

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Caixa Econômica Federal – CEF em face de acórdão do Tribunal Superior do Trabalho em que negado provimento a agravo de instrumento em recurso de revista. Com fundamento no art. 7º, XXXII, da Constituição Federal, foram reconhecidos os mesmos direitos entre os empregados contratados mediante terceirização e os pertencentes ao quadro funcional da empresa tomadora dos serviços, uma vez presente a identidade de função.

Reconhecida a repercussão geral da controvérsia pelo Plenário desta Suprema Corte, inserida no Tema 383: *“Equiparação de direitos trabalhistas entre terceirizados e empregados de empresa pública tomadora de serviços”*.

O Ministro Marco Aurélio, Relator, propõe a seguinte tese:

“Viável, sob o ângulo constitucional, é o reconhecimento do direito à isonomia remuneratória quando o prestador de serviços, embora contratado por terceiro, atua na atividade fim da tomadora, ombreando com trabalhadores do respectivo quadro funcional.”

Abriu divergência o Ministro Luís Roberto Barroso, à compreensão de que cabe a cada empregador a decisão sobre a remuneração dos seus empregados segundo a sua capacidade econômica, assegurada pelos princípios da livre iniciativa e da concorrência econômica (art. 170, *caput*, IV, CF), a garantir a liberdade de estruturação dos negócios. Propõe a seguinte tese:

“A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratarem de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas”.

Também apresentou divergência o Ministro Alexandre de Moraes com a seguinte proposta de tese:

“A equiparação de direitos trabalhistas entre terceirizados e empregados de empresa pública tomadora de serviços não pode ser

concedida judicialmente, com base no princípio da isonomia e na previsão do artigo 7º, XXXII, da Constituição Federal de 1988.”

Peco vênia à divergência para acompanhar o Ministro Relator.

O eixo da controvérsia objeto da repercussão geral situa-se na constitucionalidade do pagamento de remuneração desigual pelo desempenho das mesmas funções por empregados contratados sem intermediação e por empregados contratados por terceirização no âmbito da empresa tomadora dos serviços. O paradigma de controle é o art. 7º, XXXII, da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito fundamental à não discriminação no âmbito da relação de emprego:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

A estrutura normativa da Constituição Federal de 1988, em suas dimensões social e humanística, fruto dos anseios democráticos da sociedade brasileira, constitui um dos mais expressivos emblemas do processo de construção da cidadania na história da República.

Encontram-se delineadas, em seu preâmbulo, a identidade e a finalidade do Estado Democrático brasileiro, edificadas sobre as bases essenciais à concretização da cidadania plena, em que se entrelaçam as matrizes republicanas da dignidade, fraternidade, igualdade e liberdade, autonomia e participação. Erigido o ideal dinâmico da identidade da democracia constitucional brasileira no constante aperfeiçoamento das relações intrínsecas entre os fundamentos da soberania, cidadania, vida digna, valores social do trabalho e da livre iniciativa, e pluralismo político (art. 1º, CF).

Nesse sentido, os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência não são valores ensimesmados. Ao contrário, inter-relacionam-se com os demais valores republicanos na complexa realidade cotidiana do exercício da atividade econômica. A necessária equiponderância entre a liberdade econômica e o valor social do trabalho à luz dos art. 1º, IV e 170, da Constituição Federal como valor máximo do Estado Democrático para o desenvolvimento da ordem econômica e financeira, representa chave hermenêutica para a concretização da dignidade do trabalhador, expressão da cidadania plena.

Na lição de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, o exercício legítimo da liberdade condiciona-se ao enobrecimento da força de trabalho:

“[...] a reunião das duas figuras em um só inciso implica não apenas a igual dignidade de ambas, mas também que a interpretação a ser dada ao dispositivo não pode ser extraída isoladamente, do valor social do trabalho ou da livre-iniciativa. Dito de outra forma, a técnica legislativa demonstra a importância conferida pelo constituinte à *inter-relação* dos dos valores. Nesse sentido, comprehende-se que a Constituição garante a liberdade de iniciativa como uma forma de valorizar o trabalho humano, permitindo seu livre desenvolvimento, por sua vez, aquela liberdade só é exercida legitimamente se der ao trabalho seu devido valor”.

Remonta à própria gênese do Direito do Trabalho a questão atinente ao princípio da não discriminação na relação de emprego como proteção dos trabalhadores contra os efeitos nefastos da gestão empresarial sem peias voltada à redução dos custos da mão de obra. Nas palavras de Arnaldo Süsskind:

“A fase histórica que precedeu à universalização do Direito do Trabalho revelou que inúmeros empregadores davam acentuada preferência ao trabalho das mulheres e dos menores, visando à redução dos custos da mão de obra, eis que lhes pagavam salários inferiores aos desejados pelos trabalhadores adultos. Essa praxe, embora em menor escala, continuou a ser empregada depois do advento do Direito do Trabalho, exigindo das respectivas legislações normas especiais tendentes a reprimi-la. Por sua vez, diversas empresas, sobretudo as de capital estrangeiro, passaram a dar preferência aos empregados da nacionalidade dos correspondentes proprietários, pagando-lhes salários superiores aos demais empregados que realizavam tarefas análogas.

Conforme tenho ressaltado nesta Suprema Corte, o Direito do Trabalho, com suas regras e princípios, representa o rompimento com “*o tênué fio do individualismo jurídico (fundado no axioma: ‘quem diz contratual diz justo; depende do indivíduo assumir ou não obrigações’)*” e o início de um novo “*regime de Direito*”. Alicerçada em princípios de solidariedade e de justiça social, a proteção dos direitos dos trabalhadores assegura a realização da igualdade material, ao viabilizar a equalização de forças materialmente desiguais dentro da relação contratual e, consequentemente, a evolução das condições econômico-sociais dos trabalhadores na concretização de verdadeira liberdade.

Como bem destaca Luigi Ferrajoli, a falta de garantia dos direitos fundamentais pela sua submissão à propriedade significa transformá-los em mercadorias “*cuja produção é decidida e gerenciada pela propriedade: são, de fato, direitos e bens patrimoniais confiados à dinâmica do mercado e da política.*”

Na minha compreensão, nessa relação dialógica entre os pares liberdade e igualdade, o direito fundamental à não discriminação no âmbito da relação de trabalho, previsto no **art. 7º, XXXII, da Constituição Federal**, insere-se no amplo bloco de constitucionalidade estruturante do princípio republicano da igualdade erigido no art. 5º, *caput*, em conjunto com a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres (**inciso I**); proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (**inciso XXX**), proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (**inciso XXXI**) ; igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (**inciso XXXIV**).

A diacronia da afirmação do direito à não discriminação no âmbito das relações trabalhistas sobreleva a sua magnitude para a sociedade brasileira, mercê da sua longevidade na história constitucional, garantido, com poucas alterações, desde a Constituição de 1.934: “*Para o efeito deste artigo, não ha distincção entre o trabalho manual e o trabalho intellectual ou technico, nem entre os profissionaes respectivos.*” (art. 121, § 2º). Ecoordo na Constituição de 1.947: “*Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intellectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios.*” (art. 157, parágrafo único). Reafirmado na Constituição de 1.967 (Emenda Constitucional de 1.969): “*proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intellectual ou entre os profissionais respectivos*”. (art. 165, XVII).

Ressalto que no âmbito infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho reproduz a garantia constitucional no parágrafo único do art. 3º :

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Nessa afirmação dos direitos iguais e inalienáveis para a dignidade humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, a **Declaração Universal dos Direitos Humanos** estatui em seu art. 23:

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.

Também o **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, promulgado pelo Decreto 591/1992, garante ao trabalhador, como fator necessário à materialização de condições de trabalho justas e favoráveis, o **pagamento de salário equitativo e remuneração igual por trabalho de igual valor, sem qualquer distinção** (art. 7.2).

Por outro lado, a **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**, ao identificar no descontentamento decorrente de injustas condições de trabalho a ameaça à harmonia universal, abraça a afirmação do princípio “**para igual trabalho, mesmo salário**”, como baliza de sua agência em direção à justiça social.

Nesse contexto, a importância na concretização do direito fundamental do cidadão- trabalhador de perceber igual remuneração por trabalho de igual valor assume maior relevância na dinâmica social e econômica pós-moderna, caracterizada pela crescente concorrência sobre os mercados, aceleração do progresso tecnológico com o recrudescimento do nível de exigência de qualificação dos trabalhadores. A pluralidade de modos de produção e organização empresariais traz profundos reflexos nos modelos de relações de trabalho, especialmente no que diz com a redução dos custos da mão de obra por meio da terceirização da prestação dos serviços.

Conforme fiz ver ao emblemático julgamento da ADPF 324, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso:

A terceirização já contém em si o estigma de vínculo precário sob diferentes ângulos – essencialidade, pessoalidade, subordinação. O empregado desenvolve atividade que, em tese, não é a principal do tomador de serviços; o tomador de serviços, em tese, não sabe quem é o terceirizado; o terceirizado, em tese, não está subordinado ao tomador de serviços.

Não obstante esse quadro, descrito em inúmeras obras acadêmicas sobre o tema, frustra-se qualquer união dos terceirizados para eventual movimento reivindicatório, em face do “fracionamento” do

coletivo de empregados da empresa contratada pelos diversos setores da(s) tomadora(s) de serviços.

Embora a terceirização, em todas as suas formas, implique, a rigor, na maioria das vezes, precarização, o fenômeno tem se ampliado *“como forma de diminuição de custos, prestação de serviços com maior eficiência, produtividade e competitividade, que são objetivos intensamente buscados em tempos de globalização”*. Para atingir esses objetivos desconsideram-se, frequentemente, pelos empregadores e tomadores dos serviços, os limites legais impostos com o fim de resguardar os direitos sociais e o valor constitucional do trabalho (CF, artigos 1º, IV, e 170, caput) e assegurar, em última análise, a incolumidade do princípio da dignidade humana, que já se disse, com propriedade, ser o “direito fundamental de todos os direitos fundamentais”.

Ante a constatação da irreversibilidade da terceirização, em qualquer uma das suas formas, não há como olvidar, nessa relação assimétrica e trilateral, a proteção dos direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores terceirizados - entre os quais o direito à contraprestação pela mão de obra despendida -, que é o aspecto essencial no debate surgido nesse novo contexto histórico-econômico-social. A força de trabalho, uma vez entregue, não pode ser reposta: não há retorno ao *status quo ante* no que se refere ao labor prestado. A falta da contraprestação devida, independentemente de quem arque com esse pagamento, transforma o terceirizado em escravo moderno.

Oportuna a lembrança, nesse quadrante, da doutrina de BARBOSA MOREIRA acerca do estudo sobre o abuso do direito, em que se pesquisam os encontros e ferimentos que os direitos se fazem: *“Se pudesssem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício”, em observância ao fim econômico ou social do direito exercido, boa-fé objetiva, bons costumes.”* (grifei).

Forte nesse panorama diacrônico constitucional, bem como no cenário das normas internacionais, presente a identidade de funções entre os empregados diretamente contratados e os empregados terceirizados que prestam serviços no âmbito da mesma empresa tomadora dos serviços, o direito fundamental da não discriminação previsto no **art. 7º, XXXII, em**

harmonia com os arts. 1º, IV; 3º, III e IV e 170, da Constituição Federal, assegura a isonomia remuneratória, mercê do princípio universal segundo o qual “para o mesmo trabalho, igual salário”.

Nesse contexto, ressalvo o meu entendimento quanto à tese adotada pelo Ministro Relator, na medida em que possuo compreensão mais ampla do direito fundamental à não discriminação na relação de emprego, garantida a isonomia remuneratória independentemente do desempenho de tarefas na atividade fim ou na atividade meio da tomadora dos serviços.

No caso, o Tribunal Superior do Trabalho negou provimento a agravo de instrumento em recurso de revista interposto em face de acórdão do TRT da 3ª Região em que expressamente registrado o desempenho pelo empregado terceirizado das mesmas tarefas exercidas pelos empregados diretamente contratados pela CEF, ligadas a sua atividade-fim. A decisão recorrida está em harmonia com a Orientação Jurisprudencial 383 do TST:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interpresa, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Registro que a Lei 13.429/2017 alterou a redação do art. 12 da Lei 6.019 /1974. Recentemente esta Suprema Corte, ao julgamento conjunto das ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, oportunidade em que fiquei vencida, declarou a constitucionalidade da Lei 13.429/2017 nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator. Transcrevo a ementa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei Federal 13.429/2017. Trabalho temporário. Prestação de serviço a terceiros. 3. Terceirização da atividade-meio e da atividade-fim. Terceirização na administração pública. 4. Ausência de inconstitucionalidade formal e material. Precedentes: ADPF 324, Rel. Min. Roberto Barroso, e RE-RG 958.252, Rel. Min. Luiz Fux. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 5685, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe-21-08-2020)

Nada obstante, conforme anteriormente afirmado, o princípio da não discriminação também está expressamente previsto no art. 3º, parágrafo único, da CLT.

Ante o exposto, a **companho o Ministro Relator, com ressalvas quanto à tese proposta, e nego provimento ao recurso extraordinário.** Proponho a seguinte tese:

“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 o voto.