

Voto Vogal

O Senhor Ministro Edson Fachin: Trata-se do julgamento conjunto das ADIs de nº 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735. As ações sustentam a inconstitucionalidade da Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 que tratam da terceirização e do trabalho temporário.

O tema foi recentemente discutido no Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento da ADPF 324 e do RE 958252. Julgamento este em que fiquei vencido, juntamente com os ilustres colegas: Ministra Rosa Weber, Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Marco Aurélio;

Destaco trecho de voto vencido da Ministra Rosa Weber:

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 cancelar, 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 . Essa fraude implica não apenas afronta a dois dos cinco fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho , mas também ofensa aos direitos sociais da coletividade dos trabalhadores e à organização geral do trabalho como um todo.

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 Britto, 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 tem 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, emprestando-lhes interpretação incompatível com seus fins.

Ressalto também trecho do voto vencido do Ministro Marco Aurélio:

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 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).

Destaco ainda parte do voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski:

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.

Delgado 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 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 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 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 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 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.

Nas palavras de Delgado:

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 na intensidade das jornadas, e, ainda, o enfraquecimento de relações de cooperação e solidariedade entre seus pares.

Por fim, trago o voto vogal por mim proferido na oportunidade:

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 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. 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 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 elaticendo 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 resultados [produto ou serviços], redução dos custos, maior competitividade [inclusive perante o mercado estrangeiro], maior participação no mercado de consumo, consequentemente 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 DOUTRINA PRECEDENTES POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO, MEDIANTE ADPF, DE DECISÕES JUDICIAIS, DESDE QUE NÃO TRANSITADAS EM JULGADO CONSEQUENTE O PONIBILIDADE 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 DOUTRINA RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(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 arguição de descumprimento de preceito fundamental.

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.

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.

Cumpre, 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 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 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 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.

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 expresso, 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.

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 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 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.

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.

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.

Apesar da menção às diversas realidades internacionais de descentralização do trabalho humano, como um inexorável caminho do qual a realidade brasileira não deverá dezoar, 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 pejetização, 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 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 destoia 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.

É possível perceber, pelo voto do relator destas ADIs, bem como pelo que foi aqui ressaltado das divergências na oportunidade do julgamento da ADPF 324 e do RE 958252, que a matéria foi e é objeto de grande debate neste Tribunal. Vencido na oportunidade anterior, mantenho meu entendimento. Ainda que o Tribunal já tenha decidido o tema anteriormente, pela natureza e relevância do assunto, respeitosamente dirijo do Relator.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/02/2021