - CTB, Força Sindical

- FS e Nova Central Sindical dos Trabalhadores - NCTS, o Dr. José Eymard Loguércio; e, pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT, o Dr. Gustavo Teixeira Ramos. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 16.8.2018.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou a preliminar de invalidade da procuração, e, por maioria e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares: i) de que, indiretamente, estar-se-ia tentando impugnar um Enunciado da Justiça do Trabalho, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski; ii) de ausência de subsidiariedade, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber; iii) de perda de objeto por superveniência de lei, vencidos o Ministro Edson Fachin, que propunha o sobrestamento do feito, a Ministra Rosa Weber, que julgava pela perda do objeto, e o Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o Ministro Edson Fachin pelo sobrestamento do feito; iv) e de ilegitimidade ativa *ad causam*, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente). No mérito, após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que julgava procedente a arguição, assentando a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, o julgamento foi suspenso. Plenário, 22.8.2018.

Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, que acompanhavam o Relator, julgando procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que a julgavam improcedente, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.8.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

29/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:****1. Objeto**

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG), em face do conjunto de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, das quais resulta o reconhecimento da ilegalidade da prática de terceirização da atividade-fim. Em conjunto, está em julgamento o RE 958.252, de relatoria do Min. Luiz Fux.

Antes de tudo, convém frisar que o tema ora discutido também é objeto de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade de minha relatoria (ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735), às quais apliquei o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999. Estão todas instruídas e serão brevemente disponibilizadas para julgamento. Todas impugnam a constitucionalidade da Lei 13.429, de 31 de março de 2017, a chamada Lei da Terceirização. Apesar de estarmos hoje discutindo um conjunto de decisões anterior ao advento da referida lei, a depender da extensão que dermos ao objeto do presente julgamento, é óbvio que as questões postas nas ADIs serão, em maior ou menor medida, afetadas.

De qualquer modo, tenho que o objeto da presente ADPF é temporalmente diverso.

No centro da discussão, está o teor da Súmula 331 do TST, que aduz o seguinte:

“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

ADPF 324 / DF

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.

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”.

Discutirei a terceirização da atividade-fim sob dois primas: i) a terceirização no contexto das mudanças socioeconômicas dos últimos tempos; e ii) a imprestabilidade do critério atividade-meio *versus* atividade-fim. Por fim, direi algumas palavras sobre paternalismo e

ADPF 324 / DF

sobre a necessidade de refundação do Direito e da Justiça do Trabalho.

2. Terceirização, mercado e emprego

Inicialmente, é preciso destacar que o tema em questão encerra múltiplas facetas, fazendo com que o problema seja, em grande medida, muito mais sociológico do que jurídico.

É quase desnecessário enfatizar o valor do trabalho para a atividade humana. Por conseguinte, a sua regulação por meio do Direito do Trabalho assume a mesma importância. Sendo assim, de início, convém salientar que da pretensão de releitura do trabalho, do mercado e do direito do trabalho não resulta uma fragilização e uma precarização desses temas.

Para a compreensão do problema e seus reais consectários, impõe-se uma breve digressão, sem a pretensão de retorno aos modelos econômicos fundados, por exemplo, na escravidão e na servidão.

Tradicionalmente, a atividade desenvolvida por agentes econômicos, que ora chamamos de empregadores, sempre foi centralizada, ou seja, as etapas produtivas transcorriam internamente, arcando as empresas não só com todos os custos operacionais e de infraestrutura, como também de gestão. Esse modelo de produção convencionou-se chamar *fordismo*.

É nesse contexto que se assenta a pedra fundamental do Direito do Trabalho: a relação de emprego. E, enquanto perdura o império do modelo fordista, também as instituições clássicas do Direito Trabalho desenvolvem-se e consolidam-se.

No entanto, o modelo de internalização das etapas produtivas passa a ceder espaço para um modo descentralizado, externalizado, de produção. Na verdade, os novos modos de produção são só mais um viés das revoluções culturais pelas quais temos passado com uma frequência assustadora. É, portanto, no contexto desses *“tempos líquidos”*, na expressão cunhada por Zygmunt Bauman, que devemos discutir o problema. Como assevera o autor, vivemos a passagem de uma fase *“sólida”* para uma fase *“líquida”* de modernidade, em que *“as formas*

ADPF 324 / DF

sociais (estruturas que limitam escolhas individuais, instituições que guardam repetições de rotinas, padrões de comportamento aceitáveis) não podem mais (e não se espera isso delas) manter o seu formato por muito tempo, porque elas se decompõem e derretem mais rapidamente do que o tempo necessário para moldá-las”. (Zygmunt Bauman, *Liquid Times*, e-book, tradução livre)

Para admitirmos que os ares socioeconômicos são completamente diversos daqueles em que se assentaram as bases principiológicas do Direito do Trabalho, basta observar que a maior empresa de transportes do mundo não tem um carro sequer, e a maior empresa de hospedagem do mundo também não dispõe de um único apartamento. Refiro-me aos paradigmáticos *Uber* e *Air B&B*, ambos fundados em economia colaborativa e na descentralização da atividade econômica entre diversos agentes mercadológicos.

Ronald Coase, responsável pela inserção da ideia de “*custos de transação*” na teoria da atividade empresarial e do mercado, assevera que:

“O modo como a indústria se organiza depende da relação entre os custos de realização de transações no mercado e os custos de organizar as mesmas operações dentro daquela firma que possa realizar essa tarefa com o menor custo”. (Ronald Coase, *A firma, o Mercado e o Direito*, p. 63)

Sendo assim, a atuação da “*firma*” pautar-se-á inevitavelmente no sentido que se revelar menos oneroso do ponto de vista dos custos de transação: sendo a internalização menos onerosa, esta será a via eleita pela firma, sendo a externalização menos onerosa, é por ela que a firma conduzirá seus negócios.

No entanto, é preciso lembrar que essa é uma premissa econômica, que não leva em consideração o fator de liberdade que a empresa tem para se conduzir por um ou por outro caminho (internalização *vs.* externalização).

No nosso sistema jurídico, não há, de fato, essa liberdade, ou seja, a empresa não conseguirá se conduzir de acordo com os custos de transação trazidos pelo mercado em si. Isso porque encontram no Direito

ADPF 324 / DF

mais um vetor de ampliação de custos. Como preleciona Fernando Hugo Miranda:

“O modelo, conhecido por fordismo, repercutiu intensamente em valores do direito do trabalho, especialmente em relação ao fundamento antes identificado de compartilhamento com grande empresas dos custos do estado de bem-estar social. Grandes empresas, com elevado porte econômico, ancoravam a organização sindical, possibilitando a ampliação de direitos para além dos mínimos legais, seja pela via contratual – regulamentar –, seja pela via da negociação coletiva”. (Fernando Hugo R. Miranda, *A questão das cadeias produtivas no âmbito do direito do trabalho e os limites da racionalidade da Súmula nº 331/TST*)

Ou seja, as empresas são chamadas a financiar um determinado modelo de estado que traz consigo inúmeros custos que extrapolam a lógica do mercado em si mesma.

É óbvio que a imposição, por parte do Estado, no sentido da internalização da cadeia produtiva resulta na mitigação da liberdade de iniciativa. E mais: onera empresas que, num contexto moderno, passam a adotar uma estratégia econômica que reduz “a extensão de sua organização econômica hierarquizada, sem, contudo, reduzir a extensão do mercado econômico que ocupam”. (*Idem. Ibidem.*)

Impende destacar, ainda, que, nesse cômputo dos custos de transação, a eficiência é um dado significativo. É que a externalização transfere etapas da produção para outros agentes que normalmente são especializados naquela específica etapa produtiva.

A terceirização é justamente um consectário desse modelo descentralizado, externalizado. E, se as bases socioeconômicas são outras, é inevitável que tenhamos que conformar a disciplina em torno delas.

3. Atividade-meio versus atividade-fim

ADPF 324 / DF

O foco da discussão está no teor da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a partir da qual se consagrou uma distinção entre atividade-meio e atividade-fim.

O próprio objeto do Recurso Extraordinário, ora também em julgamento, reforça essa postura. No caso, a Justiça do Trabalho reconhece como ilegal a terceirização, por parte de uma empresa de celulose, das atividades de florestamento e reflorestamento, em razão de tais atividades constarem do seu objeto social.

O problema é que, em um cenário de etapas produtivas cada vez mais complexo, agravado pelo desenvolvimento da tecnologia e pela crescente especialização dos agentes econômicos, torna-se praticamente impossível divisar, sem ingerência do arbítrio e da discricionariedade, quais atividades seriam *meio* e quais seriam *fim*. Por isso mesmo, consignou-se, no parecer aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, relativamente ao projeto da reforma trabalhista, o seguinte:

“Já há muito tempo deveríamos ter desistido de fazer a impraticável distinção entre atividade-meio e atividade-fim de uma empresa para fins de permissão de terceirização, aliás, algo que só existe no Brasil. (...) A mudança de paradigma da terceirização é bem ilustrada olhando grandes companhias de hoje e do passado. Enquanto a Ford chegou, no passado, a ser dona até das plantações de seringais para a produção de borracha natural usada nos seus carros, hoje a gigante de computação Dell não produz exatamente computadores, mas sim organiza uma série de milhares de contratos de fornecedores e empregados. Muitas multinacionais já terceirizaram atividades que vão do desenho de seu produto até o pós-venda, passando até pela política de estabelecimento de preços. (...) A terceirização é decorrente da própria especialização do trabalho, tendência que nos últimos séculos permitiu que as sociedades se desenvolvessem e melhorassem a vida das pessoas. (...) Em uma economia cada vez mais especializada e competitiva, seria impossível que um auditor,

ADPF 324 / DF

procurador ou juiz soubesse determinar quais atividades são fim ou meio para cada segmento da economia”.

Nesse sentido, o critério insculpido a partir da Súmula 331 do TST não se coaduna com a realidade empresarial e econômica moderna, sendo um critério aplicável à luz do subjetivismo. E assim o sendo, sob o prisma jurídico, revela-se como um *não critério*, na medida em que dele não se pode retirar normatividade, em razão da falta de definição segura das suas hipóteses de aplicação. Como leciona Karl Engisch, “*toda a regra jurídica representa em certo sentido uma hipótese, pois que ela é apenas aplicável quando se apresentem certas circunstâncias de facto que na própria regra se acham descritas*”. (Introdução ao pensamento jurídico, p. 54)

O problema se agrava quando trazemos à consideração os efeitos sociais e econômicos nefastos de decisões judiciais que permitem ou proíbem a terceirização com base em um *não critério*. O próprio Ronald Coase já demonstrava preocupação com o modo pelo qual “*os tribunais influenciam a atividade econômica de modo direto*”. (Idem. p. 119)

A título de exemplo, citem-se os seguintes casos em que o Tribunal Superior do Trabalho considerou ilícita a terceirização ao argumento de que estaria em causa atividade-fim:

“Inserir-se na atividade-fim de empresa concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica o exercício, por empregado da fornecedora de mão de obra, da função de ‘**leiturista**’, que compreende a aferição de relógios de indicação de consumo de energia elétrica”. (Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-1521-87.2010.5.05.0511, rel. Min. João Oreste Dalazen)

“Há vários julgados neste Tribunal reconhecendo a ilicitude da terceirização na contratação de empregado por intermédio de empresa interposta para a execução de vendas de bilhetes de passagens de empresa de transporte ferroviário (CBTU), por considerar que a atividade de venda de passagens está ligada diretamente à atividade-fim da empresa tomadora

ADPF 324 / DF

dos serviços. Entende-se que essa mesma *ratio decidendi* está presente no caso dos autos, na medida em que a venda de bilhetes de passagens, pelo menos em agências próprias das empresas réas, inclusive aquelas situadas nos terminais rodoviários, enquadra-se como atividade essencial ao funcionamento e dinâmica da empresa tomadora de serviços que realiza transporte rodoviário coletivo de passageiro em linhas interestaduais e intermunicipais”. (Embargos em Recurso de Revista TST-E-RR-1419-44.2011.5.10.0009, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho)

“Trata-se de contratação de empregado por empresa interposta para prestação de serviços para a Brasil Telecom S.A., como instalador, reparador, cabista de linhas telefônicas. A Turma manteve a condenação solidária, nos termos do item I da Súmula 331 do TST”. (Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-234600-14.2009.5.09.0021, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho)

“Trata-se de contratação de empregada por empresa interposta para prestação de serviços na Claro S.A., como atendente do sistema *call center*. Sob o fundamento de licitude na intermediação de mão de obra, a Turma manteve a sentença. Fundamentada a decisão no artigo 94, II, da Lei 9.472/97. Todavia, viabiliza-se a pretensão de reforma do julgado, para reconhecer inválido o contrato de terceirização, e a consequente aplicação da Súmula 331, IV, do TST”. (Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-2707-41.2010.5.12.0030, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho)

Os exemplos ficam ainda mais paradigmáticos quando notamos que a jurisprudência do TST afasta a incidência de normas específicas e que são expressas ao consignar a possibilidade de terceirização de atividade-fim. Trata-se das Leis 8.987/95 (art. 25, §1º) e 9.472/97 (art. 94, II). A primeira dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e o dispositivo indicado aduz que “*a concessionária*

ADPF 324 / DF

poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados". Por seu turno, a segunda dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, e o dispositivo indicado aduz que "no cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: (...) contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados".

Temos, assim, um embate entre o teor da lei e a recusa de sua aplicação por parte de um tribunal superior, o que soa como ativismo judicial. Parece-me que aqui temos uma Era Lochner às avessas.

No caso *Lochner vs. New York*, a Suprema Corte americana declarou a inconstitucionalidade do chamado *Bakeshop Act*, lei do estado de Nova Iorque, de 1895, que estabelecia jornada de trabalho máxima de 10 horas diárias para padeiros. Como narra Carlos Alexandre de Azevedo Campos,

*"A lei configurou, de acordo com a retórica libertária do Justice Rufus Peckham, interferência desarrazoada, desnecessária e inadequada do Estado de Nova Orque sobre o direito de livre contratação das partes envolvidas. A lei não teria observado o princípio constitucional do devido processo legal substantivo. Lochner simbolizou um período de jurisprudência conservadora da Suprema Corte (Era Lochner), marcada pela ideologia do *lassaiz faire* e por uma leitura amplificada da Emenda XIV e de sua cláusula do devido processo legal *substancial*. Aplicando teste muito rigoroso de legitimidade, a Corte declarou inscontitucionais várias leis federais e estaduais de caráter regulatório e social, que dispunham sobre salários mínimos, limites de horas diárias e semanais de trabalho, contratação preferencial de empregados sindicalizados, estímulo à associação de trabalhadores, etc".* (*Dimensões do ativismo judicial do STF*, p. 57).

O caso é tido como paradigmático de uma vertente do ativismo

ADPF 324 / DF

judicial norte-americano marcada pelos embates, dentro da própria Suprema Corte, entre posicionamentos liberais e conservadores, o que se estende também ao diálogo da Corte com os demais poderes constituídos.

A postura conservadora da Suprema Corte começaria a ruir com o advento da Grande Depressão, crise econômica que assolou os Estados Unidos na década de 1930 e que recebeu como resposta a edição do chamado *New Deal*, um pacote de medidas levado a cabo pelo então presidente americano, Franklin Roosevelt. Alguns pontos do *New Deal* voltados para a intervenção estatal nos domínios econômico e social foram frustrados por decisões da Suprema Corte, levando o presidente a iniciar uma ofensiva contra a própria composição da Corte, pretendendo nomear seis novos *Justices*, no que ficou conhecido como *Court-Packing Plan*. Segundo Azevedo Campos:

“O plano não foi realizado exatamente como formulado, pois a proposta de ‘abarrotar’ a Corte não teve apoio popular nem político, mas Roosevelt, com a pressão política que exerceu, no final alcançou a vitória: em pouco mais de um mês depois, em uma série de decisões iniciada com *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, a Suprema Corte ‘capitulou em meio à ameaça de uma autêntica crise constitucional’ e superou e superou as decisões anteriores contra o *New Deal*”.

Se a Suprema Corte americana impôs freios a opções políticas definidas pelo legislativo, por aqui, o TST tem colocado sérios entraves a opções políticas chanceladas pelo Executivo e pelo Legislativo. Ao fim e ao cabo, a engenharia social que a Justiça do Trabalho tem pretendido realizar não passa de uma tentativa inócua de frustrar a evolução dos meios de produção, os quais têm sido acompanhados por evoluções legislativas nessa matéria.

Enfim, os únicos produtos da aplicação da referida súmula no contexto da distinção entre atividade-meio e atividade-fim mostrou-se ser a insegurança jurídica e o embate institucional entre um tribunal superior e o poder político, ambos resultados que não contribuem em nada para os

ADPF 324 / DF

avanços econômicos e sociais de que temos precisado.

4. Terceirização e novas perspectivas de mercado no mundo

Seja sob a epígrafe de terceirização, *outsourcing* ou *Auslagerung*, o tema está na pauta do dia no cenário mundial. Aliás, é inevitável abordar a questão sob o prisma das inúmeras reformas trabalhistas realizadas ao redor do mundo, fundadas, em grande medida, na necessidade de flexibilização da relações trabalhistas. E os resultados são majoritariamente positivos.

A título ilustrativo, cito a pesquisa feita por Ives Gandra da Silva Martins Filho, que demonstra os avanços de diversas reformas trabalhistas no mundo em termos de redução das taxas de desemprego:

“Alemanha

Taxa de desemprego antes da reforma: 9,8%

Taxa de desemprego depois da reforma: 5,7%

Espanha

Taxa de desemprego antes da reforma: 23,3%

Taxa de desemprego depois da reforma: 17,8%

França

Taxa de desemprego antes da reforma: 10,1%

Taxa de desemprego depois da reforma: 9,5%

Itália

Taxa de desemprego antes da reforma: 11,5%

Taxa de desemprego depois da reforma: 11,1%

Portugal

Taxa de desemprego antes da reforma: 16,8%

Taxa de desemprego depois da reforma: 9,8%”.

(Ives Gandra da Silva Martins Filho, *A Reforma Trabalhista no Brasil*, p. 13.

Seria temerário concluir que a redução das taxas de desemprego em tais países se deve unicamente à flexibilização, mas desconsiderar tais números seria igualmente insensato.

ADPF 324 / DF

E, falando em números, trago também dados da Organização Internacional do Trabalho a respeito da fuga para a informalidade. De acordo com a OIT, no cenário latino-americano, a parcela de trabalhadores informais cresceu pelo terceiro ano consecutivo, atingindo 32.2% em 2017. Estima-se que em 2018 tenhamos – na América Latina, repita-se – 91 milhões de trabalhadores informais. (OIT, *World Employment Social Outlook: Trends 2018*, p. 17)

No Brasil, em 2017, o trabalho sem carteira assinada e “*por conta própria*” superou o emprego formal. E, interessantemente, a ligeira redução da taxa de desemprego se deu em razão do crescimento do trabalho informal e do desenvolvimento do comércio. (IBGE, *Informalidade e comércio contribuem para queda no desemprego*, disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/19163-informalidade-e-comercio-contribuem-para-queda-no-desemprego>)

Ou seja, aqui não se trata de optarmos entre um modelo de trabalho formal e um modelo de trabalho informal, mas entre um modelo com trabalho e outro sem trabalho; entre um modelo social utópico, como tão frequentemente nos alertou Roberto Campos, e um modelo em que os ganhos sociais são contextualizados com a realidade.

A informalidade é um claro indicativo de que os agentes de mercado, não apenas empresas, mas também os trabalhadores, estão migrando para a margem do sistema super-regulado que construímos. Nesse sentido, o Banco Mundial, em relatório sobre políticas de redução da informalidade, destaca que:

“(…) aumentar a flexibilidade de normas de proteção do emprego e reduzir salários mínimos reduz os custos de contratação formal de trabalhadores, e assim, pode incrementar incentivos para que empresas aumentem o emprego registrado”. (The World Bank, *Policies to reduce informal employment: an international survey*, p. 10).

Em outro documento, sobre o impacto da regulação no crescimento

ADPF 324 / DF

e na informalidade, consigna que:

“A regulação está se tornando um fator político central para explicar os gargalos do crescimento econômico em diversos países ao redor do mundo. (...) Altos níveis de regulação estão associados a um menor crescimento”.

Portanto, o que se observa no contexto global é uma ênfase na flexibilização das normas trabalhistas. É temerário ficar alheio a esse inevitável movimento de globalização do fenômeno produtivo, que faz com que empresas tenham etapas de sua produção espalhadas por todo o mundo, a exemplo de gigantes como a Apple, a Dell, a Boeing e a AirBus, cujos modelos e experiências já foram aqui apresentados da tribuna ou nos votos até aqui proferidos.

Assim, se a Constituição Federal não impõe um modelo específico de produção, não faz qualquer sentido manter as amarras de um modelo verticalizado, fordista, na contramão de um movimento global de descentralização. Isolar o Brasil desse contexto global seria condená-lo à segregação econômica.

Não se trata aqui de fazer uma ode à informalidade e um *requiem* das garantias trabalhistas, muito pelo contrário. A flexibilização passa necessariamente por ajustes econômicos, políticos e jurídicos, que resultarão no aumento dos níveis de ocupação e do trabalho formal, que, por conseguinte, trará os desejáveis ganhos sociais. Portanto, é nessa balança entre o ideal – por vezes ideológico e utópico – e o real que o problema se coloca.

Sem trabalho, não há falar-se em direito ou garantia trabalhista. Sem trabalho, a Constituição Social não passará de uma carta de intenções. A garantia contra despedida arbitrária ou sem justa causa e sua indenização compensatória, o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, a irredutibilidade do salário, a garantia de salário mínimo em caso de remuneração variável, o décimo terceiro

ADPF 324 / DF

salário, a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, a proteção do salário contra sua retenção dolosa, a participação nos lucros ou resultados e a participação na gestão da empresa, o salário-família, a jornada não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, a remuneração do serviço extraordinário superior em cinquenta por cento à do normal, o gozo de férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade, proteção da mulher no mercado de trabalho, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, a aposentadoria, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, a proteção em face da automação, o seguro contra acidentes de trabalho, a ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, a proibição de qualquer discriminação ao trabalhador com deficiência, a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores e a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso; tudo isso estará fadado ao esvaziamento se não dermos essa resposta jurídica a um problema econômico e social sistêmico. A rigor, o art. 7º da Constituição não tem vida própria, depende do seu suporte fático: o trabalho.

Assim, a vedação à terceirização de etapas produtivas relacionadas à atividade-fim não passa de um controle artificial, e inócuo, do mercado e das relações trabalhistas. Impõe-se um ajuste jurídico no sentido da eliminação dessa barreira ao crescimento e ao desenvolvimento do mercado e do trabalho, medida que, em vez de enterrar o trabalho, certamente o fortalecerá.

ADPF 324 / DF

“Quem é John Galt?”, indaga-se reiteradas vezes na obra “A revolta de Atlas”, *bestseller* da autora russa Ayn Rand. A narrativa em torno do lendário personagem nos traz algumas reflexões a respeito da importância de se evitarem amarras ao desenvolvimento econômico e faz uma releitura do relacionamento existente entre o trabalho e a riqueza. Cito o seguinte trecho:

“Tente obter alimentos usando apenas movimentos físicos e descobrirá que a mente do homem é a origem de todos os produtos e de toda a riqueza que já houve na Terra. Mas o senhor diz que o dinheiro é feito pelos fortes em detrimento dos fracos? A que força se refere? Não à força das armas nem à dos músculos. A riqueza é produto da capacidade humana de pensar. Então o dinheiro é feito pelo homem que inventa um motor em detrimento daqueles que não o inventaram? O dinheiro é feito pela inteligência em detrimento dos estúpidos? Pelos capazes em detrimento dos incompetentes? Pelos ambiciosos em detrimento dos preguiçosos? O dinheiro é feito – antes de poder ser embolsado pelos pidões e pelos saqueadores – pelo esforço honesto de todo homem honesto, cada um na medida de suas capacidades. O homem honesto é aquele que sabe que não pode consumir mais do que produz. Comerciar por meio do dinheiro é o código dos homens de boa vontade. O dinheiro se baseia no axioma de que todo homem é proprietário de sua mente e de seu trabalho. O dinheiro não permite que nenhum poder prescreva o valor do seu trabalho, senão a escolha voluntária do homem que está disposto a trocar com você o trabalho dele. O dinheiro permite que você obtenha em troca dos seus produtos e do seu trabalho aquilo que esses produtos e esse trabalho valem para os homens que os adquirem, nada mais que isso. O dinheiro só permite os negócios em que há benefício mútuo segundo o juízo das partes voluntárias”.

Propõe-se, assim, uma equalização entre o valor do trabalho e a sua contribuição no processo de desenvolvimento econômico e social,

ADPF 324 / DF

superando-se a orientação marxista que, reitera-se, demoniza o capital e insere o trabalho como uma mera relação de poder e submissão.

Aqui, estamos estabelecendo que o valor jurídico do trabalho seja compatível com o seu valor fático. Só assim superaremos a consagração artificial de direitos trabalhistas, atingindo a valorização do trabalho na medida do seu real valor.

5. Paternalismo e a necessária refundação do Direito e da Justiça do Trabalho

Nelson Rodrigues já dizia que “*subdesenvolvimento não se improvisa; é fruto de séculos*”. Os dilemas que hoje o mercado nos impõe, e que exige que reflitamos a respeito do nosso modelo de direitos sociais, nomeadamente os trabalhistas, são fruto de uma cultura paternalista que se desenvolveu há décadas.

O Direito do Trabalho brasileiro baseia-se em uma premissa de contraposição entre empregador e empregado; na prática, uma perspectiva marxista de luta entre classes. Essa dicotomia é um clássico do chamado *conflito distributivo*. Segundo Thomas Piketty, em seu “O Capital no Século XXI”,

“Já nas sociedades tradicionais, a tensão entre proprietário e camponês, entre aquele que possuía a terra e aquele que a cultivava, entre aquele que recebia os lucros e aquele que os possibilitava, estava no cerne da desigualdade social e de todas as revoltas e rebeliões. A Revolução Industrial parece ter exacerbado o conflito entre o capital e o trabalho, talvez por terem surgido formas de produção mais intensivas no uso de capital (máquinas, recursos naturais etc.) do que no passado ou talvez, também, porque as esperanças de uma divisão mais justa e de uma ordem social mais democrática foram derrubadas”. (*e-book*)

Disso resulta uma demonização do capital, uma ideologia que

ADPF 324 / DF

impregnou até mesmo a feitura do texto constitucional brasileiro nessa matéria. Como destacou Roberto Campos:

“A cultura que permeia o texto constitucional é nitidamente antiempresarial. Decretam-se as conquistas sociais que, nos países desenvolvidos, resultam de negociação concretas no mercado, refletindo o avanço da produtividade e o ritmo do crescimento econômico. A simples expressão *conquista social* implica uma relação adversária, e não complementar, entre a empresa e o trabalhador. Elencam-se 34 direitos para o trabalhador, e nenhum dever. Nem sequer o dever de trabalhar, pois é praticamente irrestrito o direito de greve, mesmo nos serviços públicos. Obviamente, ninguém teve coragem para incluir, entre os ‘direitos fundamentais’, o direito do empresário de administrar livremente sua empresa”. (Roberto Campos, *A utopia social, A lanterna na popa*, v. II, p. 1205)

O contexto é, portanto, de um desequilíbrio entre posições jurídicas que não mais se sustenta, pois a própria premissa de submissão da mão de obra ao capital merece ser revista.

No texto constitucional, os vetores da *valorização do trabalho* e da *livre iniciativa* estão postos, estrategicamente, lado a lado. Estão assim postos enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil, logo no artigo inaugural da Constituição, e como princípios da ordem econômica, no art. 170. Disso resulta um mandamento constitucional de equalização desses vetores, bastante diferente do cenário jurídico paternalista que construímos ao longo dos anos, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988.

O reconhecimento da constitucionalidade da terceirização de atividades inerentes à atividade-fim revela-se como instrumento de equalização dos agentes de mercado envolvidos, atendendo, portando, às diretrizes constitucionais acima citadas.

Logicamente, a prática da terceirização coloca em xeque conceitos basilares do Direito do Trabalho tal qual o conhecemos. Será preciso, portanto, refundar o Direito do Trabalho, instaurando novos pontos de

ADPF 324 / DF

ancoragem ou, no mínimo, reformulando os seus mais fundamentais conceitos. Também a Justiça do Trabalho estará diante do grande desafio de coibir abusos, nomeadamente o uso ardiloso da terceirização como expediente de pulverização da cadeia produtiva com vistas a impedir, em qualquer altura do processo produtivo, que alguma empresa arque com os direitos trabalhistas envolvidos.

No mesmo sentido, a Procuradoria do Trabalho terá que rever os parâmetros de sua atuação. Foi dito da tribuna, pelo ilustre representante da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), que *“se for levada às últimas consequências a pretensão lançada na exordial, necessariamente haverá a interdição virtual da Justiça do Trabalho e de outros órgãos, como o Ministério Público do Trabalho, os auditores fiscais do trabalho, na missão constitucional fundamental de fiscalização, prevenção e repressão às fraudes e às ilicitudes que são cometidas ao longo do estabelecimento de relações trabalhistas”*. Ora, a rigor, do modelo de produção horizontalizado, terceirizado, não decorrem necessária e intrinsecamente fraudes e ilicitudes. Assim, a missão de tais órgãos permanece intacta, apesar de serem necessárias reflexões quanto às suas atuações. No específico caso do Ministério Público do Trabalho, cito a celeuma em torno da responsabilidade do Grupo Guararapes (Riachuelo) por débitos trabalhistas decorrentes da terceirização de atividades da sua cadeia produtiva. O longo embate entre o MPT do Rio Grande do Norte e a Riachuelo ensejou a redução das atividades da empresa naquele estado e culminou com manifestações dos próprios trabalhadores contra a atuação do Ministério Público. Assim, reitero: será preciso repensar as balizas de atuação dos órgãos incumbidos de garantir os direitos do trabalhador, já que o modelo paternalista que se contextualiza com um modelo ultrapassado de produção está fadado à ruína.

É disso que estamos aqui tratando.

Enfim, somos chamados a decidir entre a utopia e a realidade. Tenho reiterado a lição de Peter Häberle no sentido de que a nossa evolução constitucional deve ocorrer entre a *ratio* e a *emotio*, ponderando-se o que Ernst Bloch chamou de *princípio-esperança* com o que Hans Jonas chamou

ADPF 324 / DF

de *princípio-responsabilidade*. (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México D.F: Universidad Autónoma de México; 2001, p. 7)

6. Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido da procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

7. RE 958.252, rel. Min. Luiz Fux

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por CELULOSE NIPO BRASILEIRA S/A (CENIBRA), impugnando decisão do Tribunal Superior do Trabalho que reconheceu como ilegal a terceirização de atividades de florestamento e reflorestamento, por estarem previstas no objeto social da empresa e, assim, serem consideradas com integrantes da sua atividade-fim.

Diante de todas as considerações que teci a respeito do objeto da ADPF 324, reconhecendo que a Constituição não impõe um modelo de produção específico, e que o critério de distinção entre atividade-meio e atividade-fim é inócuo, voto pelo **provimento** do recurso extraordinário.

29/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É muito interessante esse episódio, porque essa empresa, hoje, Presidente, já tem atividades transferidas para o Paraguai, para fazer a mesma coisa que faz no Nordeste do Brasil - exportar roupas para o Brasil. Empresa brasileira, de capital nacional, sediada no país vizinho e bem recebida lá. Portanto, com esse tipo de atividade, por conta dessa hiper-rigidez, ao invés de exportadores de produtos manufaturados, nós estamos nos transformando em exportadores de emprego, Ministro Fux, e importadores de produto fabricado por empresa brasileira no exterior. Realmente é um luxo!

Este é um caso interessante. Acho que é um caso para ser estudado nas escolas e nos cursos de Direito do Trabalho, esse caso da Guararapes, porque os pretensamente protegidos pela ação do Ministério Público do Trabalho se rebelaram e pediram: Deixem-nos com as nossas atividades! Não nos façam felizes à força! É disso que estamos tratando aqui.

Enfim, somos chamados a decidir entre a utopia e a realidade. E a utopia do dirigismo, é bom que se diga, produziu a maior catástrofe do dirigismo estatal de que se tem notícia nos últimos tempos, nos últimos séculos. Deixou uma montanha de cadáveres, uma verdadeira carnificina, com a eliminação de supostos adversários do regime e deixou também uma catástrofe econômica. O atestado está no Leste Europeu, na antiga Cortina de Ferro.

29/08/2018**PLENÁRIO****ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, em jogo se faz jurisprudência pacificada no âmbito da Justiça do Trabalho, pelo menos quanto ao cerne, há 32 anos. Há algo que não ressoa bem. Mas se tem acréscimo a essa premissa.

Versa-se muito a preservação do mercado de trabalho, a intangibilidade dos direitos dos trabalhadores. Todavia, de forma sintomática, tem-se, quer no tocante à arguição de descumprimento de preceito fundamental, quer sob o ângulo do recurso extraordinário, iniciativa não da categoria profissional, mas da econômica. É sintomático!

No primeiro caso, é requerente, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Associação Brasileira do Agronegócio. E não me consta que tenha vindo a Juízo, com essa ação nobre, para ver garantidos direitos dos trabalhadores. O mesmo ocorre, Presidente, em relação ao recurso extraordinário em que recorrente é empresa tomadora de serviços. Logicamente, busca o benefício quanto ao empreendimento econômico, e não a preservação – vamos repetir à exaustão – de direitos dos hipossuficientes, de prestadores de serviços.

Disse, ao votar no sentido de adentrar-se o tema de fundo, ter-se matéria sensível, que coloca em jogo não apenas um verbete da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal Superior do Trabalho, mas o próprio Direito do Trabalho, no que possui peculiaridades que visam beneficiar e não prejudicar, pouco importando o mercado internacional, o trabalhador.

Está-se a julgar situação jurídica no Brasil, segundo as leis brasileiras, especialmente a Constituição Federal, que visam beneficiar e não prejudicar os prestadores de serviços.

A jurisprudência surgiu – e nada surge sem uma causa – em 1986. Estava no Tribunal Superior do Trabalho e contava com assessoria douta. Foi quadra em que se aprovou, enquanto o Tribunal esteve constituído de 17 membros, inúmeros verbetes de Súmula, visando afastar, tanto quanto

ADPF 324 / DF

possível, conflitos de interesse. Contava eu com a assessoria de outrora colega de estudos na Universidade de Brasília, hoje Procuradora-Geral da República, à época Raquel Elias Ferreira, hoje Dodge, ante matrimônio contraído. E, desde 1986, observou-se essa jurisprudência, com retoques no verbete para adequá-lo a normas legais que surgiram, para adequá-lo até mesmo à jurisprudência do Supremo. Afirmei, Presidente, e por isso pronunciei-me no sentido de adentrar-se a matéria de fundo, que se trata de tema sensível – e diria muito sensível – a reclamar, para fulminar dúvidas, a atuação do Supremo. Que a questão tem envergadura constitucional, revelada relevância.

Não cabe potencializar a forma em detrimento do conteúdo, afastando-se a entrega da prestação jurisdicional, quando presentes os elementos necessários ao exame da controvérsia. Firmo, então, premissa: a arguição, tal como formalizada, e o recurso extraordinário não visam beneficiar os prestadores serviços – incide em ledô engano quem conclui de forma diversa.

Firme, Presidente, nessa premissa, rejeito, como já fizeram os Relatores, as preliminares suscitadas pela Procuradoria-Geral da República e pela Advocacia-Geral da União, no sentido da inadmissibilidade da arguição, na esteira, portanto, do pronunciamento do relator, ministro Luís Roberto Barroso.

29/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 324, relator ministro Luís Roberto Barroso, a Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG questiona a compatibilidade, com a Constituição Federal, do padrão interpretativo e decisório adotado pela Justiça do Trabalho em controvérsias judiciais subjetivas atinentes à terceirização de serviços, articulando com a observância, tida por equivocada e excessivamente abrangente, do verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, ante a ausência de previsão legal no sentido de vedar-se a terceirização irrestrita das atividades finalísticas de determinada empresa.

Mediante a interposição do recurso extraordinário nº 958.252, submetido à sistemática da repercussão geral – Tema nº 725 –, relator ministro Luiz Fux, objetiva-se a reforma de acórdão formalizado pela Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a qual, em processo revelador de ação civil pública, deixou de prover agravo de instrumento em recurso de revista protocolado por Celulose Nipo-Brasileira S.A. No pronunciamento, ficou assentado ter o Regional decidido em consonância com o aludido enunciado da Súmula, no que concluiu pela ilicitude da terceirização operada, destacando o propósito fraudulento da transferência da atividade-fim com o fim de reduzir custos da produção, para reconhecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora.

Trazidos ao Plenário para julgamento conjunto, anoto encerrarem ambos os processos matéria sensível a reclamar a atuação do Supremo. Descabe, considerada a envergadura constitucional e a relevância da questão, potencializar a forma em detrimento do conteúdo, afastando-se

ADPF 324 / DF

a entrega da prestação jurisdicional quando presentes os elementos necessários ao exame da controvérsia.

Firme nessa premissa, rejeito as preliminares suscitadas pela Procuradoria-Geral da República e pela Advocacia-Geral da União no sentido da inadmissibilidade da arguição, na esteira do que decidido pelo Relator, ministro Luís Roberto Barroso.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, o extraordinário merece julgamento, consoante reconhecido quando, no denominado Plenário Virtual, o Colegiado, por maioria, assentou configurada a repercussão geral do tema.

Observem as balizas da matéria constitucional submetida à apreciação do Supremo. Descabe analisar, nos casos sob julgamento, a constitucionalidade, em abstrato, das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, no que, alterando regras pertinentes ao trabalho temporário originalmente previstas na Lei nº 6.019/1974, autorizaram a terceirização das atividades-fim exercidas pela empresa tomadora. A propósito, o Tribunal tem encontro marcado com a apreciação, em sede objetiva, da mencionada inovação legislativa, considerada a formalização das ações diretas de nº 5.685, nº 5.686, nº 5.687 e nº 5.695, relator ministro Gilmar Mendes.

Compete ao Plenário perquirir, a partir da análise de processos surgidos em contexto legislativo anterior, se todo o conjunto de pronunciamentos formalizados pela Justiça do Trabalho em demandas judiciais subjetivas atinentes à terceirização de serviços, nos quais observado o teor do verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho – incluído o acórdão atacado por intermédio do extraordinário em jogo –, revela-se compatível com a ordem jurídica constitucional ou se, ao contrário, vulnera preceitos fundamentais.

A adequada compreensão da controvérsia exige ter-se em perspectiva a evolução histórica, no âmbito trabalhista, das bases normativas do instituto da terceirização de serviços, bem assim das instituições judiciárias encarregadas de aplicá-las na solução de casos concretos.

ADPF 324 / DF

Conhece-se a origem do Direito do Trabalho. O Estado, buscando o implemento da justiça social, entendeu que as desigualdades reinantes somente poderiam ser corrigidas com a introdução de distinções em sentido oposto, surgindo, assim, normas jurídicas a assegurarem proteção mínima ao hipossuficiente.

A intervenção estatal seria inócua caso o trabalhador, compelido pelas circunstâncias e vítima de mercado de trabalho impiedoso, pudesse despojar-se dessas garantias. As renúncias seriam constantes, variando ao sabor do maior ou menor escrúpulo empresarial e da oferta de mão de obra. A liberdade de ajuste das condições de trabalho, sem observância de qualquer balizamento legal, acabaria por submeter o empregado a situação pouco harmônica com a almejada solidariedade coletiva. Daí porque repito quantos vezes for necessário: protetivo não é o julgador, mas a própria legislação trabalhista.

Veio, então, a Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 –, em razão da insistência do então ministro do Trabalho, Lindolfo Collor, perante o presidente Getúlio Vargas. Naquele momento, a relação jurídica entre tomador e prestador de serviços era regida pelas normas civilistas. Prevalciam as ideias do Código Civil francês, napoleônico, quanto à liberdade absoluta dos contratantes.

Segundo a lição de Maurício Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2002 p. 418), a primeira manifestação normativa precursora do processo histórico de terceirização ocorreu nos idos da década de 1940, já com a Consolidação das Leis do Trabalho, cujo artigo 455 previu a possibilidade do emprego da força de trabalho de terceiros por meio do instituto da “subempreitada”, alçando-a à condição de exceção à configuração do vínculo empregatício extraível dos artigos 2º e 3º da Consolidação, a pressupor a existência, em especial, dos elementos da pessoalidade e da subordinação direta.

Foi, porém, no âmbito do setor público que a legislação concernente à contratação do trabalho terceirizado ganhou contornos mais bem definidos, já sob a égide do regime de exceção inaugurado em 31 de

ADPF 324 / DF

março de 1964. Em 25 de fevereiro de 1967, o então presidente da República, Humberto Castello Branco, editou o Decreto-Lei nº 200, a versar a organização da Administração Federal, o qual, no artigo 10, § 7º, passou a permitir a descentralização dos encargos administrativos materialmente executivos mediante ajuste de intermediação de mão de obra:

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

[...]

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

Ausente a precisa definição das tarefas e funções passíveis de terceirização pela Administração Pública, publicou-se a Lei nº 5.645/1970, a estabelecer parâmetros por meio da fixação de rol a abranger as práticas que poderiam ser objeto de execução descentralizada – todas, observa Maurício Godinho Delgado, instrumentais, de apoio, meramente executórias, as denominadas “atividades-meio no contexto de serviços executados pelos entes estatais” (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2002, p. 418). Eis o teor do dispositivo:

Artigo 3º

[...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

ADPF 324 / DF

Sobrevindo o período do dito “milagre econômico”, coincidente com os “anos de chumbo” do regime militar – 1969 a 1973 –, no qual o elevado crescimento do Produto Interno Bruto – PIB não se fez acompanhar da esperada redução das desigualdades sociais, a ordem jurídica passou a albergar a possibilidade de terceirização também no âmbito privado, a partir da promulgação da Lei nº 6.019/1974, a dispor sobre o trabalho temporário. De acordo com a dicção legal, a contratação de pessoa jurídica interposta, prestadora de serviço, pela empresa tomadora justificar-se-ia para “atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” – artigo 2º – pelo prazo máximo de três meses, salvo autorização do então Ministério do Trabalho e Previdência Social – artigo 10.

No contexto da redemocratização lenta, gradual e segura promovida a partir do governo de Ernesto Geisel – 1974 a 1979 – e mantida durante o mandato do presidente João Batista Figueiredo – 1979 a 1985 –, autorizou-se, por meio da Lei nº 7.102/1983, a expansão da prática da terceirização, agora em caráter permanente e não mais temporário, alcançadas as empresas particulares especializadas nos serviços de vigilância e transporte de valores no segmento bancário da economia.

Em sede jurisprudencial, frequentemente provocado a manifestar-se em relação ao tema, o Tribunal Superior do Trabalho editou, no ano de 1986, o verbete nº 256 da Súmula, sedimentando entendimento no sentido de restringir-se a possibilidade de terceirização aos casos expressamente previstos nas mencionadas Leis nº 6.019/1974 e nº 7.012/1983. Eis o teor do enunciado:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Sob o signo da globalização, não apenas o Brasil mas também a

ADPF 324 / DF

quase totalidade das nações tidas como subdesenvolvidas experimentaram, na década de 1990, importante influxo de ideário neoliberal, traduzido, em maior ou menor grau, em crescente pressão pela desregulamentação do mercado de trabalho. Em 28 de março de 1994, publicou-se a Lei nº 8.863, a qual veio a ampliar a possibilidade de terceirização das atividades alusivas a serviços de vigilância e transporte de valores para além do âmbito das instituições bancárias.

Nesse contexto, a partir de precedentes e mediante interpretação sistemática da legislação infraconstitucional, o Tribunal Superior do Trabalho revisou a redação do enunciado elaborado em 1986 com a edição do verbete nº 331, reconhecendo a viabilidade de contratar-se, por meio de empresa prestadora, não apenas serviços de conservação e limpeza mas também préstimos ligados à atividade-meio do tomador, uma vez inexistente caráter de pessoalidade e subordinação direta, consoante sustentado por parte da doutrina e tal qual previsto, no âmbito da Administração Pública, desde a Lei nº 5.645/1970. Igualmente, valendo-se do que anteriormente versado no artigo 16 da Lei do Trabalho Temporário – Lei nº 6.019/1974 –, delimitou as balizas da responsabilização decorrente da terceirização ilícita, conforme reiterados pronunciamentos do Justiça especializada. Confirmam o novo texto:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS –
LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO Nº 256.**

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 6019, de 03.01.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que

ADPF 324 / DF

inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.¹

Posteriormente, a Lei nº 8.987/1995 autorizou a terceirização de

1 No ano de 2000, o inciso IV da Súmula 331 foi alterado pela Resolução/TST nº 96 com o intuito de clarificar a extensão da responsabilidade da tomadora de serviços, passando a contar com a seguinte redação:

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)."

Com o julgamento, pelo Supremo, da ação declaratória de constitucionalidade nº 16, relator ministro Cezar Peluso, acórdão publicado no Diário da Justiça de 9 de setembro de 2011, a Resolução/TST nº 174/2011, acrescentou à redação do enunciado os incisos V e VI, além de alterar o inciso IV:

[...]

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

ADPF 324 / DF

atividades inerentes para as concessionárias de serviço público; a de nº 9.742/1997, para as empresas do ramo das telecomunicações, permitindo à concessionária “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados” – artigo 94, inciso II.

Pois bem. Retomando as palavras de Carlos Maximiliano na obra clássica *Hermenêutica e Aplicação do Direito* – originalmente publicada em 1924, mas dotada de inequívoca contemporaneidade –, o que empresta sentido a determinado instituto jurídico é a interpretação, “o desdobrar da fórmula no tempo e no espaço”, razão pela qual importa “sobretudo se jogar com o elemento histórico, o sistemático e os valores jurídicos-sociais”. Ao salientar a relevância do estudo da História do Direito para o exercício da judicatura, prossegue o denominado “príncipe dos juristas pátrios” que “o Direito não se inventa”, revelando-se, ao revés, “um produto lento da evolução, adaptado ao meio”. Assim, consistiria “o Direito atual em reproduções, ora integrais, ora ligeiramente modificadas, de preceitos preexistentes”, sendo, a lei positivada, apenas “o último elo de uma cadeia, como um fato intelectual e moral, cuja origem nos fará conhecer melhor seu espírito e alcance”:

[...] o confronto de disposições vigentes com outras anteriores, paralelas ou análogas, não só evidencia a continuidade, embora progressiva, de ideias e teorias pré-existentes, como também prova que essa perpetuação relativa é a regra; o contraste, a mudança radical aparecem como exceções. Eis porque no passado se encontram ensinamentos para compreender o presente e prever o futuro.

(MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito* (1924). Rio de Janeiro: Forense, 9. ed., 1979, p. 137/138 e 140).

regularmente contratada.

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

ADPF 324 / DF

Longe de ignorar-se a necessidade de a Consolidação das Leis do Trabalho ser interpretada de acordo com a quadra vivida, considerado o mundo globalizado, marcado por altíssima especialização na divisão do trabalho, o estudo da evolução histórica do tratamento conferido à terceirização no Brasil, isto é, “o desdobrar da fórmula no tempo e no espaço”, não deixa margem a dúvidas. Apesar do progressivo aumento das hipóteses de terceirização lícita desde meados do século XX, a regra, perpetuada historicamente, jamais deixou de ser a contratação empregatícia clássica, correndo as exceções à conta de circunstâncias extraordinárias, não obstante flexibilizadas com o passar dos anos: inicialmente, restrita, no domínio das relações privadas, ao regime de contratação temporária; após, circunscrita a determinados segmentos da economia – prestação de serviços de vigilância, transporte de valores, conservação e limpeza – e, alfim, autorizada para a consecução de atividades instrumentais, de apoio, meramente executórias.

À possibilidade de terceirização na prestação de serviços o Direito do Trabalho sempre reservou caráter excepcional – e a exceção, todos o sabem, deve ser interpretada de maneira estrita, especialmente quando envolvidos direitos sociais.

Firme nessa premissa, verifica-se que, ao versar balizas à terceirização da mão de obra, o verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho nada mais fez do que cristalizar longa construção jurídica, gestada tanto em sede legal quanto nos mais diversos âmbitos da Justiça do Trabalho.

Conclusão contrária, aliás, sequer se mostra possível. A edição de enunciado sumular pressupõe a existência de reiterados pronunciamentos judiciais a respeito de certa questão, indicando a solidificação de entendimento.

Daí a inviabilidade de alinhar-se à óptica segundo a qual a Justiça trabalhista atuou à margem da legalidade ao revelar as situações nas quais verificada a licitude da prática da terceirização ao arpejo do previsto na legislação de regência.

Descabe vislumbrar, no padrão interpretativo e decisório adotado

ADPF 324 / DF

pela Justiça do Trabalho – exemplificado no acórdão impugnado por meio do extraordinário de nº 958.252 –, qualquer ofensa direta a preceito fundamental. Eventual equívoco na observância do enunciado reclama a formalização de medidas processuais ordinárias, voltadas a reparar ou evitar lesão decorrente de circunstâncias individualizáveis.

A reforçar essa óptica, percebam ter sido a restrição à terceirização geral e irrestrita reforçada com a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da Constituição a que Ulysses Guimarães chamou de Cidadã, inauguradora de nova quadra republicana, inclusive e especialmente no tratamento diferenciado conferido aos direitos sociais, consagrados não apenas no rol do artigo 7º, mas elevados à condição de fundamento da República e da ordem econômica e social – artigos 1º, inciso IV, 170, cabeça, e 193.

A ampla constitucionalização dos direitos dos trabalhadores, ordinariamente veiculados na legislação, não ocorreu por acaso, sem razão expressiva. O sistema revela preocupação do constituinte com a tutela dos trabalhadores. A proteção deixou de encontrar fonte apenas na disciplina legal e adquiriu envergadura constitucional, mediante a passagem da Consolidação das Leis do Trabalho para a Constituição.

Desse sistema extrai-se o princípio implícito, de hierarquia maior, de proteção ao trabalhador, alicerce do estatuto jurídico-constitucional trabalhista a vincular a atuação dos três Poderes e servir de vetor interpretativo para a solução de controvérsias levadas à apreciação do Judiciário especializado. Eis a baliza hermenêutica a ser observada pelo intérprete, revelando-se a óptica a partir da qual o instituto da terceirização deve ser compreendido.

O Direito não deve fechar os olhos diante da realidade globalizada do mercado de trabalho do início do século XXI, altamente especializado e em constante mutação.

Considerado o estatuto jurídico-constitucional trabalhista, porém, a tradicional restrição jurisprudencial à liberação absoluta da terceirização mostra-se decorrência do próprio princípio da proteção, matriz do Direito do Trabalho, a subsidiar todo o ordenamento jurídico-trabalhista

ADPF 324 / DF

brasileiro.

Conforme síntese apresentada, em sede doutrinária, por Ricardo José Macêdo de Britto Pereira, “os terceirizados são, em geral, trabalhadores que desfrutam de salários mais baixos e condições de trabalho desfavoráveis”:

[...]

A terceirização abala aspectos essenciais da CLT, como a subordinação e a pessoalidade diretas. Inverte a regra geral da indeterminação do prazo contratual, para consagrar a temporalidade. A rotatividade muitas vezes inviabiliza o gozo das férias. Os sindicatos de terceirizados desfrutam de menores condições de mobilização e reivindicação. As estatísticas dos acidentes de trabalho indicam que sua incidência aumenta nas hipóteses de terceirização.

(PEREIRA, Ricardo José Macêdo Britto. *Terceirização, a CLT e a Constituição*. Disponível em: <http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com/2013/>. Acesso em 20 de agosto de 2018).

A partir do rol de direitos sociais contido nos artigos 7º e seguintes da Constituição Federal, a literatura há muito sustenta, com base em dados empíricos, a vulneração de diversas garantias dos trabalhadores em virtude da dissociação entre a relação econômica de trabalho e o vínculo empregatício correspondente, considerado o fato de o trabalhador, apesar de inserido no processo de produção da empresa tomadora de serviços, não ser empregado desta, mas, sim, da entidade intermediadora (DELGADO, Gabriela Neves *et al.*). *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2015).

A dispensa de tratamento inferior aos terceirizados – a qual, à míngua de evidências em sentido contrário, surge como regra geral no caso brasileiro – mostra-se incompatível com a garantia da isonomia remuneratória em sentido amplo prevista no inciso XXX do artigo 8º da Constituição Federal, reforçada pela Declaração Universal dos Direitos

ADPF 324 / DF

Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas – ONU, cujo artigo 23, § 2º, possui a seguinte redação: “Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho”.

Consoante bem explicitado por Maurício Godinho Delgado, a terceirização, “se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho”, ocasionando indesejado rebaixamento do “modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país” (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2017, p. 543/544).

Também no plano do Direito Coletivo do Trabalho, a imposição de limites à terceirização justifica-se no relevante papel reservado, pela Constituição Federal, à liberdade de reunião e sindicalização, instrumentos fundamentais à obtenção de melhoria das condições sociais dos trabalhadores rurais e urbanos – artigos 7º, cabeça, e 8º.

O terceirizado, observem, não integra a categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa tomadora, mas sim aquela exercida pela prestadora de serviço, constituindo grupo heterogêneo de representação, destituído, via de regra, de poder de reivindicação. A este fenômeno Lorena Vasconcelos Porto chama “apartheid sindical”, descrevendo-o nos seguintes termos:

Esse verdadeiro apartheid sindical, induz a grave déficit de efetividade do direito fundamental à liberdade sindical e a mecanismos de conquista coletiva de melhoria de condição social do trabalhador, como a negociação coletiva e a greve. Nas empresas tomadoras, a mera possibilidade de terceirizar todas as atividades empresariais, em substituição ao emprego direto, já constitui ameaça permanente de desemprego ou de emprego terceirizado, de baixa qualidade, fator de enfraquecimento do poder de organização coletiva e de reivindicação sindical.

A fragmentação da mão-de-obra ocasionada pela terceirização desestrutura e enfraquece os sindicatos e as demais formas de organização coletiva dos trabalhadores, o que

ADPF 324 / DF

gera um rebaixamento nas condições de trabalho. Isso porque os sindicatos exercem um papel de extrema relevância, não apenas na conquista de novos direitos trabalhistas, mas também na garantia do efetivo cumprimento dos direitos previstos nas leis e nas normas coletivas.

(PORTO, Lorena Vasconcelos. *A Terceirização na Reforma Trabalhista e a Violação às Normas Internacionais de Proteção ao Trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região: Belo Horizonte, v. 63, n. 96, jul./dez. 2017, p. 177).

A título exemplificativo, atentem para a garantia dos trabalhadores de “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”, prevista no inciso XI, artigo 7º, da Constituição Federal, compreendida como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e de incentivo à produtividade.

Uma vez que a participação nos lucros ou resultados é objeto de negociação entre empregador e empregados – artigo 2º da Lei nº 10.101/2000 –, tem-se injustificada discriminação, no ambiente da mesma empresa e consideradas as mesmas atividades, entre os trabalhadores contratados pela via direta e os submetidos ao regime da terceirização – alijados do acordo coletivo, porquanto vinculados a outra categoria.

Há mais: a par de debilitar as demandas e reivindicações voltadas à obtenção de melhorias das condições de trabalho, a exclusão do trabalhador da categoria econômica ligada à atividade do beneficiário final da mão de obra – a empresa tomadora – produz outro efeito danoso nada desprezível: a desintegração da identidade coletiva dos trabalhadores mediante o enfraquecimento dos laços de pertencimento. Como anota Renata Queiroz Dutra:

[...] os trabalhadores terceirizados não possuem uma vinculação espaço-temporal com o empregador ou o tomador final dos serviços, nem com os próprios colegas de trabalho. A conjectura de coexistirem trabalhadores de diferentes “categorias” gera hierarquização entre os obreiros, implicando

ADPF 324 / DF

desmerecimento e discriminação dos precários pelos próprios trabalhadores formais. Os uniformes, os crachás de identificação e até os refeitórios utilizados pelos terceirizados são distintos dos trabalhadores centrais, fazendo com que os precários se afirmem, dentro dos próprios estabelecimentos para os quais trabalham, como subcategoria.

(DUTRA, Renata Queiroz. Direitos fundamentais à proteção da subjetividade no trabalho e emancipação coletiva. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo Britto (Orgs.). *Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: Ed. LTr, 2014, p. 221.

Voltando ao domínio internacional, vale mencionar a Recomendação nº 198/2006 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a versar a conveniência de, no domínio das políticas nacionais, os países membros definirem normativamente “indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho”, sublinhando a integração do trabalhador na organização da empresa, a pessoalidade na prestação do serviço contratado e a garantia da continuidade do vínculo no tempo – item 13.a. Cuidam-se de elementos fundamentais incompatíveis com a irrestrita terceirização de serviços.

Reforça tal compreensão o previsto na Convenção/OIT nº 155 – internalizada pelo Decreto nº 1.254/1994, que, ao dispor sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, prevê a necessidade de “cooperação entre os empregadores e os trabalhadores ou seus representantes na empresa” como elemento essencial na organização empresarial – artigo 20 –, princípio cuja observância encontra importante óbice em locais profundamente marcados pela terceirização da mão de obra.

Na busca da excelência na prestação jurisdicional, o magistrado, encarnando a figura do Estado-juiz, deve ter atuação norteadada pelos princípios gerais do Direito e, mais especificamente, do Direito do Trabalho, considerada a própria história da legislação protetiva, sob pena

ADPF 324 / DF

de subverter-se aquilo que é o fundamento e a razão de ser da Justiça trabalhista.

Muito já se caminhou no sentido da melhoria das condições gerais do trabalho e da fixação da remuneração mínima, mas ainda é patente a desigualdade econômica em comparação com o empregador, agravada pelo excesso de mão de obra e escassez de emprego. Tendo em vista a temática afeta à terceirização de serviços, não pode o julgador afastar-se do que é mais próprio ao Direito do Trabalho, ou seja, a disparidade jurídica na qual se encontram as partes contratantes, ante as particularidades de cada situação e o momento vivido.

Em razão da gravidade das implicações do entendimento a ser adotado pelo Supremo e limitando-me ao que versado nos processos em exame, concluo no sentido de reconhecer-se a compatibilidade, não só com a Constituição Federal mas também com a tradição jurídica da legislação protetiva no Brasil, do verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho e, por consequência, dos pronunciamentos judiciais formalizados em demandas subjetivas que dele se utilizam para, na busca pela almejada realização da Justiça, dar a cada um o que lhe é devido.

A quadra é verdadeiramente ímpar, considerada a edição das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, a introduzirem a denominada “reforma trabalhista” por meio de profundas modificações no corpo da Lei nº 6.019/1974 e na Consolidação das Leis do Trabalho.

No momento oportuno, haverá o Supremo de enfrentar a matéria com a verticalidade imposta pela função de guarda da Constituição, levando em conta, de um lado, a realidade do atual mercado de trabalho e, de outro, o objetivo maior de justiça social, observados os princípios da proteção, da irrenunciabilidade dos direitos, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-fé.

Conheço do recurso extraordinário nº 958.252 e o desprovejo. Admito a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 324 e julgo improcedente o pedido nela formulado, assentando a compatibilidade, com a Constituição Federal, do verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho e, conseqüentemente, do

ADPF 324 / DF

padrão interpretativo e decisório adotado pela Justiça do Trabalho que do enunciado se valha para restringir, em controvérsias subjetivas, a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, ressalvada a formalização de medidas processuais ordinárias voltadas a reparar ou evitar eventual lesão decorrente de circunstâncias individualizáveis.

29/08/2018**PLENÁRIO****ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vou repetir, o verbete data de 1986. Não julguei, Presidente, visando guardar a Constituição Federal, um único recurso extraordinário com abordagem do tema de fundo, mas, de repente, descobre-se que tudo está errado.

Aliás, o leigo acha mesmo que tudo está errado, inclusive o Supremo, deixando de observar que as instituições pátrias vêm funcionando, as instituições em geral. O próprio Supremo, na vitrine, é alvo do estilingue, mas paciência. Ocupo cadeira vitalícia para atuar com desassombro. Não ocupo cadeira voltada a relações públicas. Judicatura é opção de vida, é renúncia a visões apaixonadas.

Não se pode potencializar, em Direito – porque, em Direito, o meio justifica o fim, e não o fim o meio –, visão modernista que se tenha, empolgando-se, a mais não poder, a concorrência internacional – a qual não se equivale à Lei das leis, a Constituição Federal. O Brasil há de observar, de forma irrestrita, a Constituição Federal.

E não é demais ressaltar Rui, na dicção segundo a qual fora da lei não há salvação. Não sei o que haverá amanhã. Se o guarda maior da Constituição Federal, o Supremo, vier a fechá-la para decidir a partir de ideia futurista, visando colocar o Brasil, da noite para o dia, entre as nações plenamente desenvolvidas, atuará em prejuízo do mercado de trabalho, dos direitos sociais, da proteção que encerra, acima de tudo, a Constituição Federal.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO - ABAG

ADV.(A/S) : TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (22129/PR)

ADV.(A/S) : MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO (15348/PR)

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (0020016/DF, 20016/DF, 91152/RJ)

AM. CURIAE. : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE

ADV.(A/S) : PERCIVAL MENON MARICATO (42143/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DE SERVICOS - CNS

ADV.(A/S) : ANTONIO CARLOS VIANNA DE BARROS (39219/DF, 1420-A/RJ, 17663/SP)

AM. CURIAE. : ABNT - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELESSERVICOS

ADV.(A/S) : CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (34238/DF, 96073/RJ)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS A TERCEIROS, COLOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE MÃO DE OBRA, TRABALHO TEMPORÁRIO, LEITURA DE MEDIDORES E ENTREGA DE AVISOS DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDEEPRES

ADV.(A/S) : ALMIR PAZZIANOTTO PINTO (130503/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO - ANPT

ADV.(A/S) : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS (5939/DF)

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : FORCA SINDICAL

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : CENTRAL DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS DO BRASIL - CTB

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : NOVA CENTRAL SINDICAL DOS TRABALHADORES - NCST

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, Associação Brasileira do Agronegócio - ABAG, a Dra. Teresa Arruda Alvim; pela Procuradoria-Geral da República, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Telesservicos - ABT, o Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto; pelo *amicus curiae* Central Brasileira do Setor de Serviços - CEBRASSE, o Dr. Flávio Henrique Unes Pereira; pelos *amici curiae* Central Única dos Trabalhadores - CUT, Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil - CTB, Força Sindical

- FS e Nova Central Sindical dos Trabalhadores - NCTS, o Dr. José Eymard Loguércio; e, pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT, o Dr. Gustavo Teixeira Ramos. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 16.8.2018.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou a preliminar de invalidade da procuração, e, por maioria e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares: i) de que, indiretamente, estar-se-ia tentando impugnar um Enunciado da Justiça do Trabalho, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski; ii) de ausência de subsidiariedade, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber; iii) de perda de objeto por superveniência de lei, vencidos o Ministro Edson Fachin, que propunha o sobrestamento do feito, a Ministra Rosa Weber, que julgava pela perda do objeto, e o Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o Ministro Edson Fachin pelo sobrestamento do feito; iv) e de ilegitimidade ativa *ad causam*, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente). No mérito, após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que julgava procedente a arguição, assentando a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, o julgamento foi suspenso. Plenário, 22.8.2018.

Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, que acompanhavam o Relator, julgando procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que a julgavam improcedente, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.8.2018.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, que acompanhava o Relator, julgando procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e o voto do Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.8.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

30/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhora Presidente, para acompanhar os votos proferidos pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO (ADPF 324/DF) e pelo eminente Ministro LUIZ FUX (RE 958.252/MG).

É o meu voto.

30/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Também vou iniciar atentando a que - como, aqui, já enfatizado, em especial, pelo Ministro Roberto Barroso, logo no início do seu voto -, não se cuida de uma discussão entre progressistas e reacionários, mas saber qual é a forma mais progressista de se assegurar empregos, os direitos dos empregados, e o desenvolvimento econômico, tidos como princípios constitucionais e, principalmente, os direitos dos trabalhadores num momento tão grave da história nacional, em que temos, aproximadamente, mais de 13 milhões de desempregados, e quase 40 milhões de trabalhadores na informalidade.

Portanto, o que estamos a decidir é como garantir os direitos dos trabalhadores, como garantir maior eficácia à norma principiológica do art. 170, VIII, da Constituição, ao afirmar que a busca do pleno emprego é um dos princípios a serem concretizados a partir do modelo constitucional adotado em 1988.

Mudou o mundo, mudaram as formas de negócios, mudaram as formas de se dar concretude ao princípio da livre iniciativa; não mudaram os direitos dos trabalhadores, não mudou a valorização do trabalho.

Lembro e considero que, a fala do Papa João Paulo II, em sua encíclica, do início da década de 80, sobre o trabalho, no qual afirmava ser o trabalho uma das características que distinguem o homem do resto das criaturas e somente o homem tem a capacidade para o trabalho, e o realiza preenchendo e aperfeiçoando, ao mesmo tempo, com ele, a sua existência sobre a Terra.

É a marca particular do ser humano, por isso, a Constituição Brasileira, desde 34 - como agora, assinalado também pelo Ministro Celso de Mello -, tornou-se objeto e matéria cuidada constitucionalmente.

Peço vênias aos Ministros que votaram divergindo dos Ministros-

ADPF 324 / DF

Relatores, mas não me convenço de que o que aqui está em discussão é a terceirização como uma forma de precarização de direitos, de desvalorização do trabalho, o que levaria a terceirização a ser considerada uma forma de degradação de direitos sociais fundamentais, e, portanto, não poderia ser aceita como válida.

Se, ao terceirizar determinada atividade, se deitarem por terra a proteção constitucional dos direitos do trabalhador, tenho que, inegavelmente, haveria uma contrariedade óbvia à Constituição. Entretanto, como foi posta nos votos que acompanharam os Ministros-Relatores, a garantia da busca do pleno emprego, constitucionalmente assegurada, não está afrontada pela terceirização, por si só, nem leva à precarização do trabalho.

A garantia dos postos de trabalho não está em jogo. Há uma outra forma de se pensar como se dar cobro a esta situação de ter mais postos de trabalho, com maior especialização e garantia de igualdade entre aqueles que prestam serviços, sendo contratados de forma direta, sendo contratados de forma terceirizada.

A relação jurídica, calcada nos princípios e regras constitucionais garantidores dos trabalhadores é que não podem ser descumpridos, como agora enfatizado pelo Ministro Celso de Mello e já tinha sido também enaltecido em algum dos outros votos antes prolatados. E, portanto, a questão não é de descumprimento de leis vigentes - especialmente das normas constitucionais -, porque qualquer abuso haverá de ser coartado e os direitos constitucionais haverão de ser resguardados, até mesmo pelo Poder Judiciário, que tem a obrigação de assim proceder.

Ou seja, a relação jurídica que se estabelece com o emprego é que garante, na maioria das vezes, o trabalho. E romper o vínculo jurídico do trabalhador com a empresa, que poderia levá-lo, na compreensão de alguns, a tornar-se mero fator de produção, atentaria contra o valor social do trabalho e contra a dignidade humana. Contudo, não é a terceirização que leva a isso, pois com a proibição da terceirização nós teríamos talvez uma possibilidade de as empresas deixarem de criar postos de trabalho e, portanto, aumentar a condição de não emprego, e o não emprego é uma

ADPF 324 / DF

das formas de indignidade maior contra aquele que está em condição de trabalhar, precisa do emprego, procura o emprego, e faz com que o seu trabalho dê sentido a sua vida.

Não tenho dúvida, portanto, que a precarização do trabalho e a inviabilização da busca do pleno emprego contrariam a Constituição. O que não me convence é que a terceirização das atividades de uma empresa contrariaria os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, conforme aqui já foi demonstrado inúmeras vezes. A escolha de qualquer modelo negocial indutor à livre concorrência não pode, por certo, ser aceito. Mas insisto: todo abuso a direitos, toda a contrariedade ao direito, especialmente quanto aos valores do trabalho, tem formas de ser questionado e haverá de contar com essas formas e instrumentos para que não se mantenha situação contrária ao Direito, portanto, ilícita.

Se não permitir a terceirização garantisse, por si só, o pleno emprego, nós não teríamos o quadro brasileiro que temos nos últimos anos, com esse número de desempregados; e isso é que afronta a dignidade de todo aquele que, precisando, procura um emprego e não o encontra, e não encontra muitas vezes qualquer forma de trabalho digno e dignificante.

Conforme afirmado em alguns dos votos aqui já proferidos, a terceirização não é por si só a causa da precarização do trabalho, nem viola por si a dignidade do trabalho. E, se isso acontecer, como agora mais uma vez enfatizado pelo Ministro Celso de Mello, há para isso mesmo o Poder Judiciário a acudir para esses abusos não prevalecerem.

Peço vênias aos ministros que divergiram, a partir do voto do Ministro Edson Fachin, o profundo voto da Ministra Rosa Weber, sobre o tema, e dos Ministros Lewandowski e o Marco Aurélio, porém, convencem-me as razões que levaram o Ministro Roberto Barroso a julgar procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental e do Ministro-Relator Luiz Fux ao dar provimento ao recurso extraordinário na forma por ele apresentada.

Voto no sentido de acompanhar o Relator, com as vênias da

ADPF 324 / DF

divergência.

30/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ouço o advogado.

O SENHOR MAURO DE AZEVEDO MENEZES (ADVOGADO) - Agradeço a palavra, Senhora Presidente, e venho à tribuna exclusivamente para suscitar a questão de que parece haver, *data venia*, uma antinomia entre as teses da ADPF e do recurso extraordinário, haja vista que na tese exprimida pelo eminente Ministro-Relator da ADPF, há uma menção explícita de competir à contratante a responsabilidade subsidiária pelo descumprimento das normas trabalhistas. Esse é o tópico específico do inciso VI da Súmula 331, que, segundo a tese exposta pelo eminente Relator do recurso extraordinário, restaria proclamada a sua inconstitucionalidade. Daí porque essa aparente antinomia me parece, assim como, qual seria a parte do inciso IV que estaria sendo suprimida? E qual seria a parte que sobreviveria?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Inciso IV ou V?

O SENHOR MAURO DE AZEVEDO MENEZES (ADVOGADO) - Os dois incisos, Senhor Ministro. O inciso IV trata especificamente do tema ao dizer:

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

Já o inciso VI proclama que:

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

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -Eu vou ouvir o Ministro-Relator; porém, faço apenas um esclarecimento a Vossa

ADPF 324 / DF

Excelência e a todos os advogados.

A tese de repercussão geral é a que se extrai e põe em votação. Alguns Ministros, especialmente o Ministro Roberto Barroso, muito cuidadoso nos seus votos, ao final, fazem uma súmula à guisa de uma tese, mas que nem é colocada em votação por ser apenas o relato que se faz, e o voto que se dá. Essa tese não é votada; portanto, qualquer dúvida que se tenha sobre o entendimento do voto exarado, que foi o voto vencedor, no sentido de que a maioria o acompanhou, pode ser objeto eventual de questionamento para fins de esclarecimento de alguma obscuridade, mas não há tese em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Razão pela qual o que nós votamos aqui foi uma tese, a que se extrai da repercussão geral, como posto na Constituição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, uma breve consideração. Eu tenho para mim, e acho isso muito importante, que as decisões nas ações constitucionais diretas têm efeito vinculante e *erga omnes*. De modo que Vossa Excelência tem toda razão, a lei, de fato, não exige nem prevê a elaboração de tese. Porém, tenho o hábito de assim proceder porque os tribunais inferiores, para aplicarem uma tese vinculante, precisam saber qual foi a exata *ratio decidendi* do caso.

Antes de estar aqui, eu tive a honra de advogar perante o Tribunal; e, em mais de uma ocasião, mais de um Ministro já destacou isso, o Ministro Gilmar Mendes já destacou isso e outros Colegas, às vezes você lê um voto ou um acórdão que é produzido por votos agregativos sem que saiba exatamente qual foi a tese consensual que uniu a todos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -Por isso é que expliquei.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Eu entendi, Vossa Excelência explicou com muita clareza. Por essa razão eu tenho esse hábito e o considero importante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu acho que é um ótimo hábito. Por isso eu disse a ele, porque ele explicou como se tivesse antinomia entre teses.

ADPF 324 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Vossa Excelência tem toda razão, não há antinomia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E aí apenas estou explicando, a tese que é votada é a da repercussão geral como extraída.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Vossa Excelência tem toda razão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por isso mesmo dei a palavra a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Mas eu, de fato, explicitarei com caráter vinculante esta proposição, que não é, todavia, uma tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhora Presidente, eu também, no item 24 da ementa, deixei de forma clara: *"É aplicável às relações jurídicas preexistentes a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviço, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta, mercê da necessidade de se evitar o vácuo normativo resultante da insubsistência da Súmula 331"*.

Então, no contexto do voto, está mais do que assentada a responsabilidade subsidiária, que, aliás, seria até dispensável, porque está prevista na lei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso foi enfatizado em vários votos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A tese deve ser entendida à luz da conclusão do voto, é nesse sentido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por isso que eu disse que qualquer dúvida, obscuridade ou contradição haverá de ser nos embargos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Portanto nós estamos sanando, na linha da preocupação do doutor Mauro, a dúvida que tinha. Existe responsabilidade subsidiária.

ADPF 324 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Até porque nos votos constam, tanto dos relatores quanto de vários votos que foram pronunciados, dando sequência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhora Presidente, nós poderíamos até adotar uma tese minimalista, tendo em vista o objeto do meu recurso extraordinário, no sentido de que é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho em pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas. Posso parar aí, porque, no item anterior, eu já assentei a responsabilidade subsidiária.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Se me permite, Senhora Presidente. Eu me lancei vencida e não quis polemizar, mas eu tinha pedido a explicitação exatamente porque, pelo que eu ouvi dos votos vencedores, há um reconhecimento pelo menos de responsabilidade subsidiária. E, na tese proposta, está sendo afirmada a inconstitucionalidade do item da Súmula 331 que afirma a responsabilidade subsidiária. Se é inconstitucional...

Com todo o respeito, eu não queria polemizar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência atentar a isso e estiverem de acordo os Senhores Ministros para ficar nessa tese...

Ministro Fux, Vossa Excelência poderia esclarecer? Porque, se for o caso, consulto os Ministros que votaram se reafirmam o voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu acho que poderia ficar: "*É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária prevista na Lei nº 13.429/2017*".

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Nós nos comprometemos de não estarmos nos pronunciando ainda sobre a lei. Eu sugeriria: "(...) Mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante".

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Está bom.

ADPF 324 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nós temos um outro encontro com o tema.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Há uma ADI.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Essa preocupação foi inclusive expressa pelo eminente Decano.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Está claro no voto. Então, fica mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

O SENHOR ADVOGADO - Formada a maioria e já definida uma tese, como se aplica aos processos em curso, há também - estamos arguindo - a necessidade de modulação para que não se atinja, por exemplo, coisa julgada, ou que não se reabra toda essa discussão em matéria de ações rescisórias, enfim, que levaria à uma insegurança jurídica. Portanto, há necessidade de um segundo enfrentamento para a modulação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nós temos adotado como parâmetro que, não tendo havido pedido, e até para haja esclarecimento perfeito dos Ministros ao julgar um pedido de modulação, se for o caso, venham nos necessários embargos. É assim que temos procedido e, no meu entendimento, é mais adequado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Com todas vênias a Vossa Excelência, sei que já praticamos dessa forma em uma outra vez, mas isso prolonga desnecessariamente os processos.

Eu já abordei essa questão expressamente em meu voto, eu gostaria de explicitar, independentemente dos embargos de declaração. Eu acho que não alcança a coisa julgada, portanto, a decisão que estamos produzindo não afetará os processos, em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Evidentemente, mesmo havendo coisa julgada, se não tiver passado o prazo decadencial, pode caber ação rescisória. Sobre isso, não estou me manifestando, mas a minha decisão não afeta as coisas julgadas já constituídas, quanto ao mais, produz todos os efeitos em sua plenitude.

ADPF 324 / DF

Pois não, Ministro Celso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- E, às vezes, há complexidades não enfrentadas e que precisam ser consideradas para fins de modulação de efeitos temporais; outras vezes, a desnecessidade da modulação, ou a necessidade, afigura-se evidente.

Eu penso que, quando se afigura evidente, nós podemos decidir prontamente; quando exige considerações mais complexas, a Presidente, e com toda a razão, tem pedido que venha em embargos de declaração.

Portanto, são situações...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Até porque nós tivemos decisões aqui, em que nós modulamos e, depois, chegamos à conclusão de que as consequências e todos os dados para que possamos sabê-las não estavam presentes no processo.

O caso mais célebre foi o da Fundação Chico Mendes, que, exatamente depois de uma decisão, tivemos de voltar atrás imediatamente por ausência desses dados. Por isso, o Supremo, a partir daí, tem-se encaminhado majoritariamente no sentido que indiquei. Contudo, Vossa Excelência, como Relator, tem a clareza de que é um ponto só e que atingiria igualmente. Eu ouvirei, na sequência, os Senhores Ministros. É que os advogados voltaram à tribuna depois da proclamação e da aceitação da tese, então, ouço todos igualmente.

O SENHOR CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (ADVOGADO)

- Apenas a propósito do tema da coisa julgada, há aspectos importantes a serem esclarecidos, como, por exemplo, a pertinência da aplicação do art. 884, § 5º, da CLT, que positiva o instituto da inexecutabilidade da coisa julgada inconstitucional. Há a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória no...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Sob esse aspecto que o doutor Cláudio está sustentando, houve o advento do novo Código de Processo Civil, que resolveu essa questão, porque havia uma séria

ADPF 324 / DF

dúvida entre a inexigibilidade e a coisa julgada. Então, o atual art. 525, § 12, que trata exatamente daquela possibilidade de impugnação da decisão por declaração posterior de inconstitucionalidade da lei...

O SENHOR CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (ADVOGADO) - Excelência, inclusive em controle difuso. Então, não é possível estabelecer...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É controle difuso, mas veja o que diz o Código. Poderão ser moduladas as decisões:

"§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12" - que é o controle concentrado ou difuso - "deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda".

É claro, não há impossibilidade de ação rescisória.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro Fux, está feita a proposta, eu acho, de modulação de efeitos.

O SENHOR CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (ADVOGADO) - É que ainda tem o problema das ações revisionais, ainda tem o problema das decisões transitadas em julgado que estabelecem obrigações para o futuro. Há decisões, por exemplo, que proíbem empresas de contratar serviços terceirizados, não se limitam a reconhecer o vínculo, elas se projetam para o futuro. Então, há uma série de questões que precisariam ser ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Já ouvi os advogados, agradeço a colaboração.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Presidente, como Relator, eu estou explicitando que a nossa decisão - e penso que o Ministro Fux pensa igual - não afeta decisões transitadas em julgado. Todas as outras consequências suscitadas da tribuna, essas não foram abordadas e aí, se quiserem e se for cabível uma explicitação disso em ação direta, nós o faremos em embargos de declaração.

30/08/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324
DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Eu não estou modulando. Penso que não há nenhuma modulação a ser feita aqui, nem mesmo em relação à coisa julgada, porque meu voto explicitou que a coisa julgada não está abrangida. Portanto, não estou modulando.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Vossa Excelência não está modulando? Apenas esclarecendo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Isso. Agora, se houver - não estou dando trânsito em julgado à minha decisão de não modular -, embargos de declaração, e alguma questão...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Então, Ministro, neste caso, porque, tal como Vossa Excelência inicialmente expôs, até cheguei a tomar voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Não, era uma explicitação. Como o Ministro Celso observou, Presidente, a questão de a coisa julgada estar excluída já estava decidida. E, portanto, eu não estou modulando para nada, só explicito que a coisa julgada não é alcançada.

#

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO - ABAG

ADV.(A/S) : TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (22129/PR)

ADV.(A/S) : MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO (15348/PR)

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (0020016/DF, 20016/DF, 91152/RJ)

AM. CURIAE. : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE

ADV.(A/S) : PERCIVAL MENON MARICATO (42143/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DE SERVICOS - CNS

ADV.(A/S) : ANTONIO CARLOS VIANNA DE BARROS (39219/DF, 1420-A/RJ, 17663/SP)

AM. CURIAE. : ABNT - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELESSERVICOS

ADV.(A/S) : CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (34238/DF, 96073/RJ)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS A TERCEIROS, COLOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE MÃO DE OBRA, TRABALHO TEMPORÁRIO, LEITURA DE MEDIDORES E ENTREGA DE AVISOS DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDEEPRES

ADV.(A/S) : ALMIR PAZZIANOTTO PINTO (130503/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO - ANPT

ADV.(A/S) : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS (5939/DF)

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : FORCA SINDICAL

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : CENTRAL DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS DO BRASIL - CTB

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

AM. CURIAE. : NOVA CENTRAL SINDICAL DOS TRABALHADORES - NCST

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, Associação Brasileira do Agronegócio - ABAG, a Dra. Teresa Arruda Alvim; pela Procuradoria-Geral da República, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Telesservicos - ABT, o Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto; pelo *amicus curiae* Central Brasileira do Setor de Serviços - CEBRASSE, o Dr. Flávio Henrique Unes Pereira; pelos *amici curiae* Central Única dos Trabalhadores - CUT, Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil - CTB, Força Sindical

- FS e Nova Central Sindical dos Trabalhadores - NCTS, o Dr. José Eymard Loguércio; e, pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT, o Dr. Gustavo Teixeira Ramos. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 16.8.2018.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou a preliminar de invalidade da procuração, e, por maioria e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares: i) de que, indiretamente, estar-se-ia tentando impugnar um Enunciado da Justiça do Trabalho, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski; ii) de ausência de subsidiariedade, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber; iii) de perda de objeto por superveniência de lei, vencidos o Ministro Edson Fachin, que propunha o sobrestamento do feito, a Ministra Rosa Weber, que julgava pela perda do objeto, e o Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o Ministro Edson Fachin pelo sobrestamento do feito; iv) e de ilegitimidade ativa *ad causam*, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente). No mérito, após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que julgava procedente a arguição, assentando a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, o julgamento foi suspenso. Plenário, 22.8.2018.

Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, que acompanhavam o Relator, julgando procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que a julgavam improcedente, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.8.2018.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, que acompanhava o Relator, julgando procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e o voto do Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.8.2018.

Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente

decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário