

## VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que lastreando-se no conjunto fático e probatório dos autos, registrado na decisão do Tribunal Regional do Trabalho, reconheceu isonomia entre trabalhadores terceirizados e empregados efetivos da Caixa Econômica Federal, para deferir-lhes direitos trabalhistas consecutórios. Eis o teor do acórdão recorrido, no particular:

(...)

Conforme se verifica pelas transcrições acima, o Regional, com base nas provas dos autos, consignou que a reclamante **realizava as mesmas tarefas exercidas pelos empregados da recorrente, ligadas a atividades-fim da tomadora.**

Constata-se, portanto, que decisão no sentido de que a reclamante laborava com tarefas ligadas à atividade-meio da 4ª Reclamada, sem identidade de função com os seus empregados, demandaria o revolvimento de fatos e provas, procedimento vedado nesta instância recursal, nos termos da Súmula nº 126 do TST. Afasta-se a violação do artigo 461 da CLT.

(...)

Não é preciso sequer perquirir se a terceirização é ou não lícita, porque o tratamento isonômico que deve ser reconhecido à reclamante em face dos trabalhadores diretamente admitidos pela empresa tomadora de serviços terceirizados lhe é outorgado pelo chamado salário equitativo.

O tratamento isonômico visa a afastar os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. Trata-se de mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante, **encontrando amparo nos artigos 5º, caput, e 7º, XXXII, da CF, que proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.**

Até antes da atual Carta Magna, já havia regras da própria legislação ordinária adotando a direção isonômica constitucionalmente determinada, conforme atesta a Lei do Trabalho Temporário, segundo a qual, mesmo na hipótese de terceirização por ela regulada, fica assegurado ao trabalhador terceirizado remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora (art. 12, alínea "a", da Lei nº 6.019/74).

Ademais, esta Corte Superior, em situações similares, já se manifestou no sentido de que é possível se reconhecer aos terceirizados os mesmos direitos dos trabalhadores contratados pela

empresa tomadora dos serviços. Nesse sentido, os seguintes precedentes da SBDI-1, tendo como parte a própria Caixa Econômica Federal. (...)”

No recurso extraordinário, alega-se que o reconhecimento de isonomia entre trabalhadores terceirizados e empregados da Caixa Econômica Federal, para fins de equiparação de direitos trabalhistas, ofende o princípio da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II e §2º, da CRFB), pois que, faticamente, houve, ainda que por via oblíqua, o reconhecimento de vínculo de emprego com a Caixa Econômica Federal, sem a observância da aprovação em concurso público.

Aponta-se, ademais, ofensa ao artigo 5º, *caput*, incisos I, II, LIV e LV, segundo os quais há que observar a igualdade, a legalidade e o devido processo legal com seus consectários. A questão constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida por esta Corte ficou assim delimitada: *“Equiparação de direitos trabalhistas entre terceirizados e empregados de empresa pública tomadora de serviços.”*

Assim sendo, discute-se, à luz do artigo 5º, *caput*, incisos I, II, LIV e LV, e 37, *caput*, II e §2º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de equiparação de direitos trabalhistas entre trabalhadores terceirizados e empregados efetivos de empresa pública tomadora dos serviços.

A questão posta à apreciação desta Suprema Corte, pois, enfrenta a densificação da igualdade diante de situações que, no plano fático, ou seja, diante das funções efetivamente exercidas, equiparam trabalhadores cujos vínculos se materializam com empresas diversas, uma prestadora e outra tomadora de serviços terceirizados, para fins de reconhecimento de direitos trabalhistas. Não se está a discutir a licitude ou ilicitude da terceirização, mas apenas os direitos trabalhistas decorrentes de equiparação de funções exercidas.

O direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB) significa que todas as pessoas possuem a mesma dignidade; possuem, portanto, o mesmo valor moral e, assim, devem ser consideradas iguais em suas capacidades mais elementares. Somente assim será possível vivificar o que Constituição dispôs em seu art. 3º, I – a construção de uma sociedade livre, justa e solidária – e em seu art. 5º, *caput*, igualdade .

A Justiça Social como valor e fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CRFB) positivado e espraído pelas normas da Constituição de 1988 é a diretriz segura de que a valorização do trabalho humano objetiva assegurar a todos e todas uma existência digna (art. 170 da CRFB), bem como de que o primado do trabalho é a base da ordem social brasileira, tendo por objetivos o bem-estar e a justiça social (art. 193 da CRFB).

É importante aqui lembrar que, sob o paradigma da Justiça Social, as relações do indivíduo com a comunidade em que ele se insere devem ser norteadas não apenas pela igualdade mas também pela igual dignidade entre os sujeitos de direito. Assim, a Justiça Social, ao chamar a atenção para aquilo que é justo em comunidade, também, e ao mesmo tempo, determina os deveres de uns em relação aos outros no seio dessa comunidade. Nesse sentido:

“A justiça social, ao regular as relações do indivíduo com a comunidade, não faz mais do que regular as relações do indivíduo com outros indivíduos, considerados apenas na sua condição de membros da comunidade”. (BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito, in **Revista Jurídica Virtual**, vol. 5, n. 48, p. 1-21, maio 2003, p. 8).

A ordem econômica, conforme dicção da própria literalidade da norma constitucional (art. 170 da CRFB), deve ser balizada pelo princípio da valorização do trabalho humano, conforme observa o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“A (ordem) econômica deve visar assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A legitimidade na Constituição de 1988, in FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência, eficácia e supremacia**. São Paulo : Editora Atlas, 1989, p. 53)

As relações contratuais, em geral, e as relações contratuais trabalhistas, em particular, devem considerar sujeitos e objetos concretos, fazendo referência às pessoas e aos seus comportamentos inseridos no mundo da vida em que tais relações acontecem. Conforme anotei, em contexto paralelo:

Em dimensão elasticada do objeto imediato se localiza um determinado comportamento. A referência mediata é àquilo que é tangível ou corpóreo. Portanto, o que passa a avultar no objeto da relação jurídica são os comportamentos, ou seja, dar relevância, por exemplo, à boa-fé, à confiança, valores que juridicamente passam a ser recuperados. O objeto não é mais algo em si, passa a ter função. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, 3a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 108)

Não se olvida que as múltiplas possibilidades de compreensão do fenômeno jurídico pode conduzir a resultados diferentes na hermenêutica constitucional, porém, o estabelecimento de visões contrapostas também pode colaborar para impulsionar formas mais adequadas de enfrentar os desafios contemporâneos. Assim pontuei:

A crise efetiva do direito contemporâneo pode não tão somente acostar à fragilidade dos pilares da modernidade, passíveis de estarem fincados na universalidade do sujeito, no individualismo e na autonomia; pode, também, cunhar o esboroar da abstração, da racionalidade única, da ausência de contradição no discurso da ciência. Mais ainda, sob as antinomias, o risco e o relativismo, instala-se a possibilidade do respeito à diferença e aos direitos fundamentais olvidados. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, 3a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 95-96).

O Estado Social de Direito, nesse contexto, deve direcionar todos os seus esforços institucionais para o ser humano considerado em sua comunidade, ou seja, aquela em que o outro é tomado como sujeito de direitos e deveres, digno de inclusão no grupo social e enredado por obrigações recíprocas. Pelo reconhecimento, todos os sujeitos da comunidade são fins em si mesmos, estimulando-se a mais plena possível igualdade de direitos, de modo que “ (...)Cada um possu(a) os direitos que aceita para os outros, ou seja, cada um (seja) sujeito de direito na mesma medida em que reconhece o

*outro como sujeito de direito.*” (BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito, in **Revista Jurídica Virtual**, vol. 5, n. 48, p. 1-21, maio 2003, p. 9).

Os destinatários das normas constitucionais de 1988 são legitimados para reivindicarem, sob os auspícios da Constituição positivada, direitos sociais fundamentais trabalhistas como corolários primários do modelo político alcunhado de Estado Social de Direito. A concretização das normas constitucionais efetiva-se nas relações jurídicas que se firmam em atos, contratos e outras formas de reconhecer aos sujeitos envolvidos a proteção do ordenamento jurídico.

Trata-se de um concepção de dignidade da pessoa humana, como fundamento do ordenamento constitucional, o qual exige proteção concreta e real, com a finalidade de que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da própria comunidade, indicando, portanto, uma sua dimensão política.

Nessa concepção, a dignidade humana apresenta-se como produto do reconhecimento de que todos os seres humanos são merecedores de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade em que estão inseridos. Ingo Sarlet, sobre o tema, sintetiza: “ *Neste sentido, há como afirmar que a dignidade (numa acepção também ontológica, embora definitivamente não biológica) é a qualidade reconhecida como intrínseca à pessoa humana, ou da dignidade como reconhecimento, (...)*” (SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 26)

Numa compreensão constitucional concretista, a dignidade humana implica a vedação de coisificação dos seres humanos, como também resguarda uma dimensão de igual consideração e respeito no âmbito da comunidade. Nessa linha, é a doutrina de Ingo Sarlet:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de

direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.37)

Numa dimensão mais verticalizada, em relação à teoria do reconhecimento, é possível afirmar que a dignidade exige o respeito ao outro, ou seja, observância aos deveres de respeito aos outros. Isso tem como principal consequência a exigência de respeito à dignidade do outro como condição da dignidade própria, exigindo das autoridades públicas e dos indivíduos de toda a comunidade atitudes de igual respeito e consideração mútuas. Beatrice Maurer, nesse diapasão, afirma:

Assim também o direito deverá permitir e encorajar todas as circunstâncias necessárias à integridade da dignidade fundamental do ser humano em sua dignidade atuada. Manifestando-se a dignidade em atos, é em todos os níveis que o direito poderá intervir, ordenar, a fim de permitir o melhor desenvolvimento possível das relações entre as pessoas. (MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.87)

No contexto do respeito recíproco à dignidade, como dimensão intrínseca da vida em comunidade, deve-se registrar que o princípio da dignidade humana não vincula apenas os atos das autoridades públicas, mas, também, e principalmente, os indivíduos que convivem em comunidade.

Importante aqui deixar expresso que o objetivo maior de tal concepção do princípio da dignidade humana é reconhecer garantias e estabelecer

deveres decorrentes, com o intuito de viabilizar condições concretas de os seres humanos tornarem-se, serem e permanecerem pessoas. Explica Peter Häberle:

Com essa garantia jurídica específica de um âmbito vital do Ser-Pessoa, da identidade, a dignidade ocupa o seu lugar central: o modo pelo qual o homem se torna pessoa também fornece indicativos para o que é a dignidade humana. Duas questões devem ser distinguidas: como se constrói a identidade humana em uma sociedade e até que ponto se pode partir de um conceito de identidade interculturalmente válido(...). (HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005,p. 124)

Deve-se ter em mente que o Estado Social de Direito realiza a dignidade humana quando reconhece em tal princípio um direito a ter direitos, ou seja, quando transforma os cidadãos em sujeitos de suas ações, pressupondo a dignidade humana como uma referência ao outro, como uma ponte dogmática para o enquadramento intersubjetivo da dignidade de cada um. Oportunas as lições de Peter Häberle:

Assim, será também compreensível que a dignidade humana constitui norma estrutural para o Estado e a sociedade. A obrigação de respeito e proteção abrange tendencialmente também a sociedade. A dignidade humana possui eficácia em relação a terceiros; ela constitui a sociedade. (HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 130)

O direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB) cuja âmbito de proteção está em discussão no presente julgamento, deve, assim, afastar as “*desigualdades que imponham prejuízos às pessoas e sejam alheios a sua responsabilidade. Essas desigualdades devem ser combatidas e rechaçadas porque não somente alteram uma relação que deve(ria) ser entre iguais, mas, sobretudo, porque limitam a liberdade e a autonomia do sujeito*” (GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia : uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66).

O quadro fático que dá o foco e direciona o olhar do presente julgamento informa que os trabalhadores, terceirizados e efetivos, exerciam as mesmas funções, nas mesmas condições e na mesma empresa. O critério diferenciador entre eles estava no vínculo jurídico laboral que estes trabalhadores detinham em relação à empresa ora recorrente, o que implica, necessária e inexorável, preponderância do direito à isonomia quanto aos direitos trabalhistas invocados.

Por razões de compatibilização da situação fática apresentada com os princípios estruturantes da administração pública brasileira (art. 37, II e §2º, CRFB), também previstos na Constituição da República, é de se afirmar a impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços, o que, entretanto, não impede o reconhecimento de verbas decorrentes de contrato de trabalho com a empresa prestadora de serviços.

E não se vislumbra, sob tal perspectiva, afronta aos princípios da legalidade (art. 5º, II, CRFB), em geral, e legalidade administrativa (art. 37, caput, CRFB), nem com o estatuto constitucional das empresas públicas (art. 173, CRFB), nem inobservância ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB) e seus consectários constitucionais (art. 5º, LV, CRFB), pois os direitos trabalhistas reconhecidos por equiparação, no caso dos autos, densificam o princípio da isonomia, plenamente compatibilizado com todas estas normas constitucionais.

Com isso, não há que se falar em afronta à jurisprudência dominante desta Suprema Corte quanto ao tema da terceirização, nem muito menos quanto ao tema da obrigatoriedade de se prestar concurso público para estabelecer-se o vínculo com empresa pública.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso extraordinário, acompanhando o e. Ministro Marco Aurélio, Relator.

Vencido quanto ao mérito, acompanho a tese proposta pela Ministra Rosa Weber:

“O direito fundamental da não discriminação previsto no art. 7º, XXXII, da Constituição Federal assegura a isonomia remuneratória entre os empregados terceirizados e os empregados do quadro funcional da empresa tomadora dos serviços, presente a identidade de funções.”

É como voto.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 25/03/21 20:12*