

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por meio das ações diretas de nº 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, relator ministro Gilmar Mendes, questiona-se a compatibilidade, com a Constituição Federal, da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, no que, alterando regras pertinentes ao trabalho temporário originalmente previstas na Lei nº 6.019/1974, autorizou a terceirização das atividades-fim exercidas pela empresa tomadora.

Trazidos ao Plenário para julgamento conjunto, encerram os processos matéria sensível a reclamar a atuação do Supremo, afetando diretamente as relações trabalhistas, em quadra marcada por grave e renitente crise econômica, agravada por outra ainda mais nefasta em termos de saúde pública, desaguando em indesejável flexibilização das garantias constitucionais.

Sob o ângulo formal, questiona-se a constitucionalidade da norma, considerada problemática alusiva à higidez do processo legislativo.

Colhe-se da petição inicial que o projeto de lei foi apresentado à Câmara dos Deputados por iniciativa do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em 19 de março de 1998. Aprovada em ambas as Casas do Congresso Nacional, a proposta retornou à Câmara para deliberação conclusiva nas Comissões.

Mediante a Mensagem nº 389, de 19 de agosto de 2003, o Chefe do Executivo à época, Luiz Inácio Lula da Silva, encaminhou requerimento de retirada do projeto. Nada obstante a Mesa Diretora tenha determinado a deliberação pelo Plenário, o pedido formulado não foi apreciado. Em 2017, o texto final acabou aprovado e sancionado, com veto parcial, resultando na lei impugnada.

Observem o disposto nos artigos 61, cabeça, e 84, inciso III, da Constituição Federal, no que conferida, ao Presidente da República, prerrogativa para instaurar o processo legislativo. Os preceitos visam preservar o ideal de independência entre os poderes, consubstanciando os projetos apresentados ao Legislativo instrumento formal do exercício do poder de escolha dos interesses a serem juridicamente tutelados, democraticamente legitimado a partir do sufrágio popular e universal. É

dizer: vedação a tentativas de manietar o Executivo por meio da supressão ou da limitação das atribuições essenciais do Chefe do Poder no desempenho da função de gestor superior da Administração.

Longe de mim exacerbar a forma pelo conteúdo. Tenho de votar segundo o figurino constitucional, uma vez que estamos diante de um processo que revela o controle concentrado de constitucionalidade. Da capacidade para deflagar o processo legislativo decorre a faculdade de desistir, enquanto não ultimada a fase deliberativa parlamentar.

Atentem para a organicidade do Direito. A Carta da República deu ênfase às garantias reflexas à iniciativa de lei, no sentido de influenciar a deliberação parlamentar, conferindo a capacidade de requerer urgência, objetivando a adoção do rito sumário, e a desistência do projeto – artigo 64, cabeça e parágrafos 1º a 3º.

Cumprir restabelecer a segurança jurídica, proclamar a comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o fim ao meio. Dias melhores pressupõem a observância irrestrita à ordem jurídico-normativa, especialmente a constitucional. É esse o preço pago ao viver-se em Estado Democrático de Direito.

Embora seja garantida a autonomia do Legislativo para alterar, via emenda, ou rejeitar a proposta, não se lhe dispensa a deliberação quanto ao pedido formulado. Firme nessas razões, assento a inconstitucionalidade formal do diploma atacado.

No campo material, a adequada compreensão da matéria 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.

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 por que repito quantas vezes forem necessárias: protetivo não é o julgador, mas a própria legislação trabalhista.

Veio, então, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – 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. Prevaleciam 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: LTr, 2002. p. 418), a primeira manifestação normativa precursora do processo histórico de terceirização ocorreu nos idos da década de 1940, já com a CLT, cujo artigo 455 previu a possibilidade do emprego da força de trabalho de terceiros por meio do instituto da subempregada, 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 personalidade 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 março de 1964. Em 25 de fevereiro de 1967, o 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 (idem, 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.

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, por empresa tomadora se justificaria 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 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 a possibilidade de terceirização aos casos expressamente previstos nas mencionadas Leis nº 6.019/1974 e 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 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.

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, desde meados do século XX, das situações nas quais lícita a terceirização, 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; depois, 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, devendo a exceção ser interpretada de maneira estrita, especialmente quando envolvidos direitos sociais.

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 Ulisses Guimarães chamou de Cidadã, inauguradora de nova quadra republicana, inclusive e especialmente no tratamento diferenciado dado 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 à solução de controvérsias levadas ao exame 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, ante 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: 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 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.”

Conforme 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: 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, notem, não integra a categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa tomadora, mas aquela exercida pela prestadora, constituindo grupo heterogêneo de representação, destituído, via de regra, do poder de reivindicação. A esse fenômeno Lorena

Vasconcelos Porto chama *apartheid* sindical, descrevendo-o nos seguintes termos:

Esse verdadeiro *apartheid* sindical, induz a grave deficit 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 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, p. 177, jul./dez. 2017.)

Há mais: a par de debilitar as demandas e reivindicações voltadas à consecução 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 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: 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 personalidade na prestação do serviço contratado e a garantia da continuidade do vínculo no tempo – item 13.a. Cuida-se de elementos fundamentais incompatíveis com a irrestrita terceirização de serviços.

Reforça tal compreensão o contido 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 intermediação da mão de obra.

Ante o quadro delineado, indaga-se: qual a finalidade pretendida pelo legislador ao editar a norma em jogo, senão potencializar o instituto da terceirização, a não mais poder, fragmentando-o em todas as atividades?

O que se tem é nítida isenção no cumprimento das atribuições sociais das empresas, a implicar profundo desequilíbrio na relação entre empregador e trabalhador, em prejuízo do projeto constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária – artigo 3º, inciso I.

A ressaltar essa óptica, os artigos 4º-A e 5º-A, cabeça, inseridos na Lei nº 6.019/1974, veiculam expressões indeterminadas a conceberem as figuras das empresas contratante e contratada, delas extraindo-se autorização incompatível com a Constituição Federal para terceirização de atividades-fim.

No âmbito da Administração Pública, a matéria não é nova, considerada a jurisprudência do Supremo. Descabe interpretação a revelar autorização a terceirização irrestrita das atividades, presente o princípio da

impessoalidade, no que previsto o concurso público como única via de ingresso em cargo ou emprego público. A contratação de serviços apenas se justifica em atividades auxiliares ou de apoio administrativo.

Qualquer forma de utilização, pela Administração, do serviço temporário ou terceirizado para burlar a regra constitucional do concurso público encontra óbice no ordenamento e na jurisprudência do Tribunal. Precedente: ação direta de inconstitucionalidade nº 890, relator ministro Maurício Corrêa, com acórdão veiculado no Diário de Justiça de 6 de fevereiro de 2004.

A quadra é verdadeiramente ímpar, levando em conta, de um lado, a realidade do atual mercado de trabalho e, de outro, o objetivo maior de justiça social.

Na busca da excelência na prestação jurisdicional, o magistrado, encarnando a figura do Estado-juiz, deve ter a atuação norteadada pelos princípios gerais do Direito e, mais especificamente, do Direito do Trabalho, considerada a história da legislação protetiva, sob pena 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 por 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.

Julgo procedente o pedido, para assentar a inconstitucionalidade da Lei nº 13.429/2017.

É como voto.