

16/06/2020

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.686 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REQTE.(S)** : CONFEDERACAO NACIONAL DAS PROFISSOES LIBERAIS  
**ADV.(A/S)** : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA E OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL  
**ADV.(A/S)** : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA  
**AM. CURIAE.** : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE  
**ADV.(A/S)** : PERCIVAL MARICATO  
**ADV.(A/S)** : DIOGO TELLES AKASHI  
**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES - FEBRATEL  
**ADV.(A/S)** : FLAVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI  
**ADV.(A/S)** : CASSIO AUGUSTO BORGES (91152/RJ, 20016-A/DF)

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.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do

**ADI 5686 / DF**

Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 05 a 15 de junho de 2020.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*

16/06/2020

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.686 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REQTE.(S)** : CONFEDERACAO NACIONAL DAS PROFISSOES LIBERAIS  
**ADV.(A/S)** : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA E OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL  
**ADV.(A/S)** : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA  
**AM. CURIAE.** : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE  
**ADV.(A/S)** : PERCIVAL MARICATO  
**ADV.(A/S)** : DIOGO TELLES AKASHI  
**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES - FEBRATTEL  
**ADV.(A/S)** : FLAVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI  
**ADV.(A/S)** : CASSIO AUGUSTO BORGES (91152/RJ, 20016-A/DF)

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Trata-se de cinco ações diretas de inconstitucionalidade – ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735 –, cujo pedido é a declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.429, de 31 de março de 2017, que altera dispositivos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, sobre trabalho temporário em empresas urbanas e sobre relações de trabalho em empresas de prestação de serviços a terceiros.

Em despacho de 27 de junho de 2017, determinei à Secretaria do Tribunal o apensamento das ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, para fins de apreciação e julgamento conjunto.

**ADI 5686 / DF**

Eis o teor do ato normativo impugnado:

**Lei 13.429, de 31 de março de 2017**

“Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei.” (NR)

“Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

§ 1º É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei.

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.” (NR)

“Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.” (NR)

“Art. 5º Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei.” (NR)

“Art. 6º São requisitos para funcionamento e registro da empresa de trabalho temporário no Ministério do Trabalho:

- a) (revogada);
- b) (revogada);
- c) (revogada);
- d) (revogada);
- e) (revogada);
- f) (revogada);

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa

**ADI 5686 / DF**

Jurídica (CNPJ), do Ministério da Fazenda;

II - prova do competente registro na Junta Comercial da localidade em que tenha sede;

III - prova de possuir capital social de, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

“Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterà:

I - qualificação das partes;

II - motivo justificador da demanda de trabalho temporário;

III - prazo da prestação de serviços;

IV - valor da prestação de serviços;

V - disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho.

§ 1º É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.

§ 2º A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.” (NR)

“Art. 10 . Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.

§ 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e

**ADI 5686 / DF**

oitenta dias, consecutivos ou não

§ 2º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.

§ 3º (VETADO).

§ 4º Não se aplica ao trabalhador temporário, contratado pela tomadora de serviços, o contrato de experiência previsto no parágrafo único do art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 .

§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior

§ 6º A contratação anterior ao prazo previsto no § 5º deste artigo caracteriza vínculo empregatício com a tomadora.

§ 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 ." (NR)

"Art. 11. ....

Parágrafo único. (VETADO)." (NR)

"Art. 12. (VETADO)." (NR)

"Art. 4º-A . Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

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

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

"Art. 4º-B . São requisitos para o funcionamento da

**ADI 5686 / DF**

empresa de prestação de serviços a terceiros:

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

II - registro na Junta Comercial;

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

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

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

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

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

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

"Art. 5º-A . Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

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

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

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

**ADI 5686 / DF**

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

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

I - qualificação das partes;

II - especificação do serviço a ser prestado;

III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;

IV - valor.”

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

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

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

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

A **ADI 5.685** foi proposta pela Rede Sustentabilidade, ao fundamento de que a lei impugnada ofende os arts. 1º, III, 2º, 5º, *caput*, 7º, 37, II, 170 e 193 da Constituição Federal.

Os autores apontam, na petição inicial, com pedido de medida cautelar, a inconstitucionalidade formal do ato normativo por suposta violação à independência dos Poderes durante o processo legislativo. Recordam que o Projeto de Lei 4.302/1998, de autoria do Poder Executivo Federal, que deu origem à Lei 13.429/2017, foi apresentado à Câmara dos Deputados, em 19 de março de 1998, pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Em 19 de agosto de 2003, o então Presidente

**ADI 5686 / DF**

da República Luiz Inácio Lula da Silva solicitou a retirada de tramitação do referido Projeto de Lei, pedido que não foi apreciado pela Câmara dos Deputados.

Argumentam que *“a competência para iniciativa, reservada ou não, conferida ao Poder Executivo deve ser por ele exercida, conveniente e oportunamente, de forma plenipotenciária”* e que o Poder Legislativo não pode dispor sobre juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República para desistir de propositura de projeto de lei. Sustentam, ainda, que *“a mensagem presidencial de retirada possui efeitos jurídicos constitutivos ipso facto, sendo a ação do Legislativo meramente declaratória, reconhecendo a prejudicialidade da sua tramitação”*.

Alegam que *“proposições não podem tramitar indefinidamente, inexorável às consequências do tempo sobre sua tramitação”*. Apontam *“desconexão flagrante entre a representação parlamentar e a vontade popular, de onde o Poder Legislativo extrai sua autoridade delegada”* pelo fato de ter-se dado continuidade, em 2017, a Projeto de Lei proposto em 1998.

Os autores sustentam, também, inconstitucionalidade material do ato normativo. Afirmam que o legislador ampliou o alcance da terceirização nos contratos de trabalho temporário, a qual pode se dar tanto em relação às atividades-meio quanto às atividades-fim, ofendendo os direitos fundamentais dos trabalhadores, a valorização do trabalho humano, o trabalho enquanto promotor do bem-estar e da justiça social, os princípios da isonomia, da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e o primado do concurso público, no âmbito da Administração Pública.

Aduzem que a norma em questão representaria retrocesso de direitos sociais, resultaria na precarização da proteção ao trabalhador e levaria à criação de distinções entre trabalhadores em situação semelhante e ao desequilíbrio na relação entre capital financeiro e trabalho.

Requerem que, caso não sejam acolhidos os pedidos de inconstitucionalidade formal e material, reconheça-se que a terceirização das atividades-fim, em contratos temporários, apenas alcança atividades

**ADI 5686 / DF**

accessórias.

Determinei a tramitação pelo art. 12 da Lei 9.868/1999 (eDOC 23). Não houve decisão sobre o pedido de medida cautelar.

A Câmara dos Deputados (eDOC 32) manifesta-se pela constitucionalidade da Lei 13.429/2017. Alega que o art. 105 do RICD possibilita que um projeto de lei proposto em uma legislatura se estenda para outras legislaturas, desde que tenha tramitado pelo Senado ou que seja de iniciativa do Procurador-Geral da República ou de outro Poder. Afirma, também, que o art. 104 do RICD é claro ao afirmar que, uma vez apresentado um projeto de lei para apreciação da Casa, seu destino não compete mais ao autor.

O Senado Federal também se manifesta pela constitucionalidade da lei em questão (eDOC 33). Sustenta que não há inconstitucionalidade formal, pois, quando comunicada a desistência pelo Presidente da República, o projeto já estava em estágio avançado de tramitação. Argumenta que o trabalho legislativo não pode ser desperdiçado por mera manifestação individual e que *“o pedido de retirada de proposição legislativa não prescinde de decisão de mérito do Presidente ou do Plenário de qualquer das Casas do Poder Legislativo, segundo juízo de conveniência e oportunidade dos agentes políticos”*.

Rejeita a inconstitucionalidade material e apresenta parecer da Comissão de Assuntos Sociais, que compreendeu ser a flexibilização promovida pela norma uma necessidade e uma realidade no momento atual do país. Além disso, assevera que qualquer discussão sobre o alcance normativo da lei deve ser realizado no âmbito do Poder Legislativo, e não do Judiciário, sob pena de, aí sim, violar-se o princípio da separação dos poderes.

A Advogada-Geral da União manifesta-se pela constitucionalidade da lei (eDOC 37 e 57). Quanto à alegação de inconstitucionalidade formal, sustenta que a Carta Magna, no que se refere ao procedimento legislativo, não dispõe especificamente sobre o procedimento de retirada de tramitação de proposições legislativas, sendo, desse modo, uma disposição *interna corporis*, e, portanto, de competência dos regimentos

**ADI 5686 / DF**

internos das Casas do Congresso Nacional. Recorda que esta Corte já se manifestou no sentido de que matérias *interna corporis* não se submetem ao controle judicial.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade material, afirma que a terceirização de atividades-fim, em contrato temporário, já era permitida em determinadas situações. Sustenta que não há precarização do trabalho, uma vez que a própria Lei 13.429/2017 estabelece mecanismos de proteção especial ao trabalhador, como a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora pelas obrigações trabalhistas no período de prestação de serviços. Argumenta, também, que a lei busca promover a eficiência administrativa e que não há de se falar em ofensa ao princípio do concurso público.

Alega, ainda, que no julgamento do ARE 713.211, Rel. Min. Luiz Fux, esta Corte reconheceu que as liberdades de iniciativa e de contratar são conciliáveis com a terceirização tanto de atividades-meio quanto de atividades-fim.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela procedência parcial do pedido (eDOC 61). Alega que o requerimento de desistência do Chefe do Executivo não foi analisado pelo Plenário da Câmara, infringindo “*prerrogativa reflexa do poder de iniciativa legislativa*”, a saber, “*o requerimento de retirada de projeto de lei formulado pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados*”. Afirma, ademais, que a Câmara dos Deputados ainda não havia apreciado emenda substitutiva proposta pelo Senado Federal, não havendo de se falar em ultimação da fase de deliberação parlamentar. Assim, sustenta que há vício legislativo que transcende questão meramente *interna corporis*, devendo a lei ser declarada formalmente inconstitucional.

Materialmente, compreende que a norma viola o regime constitucional de emprego socialmente protegido e a função social constitucional da empresa e dá maior prestígio aos interesses econômicos privados em detrimento do valor social do trabalho. Afirma que aplicar as mesmas regras de contratação para empresas privadas e estatais exploradoras de atividade econômica, assim como à Administração

**ADI 5686 / DF**

Pública, viola o regime constitucional do concurso público. Solicita, ainda, que se afaste “*interpretação que permita terceirização de atividades finalísticas de empresas privadas e entidades da administração pública*”, pois a Lei não teria criado mecanismos protetivos adequados e suficientes para os empregados. (eDOC 61, p. 108-109)

Deferi o ingresso nos autos, como *amicus curiae*, do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário Federal no Estado de Goiás (SINJUFEGO), do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário Federal de Rondônia e Acre (SINDIJUFE-RO/AC), do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciários Federal e Ministério Público da União em Mato Grosso do Sul (SINDJUFE/MS), do Sindicato Nacional Servidores do Plano Especial de Cargos da Polícia Federal (SINDPECPF), da Associação dos Oficiais de Justiça Avaliadores Federais da Justiça do Trabalho da 2ª Região (AOJUSTRA), da Associação Nacional dos Agentes de Segurança do Poder Judiciário da União (AGEPOLJUS), do Sindicato Nacional dos Servidores do Ministério das Relações Exteriores (SINDITAMARATY), do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal no Estado de Minas Gerais (SITRAEMG), do Sindicato dos Servidores das Justiças Federais no Estado do Rio de Janeiro (SISEJUFE/RJ), do Sindicato Nacional dos Peritos Agrários (SINDPFA), do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Bahia (SINPOJUD-BA), da Central Brasileira do Setor de Serviços (CEBRASSE), da Federação Brasileira de Telecomunicações (FEBRATEL), da Federação Nacional das Empresas de Serviços e Limpeza Ambiental a União Brasileira dos Agraristas Universitários (UBAU), da Central Única dos Trabalhadores (CUT), da Confederação Nacional da Indústria (CNI), da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Edifícios e Condomínios (CONATEC) e da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria da Construção e do Mobiliários (CONTRICOM).

A **ADI 5.686** foi proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), ao fundamento de que a lei impugnada ofende os arts. 1º, 3º e 170 da Constituição Federal.

Os autores requerem, na petição inicial, com pedido de medida

**ADI 5686 / DF**

cautelar, a declaração inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 13.429/2017, para impedir a terceirização de atividades-fim. Quanto aos artigos que disciplinam atividades-meio, requerem que seja dada interpretação conforme à Constituição, sem especificar os limites que se pretende estabelecer.

Acrescentaram manifestação (eDOC 10) alegando que não haveria identidade entre o objeto e a causa de pedir desta demanda com o da ADI 5.685. Solicitaram nova distribuição. Verifiquei que o tema é o mesmo tratado nas demais ADIs em análise e determinei o apensamento (eDOC 12).

A Câmara dos Deputados manifesta-se pela improcedência do pedido (eDOC 20). Alega que a petição inicial é inepta, porquanto ausente fundamentação de seu pedido, além de afirmar que o Projeto de Lei 4.302/1998 obedeceu ao devido processo legislativo.

A Advocacia-Geral da União manifesta-se (eDOC 27), preliminarmente, pela ilegitimidade ativa da autora. No mérito, sustenta que não há de se falar em precarização do trabalho, pois o ato normativo apenas compilou práticas que já eram realizadas anteriormente. Reforça, também, que a nova norma garante proteção aos trabalhadores terceirizados.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela procedência parcial do pedido (eDOC 31), nos termos do parecer relatado na ADI 5.685.

Deferi o ingresso nos autos, como *amicus curiae*, da Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), da Central Brasileira do Setor de Serviços (CEBRASSE), da Federação Brasileira de Telecomunicações (FEBRATEL) e da Confederação Nacional da Indústria (CNI).

A **ADI 5.687** foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), ao fundamento de que a lei impugnada ofende os arts. 3º, I, III e IV, 6º, 7º, 37, II e 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Os autores apontam, na petição inicial, com pedido de medida cautelar, que a prática irrestrita de terceirização e trabalho temporário em

**ADI 5686 / DF**

atividades ordinárias das empresas viola direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, propiciando tratamento diferenciado entre empregados diretos e trabalhadores terceirizados na mesma empresa.

Pleiteiam a declaração de inconstitucionalidade formal, em termos semelhantes aos que se encontra no relatório da ADI 5.685. Requerem interpretação conforme à Constituição “*para afastar entendimento de que está autorizada a aplicação da terceirização para a atividade-fim da empresa tomadora de serviços*”, para assegurar “*a igualdade de direitos entre os trabalhadores terceirizados e os trabalhadores das empresas tomadoras de serviço*” e para afastar a incidência da lei sobre “*atividades finalísticas dos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta*”.

A Câmara dos Deputados manifesta-se pela improcedência do pedido (eDOC 19) em termos semelhantes aos que se encontra no relatório da ADI 5.685.

O Senado Federal também se manifesta pela constitucionalidade da lei em questão (eDOC 20) em termos semelhantes aos que se encontra no relatório da ADI 5.685.

A Advogada-Geral da União manifesta-se pela constitucionalidade da Lei (eDOC 44) em termos semelhantes aos que se encontra no relatório da ADI 5.685.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela procedência parcial do pedido (eDOC 61), nos termos do parecer relatado na ADI 5.685.

Deferi o ingresso nos autos, como *amicus curiae*, do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário Federal no Estado de Goiás (SINJUFEGO), do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário Federal de Rondônia e Acre (SINDIJUFE-RO/AC), do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciários Federal e Ministério Público da União em Mato Grosso do Sul (SINDJUFE/MS), do Sindicato Nacional Servidores do Plano Especial de Cargos da Polícia Federal (SINDPECPF), da Associação dos Oficiais de Justiça Avaliadores Federais da Justiça do Trabalho da 2a Região (AOJUSTRA), da Associação Nacional dos Agentes de Segurança do Poder Judiciário da União (AGEPOLJUS), do Sindicato Nacional dos

**ADI 5686 / DF**

Servidores do Ministério das Relações Exteriores (SINDITAMARATY), do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal no Estado de Minas Gerais (SITRAEMG), do Sindicato dos Servidores das Justiças Federais no Estado do Rio de Janeiro (SISEJUFE/RJ), do Sindicato Nacional dos Peritos Agrários (SINDPFA), do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Bahia (SINPOJUD-BA), da Central Brasileira do Setor de Serviços (CEBRASSE), da Federação Brasileira de Telecomunicações (FEBRATEL) e da Confederação Nacional da Indústria (CNI).

A **ADI 5.695** foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química (CNTQ) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados (CONACCOVEST), ao fundamento de que a lei impugnada ofende os arts. 1º, III, 5º, *caput*, 7º, 8º, 170, *caput* e III, e 193 da Constituição Federal.

Os autores apontam, na petição inicial, com pedido de medida cautelar, que a Lei 13.429/2017 representaria um retrocesso nas relações de trabalho, uma vez que permitiria uma abertura para a terceirização ampla e irrestrita, não somente ao trabalho temporário. Argumentam que a terceirização apenas é tolerável excepcionalmente, em atividades de finalidade gerencial. Compreendem o ato normativo em questão como a negação da função social constitucional da empresa.

A Câmara dos Deputados manifesta-se pela improcedência do pedido (eDOC 30).

O Senado Federal também se manifesta pela constitucionalidade da lei em questão (eDOC 31) em termos semelhantes aos que se encontra no relatório da ADI 5.685.

A Presidência da República, por meio da Advocacia-Geral da União, manifesta-se pela constitucionalidade da Lei (eDOC 33). Advoga pela *“concordância prática dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, requerendo-se para tanto um esforço de otimização na conciliação de direitos aparentemente antagônicos, preservando-se seu núcleo essencial, sem que se anule um deles em razão da contradição com o outro”*. Assevera que as

**ADI 5686 / DF**

alterações promovidas pela reforma apenas regulam situação fática já existente desde 1950, reforçando que a terceirização da atividade-fim não viola a Súmula 331 do TST. Apoiam-se na ideia de que o ato normativo se propôs a conciliar o exercício da livre iniciativa com o valor social do trabalho e as diretrizes constitucionais da ordem econômica.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela procedência parcial do pedido (eDOC 48). Compreende que são inconstitucionais interpretações que autorizem terceirização de atividades-fim no âmbito da Administração Pública direta e indireta, inclusive nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

Deferi o ingresso nos autos, como *amicus curiae*, da Federação Brasileira de Telecomunicações (FEBRATEL) e da Confederação Nacional da Indústria (CNI).

A ADI 5.735 foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, ao fundamento de que a lei impugnada ofende os arts. 1º, IV, 2º, 5º, *caput*, I e XXIII, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 24, XIV, 37, II, 61, *caput*, 84, III, 170, III, VII e VIII, 193, 212, §5º, 218, § 4º e 227 da Constituição Federal.

A parte autora aponta, na petição inicial, com pedido de medida cautelar, a inconstitucionalidade formal, em termos semelhantes aos que se encontra no relatório ADI 5.685. Alega, também, que a terceirização viola o regime constitucional do emprego socialmente protegido e a função social da empresa, fragiliza direitos sociais dos trabalhadores, como o direito ao FGTS, a aposentadoria, a vinculação sindical e o direito à greve e à negociação coletiva, além de ofender normas internacionais.

Solicita que se afaste a interpretação que permita a terceirização de atividades finalísticas de empresas privadas e da administração pública, direta e indireta, e de empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Pede, ainda, que se reconheça a possibilidade de "*configuração de vínculo de emprego entre trabalhadores e empresas tomadoras de serviços, no caso de terceirização de atividades finalísticas de empresas privadas.*"

Oferece aditamento à petição inicial para incluir as mudanças introduzidas pelo art. 2º da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017.

A Presidência da República, por meio da Advocacia-Geral da União

**ADI 5686 / DF**

(eDOC 24), manifesta-se pela constitucionalidade da lei. Alega que o “*fundamento da terceirização é o princípio constitucional da eficiência administrativa*”, devendo a Administração demonstrar a vantagem da carreira estruturada em cargos efetivos ou da contratação de prestação de serviços, conforme sua discricionariedade. Defende esse modelo tanto para atividade-meio, quanto para atividade-fim. Aponta que a terceirização de atividade-fim não implica, por si só, fraude aos direitos dos trabalhadores. Sustenta, ainda, que o valor social do trabalho deve ser interpretado em consonância com a livre iniciativa.

O Senado Federal manifesta-se pela improcedência do pedido (eDOC 22) em termos semelhantes aos que se encontra no relatório da ADI 5.685.

Deferi o ingresso nos autos, como *amicus curiae*, da Central Brasileira do Setor de Serviços (Cebrasse), da Federação Brasileira de Telecomunicação (Febratel), da Confederação Nacional dos Servidores Públicos (CNPS), da Associação dos Oficiais de Justiça Avaliadores Federais da Justiça do Trabalho da 2ª Região (AOJUSTRA), do Sindicato dos Servidores Públicos Federais da Justiça do Trabalho da 15ª Região (SINDIQUINZA), do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciários Federal e Ministério Público da União em Mato Grosso do Sul (SINDJUFE/MS), do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário Federal no Estado de Goiás (SINJUFEGO), do Sindicato dos Servidores das Justiças Federais no Estado do Rio de Janeiro (SISEJUFE/RJ), do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal no Estado de Minas Gerais (SITRAEMG), do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário Federal de Rondônia e Acre (SINDIJUFE-ROAC), do Sindicato Nacional Servidores do Plano Especial de Cargos da Polícia Federal (SINDPECPF), da Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPE), da Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), da Federação Nacional de Oficiais de Justiça Avaliadores Federais (FENASSOJAF), da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA).

É o relatório.

16/06/2020

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.686 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Trata-se de cinco ações diretas de inconstitucionalidade – ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735 –, cujo pedido é a declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.429, de 31 de março de 2017, que altera dispositivos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, sobre trabalho temporário em empresas urbanas e sobre relações de trabalho em empresas de prestação de serviços a terceiros.

Em despacho, de 27 de junho de 2017, determinei à Secretaria do Tribunal o apensamento das ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, para fins de apreciação e julgamento conjunto.

Estando os autos devidamente instruídos e em plenas condições de julgamento definitivo, passo ao exame de mérito.

**I – Das alegações de inconstitucionalidade formal da Lei 13.429/2017**

Quanto às alegações de vício de inconstitucionalidade formal da Lei 13.429/2017, entendo que não assiste razão aos autores.

A Constituição Federal disciplina o processo legislativo no seu Título IV, Capítulo I, Seção VIII, de onde se extrai que a competência para legislar sobre a matéria em questão é concorrente. Não há, no texto constitucional, dispositivos que regulamentem os demais pontos questionados, a saber, a retirada de tramitação de projeto de lei pelo Presidente da República e a proibição de continuidade de tramitação de projeto de lei por sucessivas legislaturas.

As supostas violações arguidas são tratadas pelos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), para a qual o Presidente da República pode solicitar a retirada de tramitação de projeto de lei, determina que:

**ADI 5686 / DF**

**“Art. 104. A retirada de proposição, em qualquer fase do seu andamento, será requerida pelo Autor ao Presidente da Câmara, que, tendo obtido as informações necessárias, deferirá, ou não, o pedido, com recurso para o Plenário.**

§ 1º Se a proposição já tiver ao menos um parecer favorável, somente ao Plenário cumpre deliberar a respeito da retirada. (Parágrafo com redação dada pela Resolução nº 12, de 2019, publicada no Suplemento ao DCD de 1º/11/2019, em vigor no início da próxima sessão legislativa ordinária)

§ 2º No caso de iniciativa coletiva, a retirada será feita a requerimento de, pelo menos, metade mais um dos subscritores da proposição.

§ 3º A proposição de Comissão ou da Mesa só poderá ser retirada a requerimento de seu Presidente, com prévia autorização do colegiado.

§ 4º A proposição retirada na forma deste artigo não pode ser reapresentada na mesma sessão legislativa, salvo deliberação do Plenário.

**§ 5º Às proposições de iniciativa do Senado Federal, de outros Poderes, do Procurador-Geral da República ou de cidadãos aplicar-se-ão as mesmas regras.”**

**“Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:**

- I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;
- II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;
- III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;
- IV - de iniciativa popular;
- V - **de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.**

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada

**ADI 5686 / DF**

mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.”

Percebe-se que a tramitação do Projeto de Lei 4.302/1998 deu-se conforme o RICD. Ainda que assim não tivesse sido, entretanto, recorro que esta Corte já firmou entendimento no sentido de não ser possível ao Poder Judiciário a análise ou a modificação da compreensão legitimamente conferida às previsões regimentais de organização procedimental pelas Casas Legislativas, dado que se trata de matéria *interna corporis*. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

“AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. INSTALAÇÃO E COMPOSIÇÃO DE COMISSÃO ESPECIAL. SUPOSTA NECESSIDADE DE PLENO FUNCIONAMENTO DAS COMISSÕES PERMANENTES. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS REGIMENTAIS DA CASA LEGISLATIVA. ATO INTERNA CORPORIS, NÃO SUJEITO AO CONTROLE JUDICIAL. SEPARAÇÃO DE PODERES. ORDEM DENEGADA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. **O Poder Judiciário não possui competência para sindicatar atos das Casas Legislativas que se sustentam, unicamente, na interpretação conferida às normas regimentais internas.** Precedentes: MS 25.144 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 28.02.2018; MS 31.951 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 31.08.2016, MS 24.356, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 12.09.2003. 2. **A inexistência de fundamento constitucional no ato emanado do Poder Legislativo, cujo alicerce decorre unicamente da exegese do Regimento Interno das Casas Legislativas, revela hipótese de ato interna corporis insindicável pelo Poder Judiciário.** 3. In casu, a despeito de o impetrante invocar o art. 58, caput, da CRFB/1988, para amparar seu direito líquido e certo, o ato coator está baseado na interpretação dos arts. 33, §§

**ADI 5686 / DF**

1º e 2º, e 34, § 1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que só deve encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário. 4. Agravo interno a que se NEGA PROVIMENTO”. (MS-AgR 35.581, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, Dje 22.6.2018) (grifei)

“MANDADO DE SEGURANÇA PRETENDIDA SUSTENTAÇÃO ORAL NO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL INADMISSIBILIDADE CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO REGIMENTAL (RISTF, ART. 131, § 2º) IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DA MESA DO CONGRESSO NACIONAL QUE APROVOU A NOMEAÇÃO DOS INTEGRANTES DO CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL ALEGADA INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL EM SUA COMPOSIÇÃO PRETENSÃO DOS IMPETRANTES, ENTRE OS QUAIS DIVERSAS ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO, AO CONTROLE JURISDICIONAL DO ITER FORMATIVO CONCERNENTE A REFERIDO ÓRGÃO COLEGIADO LEGITIMIDADE ATIVA, PARA ESSE EFEITO, APENAS DOS CONGRESSISTAS DELIBERAÇÃO DE NATUREZA INTERNA CORPORIS NÃO CONFIGURAÇÃO, EM REFERIDO CONTEXTO, DA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Não se revela admissível mandado de segurança, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes (CF, art. 2º), quando impetrado com o objetivo de questionar divergências interna corporis e de suscitar discussões de natureza regimental: apreciação vedada ao Poder Judiciário, por tratar-se de temas que devem ser resolvidos na esfera de atuação do próprio Congresso Nacional (ou das Casas que o integram). A submissão das questões de índole regimental ao poder de supervisão jurisdicional dos Tribunais implicaria, em

**ADI 5686 / DF**

última análise, caso admitida, a inaceitável nulificação do próprio Poder Legislativo, especialmente em matérias em que não se verifica evidência de que o comportamento impugnado tenha efetivamente vulnerado o texto da Constituição da República. Precedentes”. (MS-AgR 33.705, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe 29.3.2016)

“CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. SESSÃO CONJUNTA DO CONGRESSO NACIONAL. VOTAÇÃO DOS VETOS DA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE ACORDO PARA VOTAÇÃO EM DETERMINADA DATA DE VETOS COM DESTAQUE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS FATOS DA CAUSA. TRANSCRIÇÃO DOS DEBATES INDICA FORMAÇÃO DE AJUSTE PARA QUE DETERMINADO VETO COM DESTAQUE FOSSE VOTADO NAQUELA MESMA SESSÃO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE TEMPO PARA QUE OS PARLAMENTARES QUE ESTAVAM NAS DEPENDÊNCIAS DO CONGRESSO NACIONAL, MAS FORA DO PLENÁRIO, PUDESSEM VOTAR O VETO EM DISCUSSÃO. QUESTÃO INTERNA CORPORIS, INSUSCETÍVEL DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. CONFIGURAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO”. (MS-AgR 34.040, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, Dje 4.4.2016)

Não vejo, portanto, qualquer vício formal a determinar a nulidade da lei impugnada.

**II – Das alegações de inconstitucionalidade material da Lei 13.429/2017**

A Constituição brasileira de 1988 contempla leque bastante diferenciado de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. Não são poucas as disposições que regulam as bases da

**ADI 5686 / DF**

relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício, conferindo destaque para situações especiais.

É notório que a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho. O constituinte definiu a estrutura básica do modelo jurídico da relação de emprego com efeitos diretos sobre cada situação concreta.

A disciplina normativa mostra-se apta, em muitos casos, a constituir direitos subjetivos do empregado em face do empregador, ainda que, em algumas configurações, a matéria venha a ser objeto de legislação específica. Trata-se, em muitos casos, de aplicação direta e imediata de norma de caráter fundamental às relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*).

Em outras situações, tem-se direito subjetivo à edição de normas ou à criação/preservação e desenvolvimento de institutos especiais (direito subjetivo público/possibilidade de omissão inconstitucional) e/ou direito subjetivo a normas de organização e procedimento.

A Constituição brasileira, no entanto, não proíbe a existência de contratos de trabalho temporários, tampouco a prestação de serviços a terceiros.

Esta Corte reconheceu a constitucionalidade da terceirização em quaisquer das etapas ou atividades da cadeia de produção, em acórdão assim ementado:

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

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito

**ADI 5686 / DF**

do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

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

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

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

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

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

7. Firmo a seguinte tese: '1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a

**ADI 5686 / DF**

idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993’.

8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado.” (ADPF 324, rel. Min. Roberto Barroso, DJe 6.9.2019)

Em causa, como se vê, estava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho amparadas na Súmula 331 do TST – notadamente em seu item I75. A partir do teor da referida Súmula, a jurisprudência trabalhista consolidou critério de definição da legalidade/ilegalidade da terceirização a partir das noções de atividade-meio e atividade-fim, critério que, com o passar do tempo e com o desenvolvimento global de um modelo de produção descentralizado, tornou-se cada dia mais controvertido. Grosso modo, quando se reconhecia que a terceirização dizia respeito à atividade-fim, era considerada ilegal e se reconhecia o vínculo de emprego diretamente entre os trabalhadores terceirizados e a empresa tomadora dos serviços. O STF consignou, então, que a Constituição não impôs modelo específico de produção e que a terceirização não traz consigo necessária precarização das condições de trabalho.

No julgamento conjunto da referida ADPF com o RE 958.252, Rel. Min. Luiz Fux, aprovou-se a seguinte tese de repercussão geral: *“é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”*.

Quando do julgamento dos precedentes acima, tive oportunidade de abordar em meu voto a controvérsia objeto das ações diretas agora em julgamento.

Como me pronunciei naquela oportunidade, entendo que devemos analisar a terceirização da atividade-fim sob dois primas: i) a terceirização no contexto das mudanças socioeconômicas dos últimos tempos; e ii) a

**ADI 5686 / DF**

imprestabilidade do critério atividade-meio *versus* atividade-fim.

**1. Terceirização, mercado e emprego**

Inicialmente, é preciso destacar que o tema em questão encerra múltiplas facetas, fazendo com que o problema seja, em grande medida, muito mais sociológico do que jurídico.

É quase desnecessário enfatizar o valor do trabalho para a atividade humana. Por conseguinte, a sua regulação por meio do Direito do Trabalho assume a mesma importância. Sendo assim, de início, convém salientar que da pretensão de releitura do trabalho, do mercado e do direito do trabalho não resulta uma fragilização e uma precarização desses temas.

Para a compreensão do problema e seus reais consectários, impõe-se uma breve digressão, sem a pretensão de retorno aos modelos econômicos fundados, por exemplo, na escravidão e na servidão.

Tradicionalmente, a atividade desenvolvida por agentes econômicos, que ora chamamos de empregadores, sempre foi centralizada, ou seja, as etapas produtivas transcorriam internamente, arcando as empresas não só com todos os custos operacionais e de infraestrutura, como também de gestão. Esse modelo de produção convencionou-se chamar *fordismo*.

É nesse contexto que se assenta a pedra fundamental do Direito do Trabalho: a relação de emprego. E, enquanto perdura o império do modelo fordista, também as instituições clássicas do Direito Trabalho desenvolvem-se e consolidam-se.

No entanto, o modelo de internalização das etapas produtivas passa a ceder espaço para um modo descentralizado, externalizado, de produção. Na verdade, os novos modos de produção são só mais um viés das revoluções culturais pelas quais temos passado com uma frequência assustadora. É, portanto, no contexto desses “*tempos líquidos*”, na expressão cunhada por Zygmunt Bauman, que devemos discutir o problema. Como assevera o autor, vivemos a passagem de uma fase “*sólida*” para uma fase “*líquida*” de modernidade, em que “*as formas*

**ADI 5686 / DF**

*sociais (estruturas que limitam escolhas individuais, instituições que guardam repetições de rotinas, padrões de comportamento aceitáveis) não podem mais (e não se espera isso delas) manter o seu formato por muito tempo, porque elas se decompõem e derretem mais rapidamente do que o tempo necessário para moldá-las”*. (Zygmunt Bauman, *Liquid Times*, e-book, tradução livre)

Para admitirmos que os ares socioeconômicos são completamente diversos daqueles em que se assentaram as bases principiológicas do Direito do Trabalho, basta observar que a maior empresa de transportes do mundo não tem um carro sequer, e a maior empresa de hospedagem do mundo também não dispõe de um único apartamento. Refiro-me aos paradigmáticos *Uber* e *Air B&B*, ambos fundados em economia colaborativa e na descentralização da atividade econômica entre diversos agentes mercadológicos.

Ronald Coase, responsável pela inserção da ideia de “*custos de transação*” na teoria da atividade empresarial e do mercado, assevera que:

“O modo como a indústria se organiza depende da relação entre os custos de realização de transações no mercado e os custos de organizar as mesmas operações dentro daquela firma que possa realizar essa tarefa com o menor custo”. (Ronald Coase, *A firma, o Mercado e o Direito*, p. 63)

Sendo assim, a atuação da “*firma*” pautar-se-á inevitavelmente no sentido que se revelar menos oneroso do ponto de vista dos custos de transação: sendo a internalização menos onerosa, esta será a via eleita pela firma, sendo a externalização menos onerosa, é por ela que a firma conduzirá seus negócios.

No entanto, é preciso lembrar que essa é uma premissa econômica, que não leva em consideração o fator de liberdade que a empresa tem para se conduzir por um ou por outro caminho (internalização *vs.* externalização).

No nosso sistema jurídico, não há, de fato, essa liberdade, ou seja, a empresa não conseguirá se conduzir de acordo com os custos de transação trazidos pelo mercado em si. Isso porque encontram no Direito

**ADI 5686 / DF**

mais um vetor de ampliação de custos. Como preleciona Fernando Hugo Miranda:

“O modelo, conhecido por fordismo, repercutiu intensamente em valores do direito do trabalho, especialmente em relação ao fundamento antes identificado de compartilhamento com grande empresas dos custos do estado de bem-estar social. Grandes empresas, com elevado porte econômico, ancoravam a organização sindical, possibilitando a ampliação de direitos para além dos mínimos legais, seja pela via contratual – regulamentar –, seja pela via da negociação coletiva”. (Fernando Hugo R. Miranda, *A questão das cadeias produtivas no âmbito do direito do trabalho e os limites da racionalidade da Súmula nº 331/TST*)

Ou seja, as empresas são chamadas a financiar um determinado modelo de estado que traz consigo inúmeros custos que extrapolam a lógica do mercado em si mesma.

É óbvio que a imposição, por parte do Estado, no sentido da internalização da cadeia produtiva resulta na mitigação da liberdade de iniciativa. E mais: onera empresas que, num contexto moderno, passam a adotar uma estratégia econômica que reduz “a extensão de sua organização econômica hierarquizada, sem, contudo, reduzir a extensão do mercado econômico que ocupam”. (*Idem. Ibidem.*)

Impende destacar, ainda, que, nesse cômputo dos custos de transação, a eficiência é um dado significativo. É que a externalização transfere etapas da produção para outros agentes que normalmente são especializados naquela específica etapa produtiva.

A terceirização é justamente um consectário desse modelo descentralizado, externalizado. E, se as bases socioeconômicas são outras, é inevitável que tenhamos que conformar a disciplina em torno delas.

**2. Atividade-meio versus atividade-fim**

**ADI 5686 / DF**

Em um cenário de etapas produtivas cada vez mais complexo, agravado pelo desenvolvimento da tecnologia e pela crescente especialização dos agentes econômicos, torna-se praticamente impossível divisar, sem ingerência do arbítrio e da discricionariedade, quais atividades seriam *meio* e quais seriam *fim*. Por isso mesmo, consignou-se, no parecer aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, relativamente ao projeto da reforma trabalhista, o seguinte:

“Já há muito tempo deveríamos ter desistido de fazer a impraticável distinção entre atividade-meio e atividade-fim de uma empresa para fins de permissão de terceirização, aliás, algo que só existe no Brasil. (...) A mudança de paradigma da terceirização é bem ilustrada olhando grandes companhias de hoje e do passado. Enquanto a Ford chegou, no passado, a ser dona até das plantações de seringais para a produção de borracha natural usada nos seus carros, hoje a gigante de computação Dell não produz exatamente computadores, mas sim organiza uma série de milhares de contratos de fornecedores e empregados. Muitas multinacionais já terceirizaram atividades que vão do desenho de seu produto até o pós-venda, passando até pela política de estabelecimento de preços. (...) A terceirização é decorrente da própria especialização do trabalho, tendência que nos últimos séculos permitiu que as sociedades se desenvolvessem e melhorassem a vida das pessoas. (...) Em uma economia cada vez mais especializada e competitiva, seria impossível que um auditor, procurador ou juiz soubesse determinar quais atividades são fim ou meio para cada segmento da economia”.

O critério insculpido a partir da Súmula 331 do TST, como analisado na ADPF 324, não se coaduna com a realidade empresarial e econômica moderna, sendo um critério aplicável à luz do subjetivismo. E assim o sendo, sob o prisma jurídico, revela-se como um *não critério*, na medida em que dele não se pode retirar normatividade, em razão da falta de definição segura das suas hipóteses de aplicação. Como leciona Karl

**ADI 5686 / DF**

English, “*toda a regra jurídica representa em certo sentido uma hipótese, pois que ela é apenas aplicável quando se apresentem certas circunstâncias de facto que na própria regra se acham descritas*”. (Introdução ao pensamento jurídico, p. 54)

A título de exemplo, quando analisamos a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, verificamos a dificuldade de estabelecer critérios para o que seria a atividade-meio e a atividade-fim, considerada por ele ilícita a luz da Súmula 331:

“Inserir-se na atividade-fim de empresa concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica o exercício, por empregado da fornecedora de mão de obra, da função de ‘**leiturista**’, que compreende a aferição de relógios de indicação de consumo de energia elétrica”. (Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-1521-87.2010.5.05.0511, rel. Min. João Oreste Dalazen)

“Há vários julgados neste Tribunal reconhecendo a ilicitude da terceirização na contratação de empregado por intermédio de empresa interposta para a execução de vendas de bilhetes de passagens de empresa de transporte ferroviário (CBTU), por considerar que a atividade de venda de passagens está ligada diretamente à atividade-fim da empresa tomadora dos serviços. Entende-se que essa mesma *ratio decidendi* está presente no caso dos autos, na medida em que a venda de bilhetes de passagens, pelo menos em agências próprias das empresas rés, inclusive aquelas situadas nos terminais rodoviários, enquadra-se como atividade essencial ao funcionamento e dinâmica da empresa tomadora de serviços que realiza transporte rodoviário coletivo de passageiro em linhas interestaduais e intermunicipais”. (Embargos em Recurso de Revista TST-E-RR-1419-44.2011.5.10.0009, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho)

“Trata-se de contratação de empregado por empresa interposta para prestação de serviços para a Brasil Telecom S.A.,

**ADI 5686 / DF**

como instalador, reparador, cabista de linhas telefônicas. A Turma manteve a condenação solidária, nos termos do item I da Súmula 331 do TST". (Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-234600-14.2009.5.09.0021, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho)

"Trata-se de contratação de empregada por empresa interposta para prestação de serviços na Claro S.A., como atendente do sistema *call center*. Sob o fundamento de licitude na intermediação de mão de obra, a Turma manteve a sentença. Fundamentada a decisão no artigo 94, II, da Lei 9.472/97. Todavia, viabiliza-se a pretensão de reforma do julgado, para reconhecer inválido o contrato de terceirização, e a consequente aplicação da Súmula 331, IV, do TST". (Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-2707-41.2010.5.12.0030, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho)

Os exemplos ficam ainda mais paradigmáticos quando notamos que a jurisprudência do TST afasta a incidência de normas específicas e que são expressas ao consignar a possibilidade de terceirização de atividade-fim. Trata-se das Leis 8.987/95 (art. 25, §1º) e 9.472/97 (art. 94, II). A primeira dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e o dispositivo indicado aduz que "*a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados*". Por seu turno, a segunda dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, e o dispositivo indicado aduz que "*no cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: (...) contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados*".

Temos, assim, um embate entre o teor da lei e a recusa de sua aplicação por parte de um tribunal superior, o que soa como ativismo judicial. Parece-me que aqui temos uma Era Lochner às avessas.

No caso *Lochner vs. New York*, a Suprema Corte americana declarou a

**ADI 5686 / DF**

inconstitucionalidade do chamado *Bakeshop Act*, lei do estado de Nova Iorque, de 1895, que estabelecia jornada de trabalho máxima de 10 horas diárias para padeiros. Como narra Carlos Alexandre de Azevedo Campos,

“A lei configurou, de acordo com a retórica libertária do *Justice* Rufus Peckham, interferência desarrazoada, desnecessária e inadequada do Estado de Nova Orque sobre o direito de livre contratação das partes envolvidas. A lei não teria observado o princípio constitucional do devido processo legal substantivo. *Lochner* simbolizou um período de jurisprudência conservadora da Suprema Corte (*Era Lochner*), marcada pela ideologia do *lassaiz faire* e por uma leitura amplificada da Emenda XIV e de sua cláusula do devido processo legal *substancial*. Aplicando teste muito rigoroso de legitimidade, a Corte declarou insconstitucionais várias leis federais e estaduais de caráter regulatório e social, que dispunham sobre salários mínimos, limites de horas diárias e semanais de trabalho, contratação preferencial de empregados sindicalizados, estímulo à associação de trabalhadores, etc”. (*Dimensões do ativismo judicial do STF*, p. 57).

O caso é tido como paradigmático de uma vertente do ativismo judicial norte-americano marcada pelos embates, dentro da própria Suprema Corte, entre posicionamentos liberais e conservadores, o que se estende também ao diálogo da Corte com os demais poderes constituídos.

A postura conservadora da Suprema Corte começaria a ruir com o advento da Grande Depressão, crise econômica que assolou os Estados Unidos na década de 1930 e que recebeu como resposta a edição do chamado *New Deal*, um pacote de medidas levado a cabo pelo então presidente americano, Franklin Roosevelt. Alguns pontos do *New Deal* voltados para a intervenção estatal nos domínios econômico e social foram frustrados por decisões da Suprema Corte, levando o presidente a iniciar uma ofensiva contra a própria composição da Corte, pretendendo nomear seis novos *Justices*, no que ficou conhecido como *Court-Packing*

**ADI 5686 / DF**

*Plan.* Segundo Azevedo Campos:

“O plano não foi realizado exatamente como formulado, pois a proposta de ‘abarrotar’ a Corte não teve apoio popular nem político, mas Roosevelt, com a pressão política que exerceu, no final alcançou a vitória: em pouco mais de um mês depois, em uma série de decisões iniciada com *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, a Suprema Corte ‘capitulou em meio à ameaça de uma autêntica crise constitucional’ e superou e superou as decisões anteriores contra o *New Deal*”.

Se a Suprema Corte americana impôs freios a opções políticas definidas pelo legislativo, por aqui, o TST tem colocado sérios entraves a opções políticas chanceladas pelo Executivo e pelo Legislativo. Ao fim e ao cabo, a engenharia social que a Justiça do Trabalho tem pretendido realizar não passa de uma tentativa inócua de frustrar a evolução dos meios de produção, os quais têm sido acompanhados por evoluções legislativas nessa matéria.

**3. Terceirização e novas perspectivas de mercado no mundo**

Seja sob a epígrafe de terceirização, *outsourcing* ou *Auslagerung*, o tema está na pauta do dia no cenário mundial. Aliás, é inevitável abordar a questão sob o prisma das inúmeras reformas trabalhistas realizadas ao redor do mundo, fundadas, em grande medida, na necessidade de flexibilização da relações trabalhistas. E os resultados são majoritariamente positivos.

A título ilustrativo, cito a pesquisa feita por Ives Gandra da Silva Martins Filho, que demonstra os avanços de diversas reformas trabalhistas no mundo em termos de redução das taxas de desemprego:

**“Alemanha**

Taxa de desemprego antes da reforma: 9,8%

Taxa de desemprego depois da reforma: 5,7%

**ADI 5686 / DF**

**Espanha**

Taxa de desemprego antes da reforma: 23,3%

Taxa de desemprego depois da reforma: 17,8%

**França**

Taxa de desemprego antes da reforma: 10,1%

Taxa de desemprego depois da reforma: 9,5%

**Itália**

Taxa de desemprego antes da reforma: 11,5%

Taxa de desemprego depois da reforma: 11,1%

**Portugal**

Taxa de desemprego antes da reforma: 16,8%

Taxa de desemprego depois da reforma: 9,8%".

(Ives Gandra da Silva Martins Filho, *A Reforma Trabalhista no Brasil*, p. 13.

Seria temerário concluir que a redução das taxas de desemprego em tais países se deve unicamente à flexibilização, mas desconsiderar tais números seria igualmente insensato.

E, falando em números, trago também dados da Organização Internacional do Trabalho a respeito da fuga para a informalidade. De acordo com a OIT, no cenário latino-americano, a parcela de trabalhadores informais cresceu pelo terceiro ano consecutivo, atingindo 32.2% em 2017. Estima-se que em 2018 tenhamos – na América Latina, repita-se – 91 milhões de trabalhadores informais. (OIT, *World Employment Social Outlook: Trends 2018*, p. 17)

No Brasil, em 2017, o trabalho sem carteira assinada e “*por conta própria*” superou o emprego formal. E, interessantemente, a ligeira redução da taxa de desemprego se deu em razão do crescimento do trabalho informal e do desenvolvimento do comércio. (IBGE, *Informalidade e comércio contribuem para queda no desemprego*, disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/19163-informalidade-e-comercio-contribuem-para-queda-no-desemprego>)

Ou seja, aqui não se trata de optarmos entre um modelo de trabalho formal e um modelo de trabalho informal, mas entre um modelo com

**ADI 5686 / DF**

trabalho e outro sem trabalho; entre um modelo social utópico, como tão frequentemente nos alertou Roberto Campos, e um modelo em que os ganhos sociais são contextualizados com a realidade.

A informalidade é um claro indicativo de que os agentes de mercado, não apenas empresas, mas também os trabalhadores, estão migrando para a margem do sistema super-regulado que construímos. Nesse sentido, o Banco Mundial, em relatório sobre políticas de redução da informalidade, destaca que:

“(...) aumentar a flexibilidade de normas de proteção do emprego e reduzir salários mínimos reduz os custos de contratação formal de trabalhadores, e assim, pode incrementar incentivos para que empresas aumentem o emprego registrado”. (The World Bank, *Policies to reduce informal employment: an international survey*, p. 10).

Em outro documento, sobre o impacto da regulação no crescimento e na informalidade, consigna que:

“A regulação está se tornando um fator político central para explicar os gargalos do crescimento econômico em diversos países ao redor do mundo. (...) Altos níveis de regulação estão associados a um menor crescimento”.

Portanto, o que se observa no contexto global é uma ênfase na flexibilização das normas trabalhistas. É temerário ficar alheio a esse inevitável movimento de globalização do fenômeno produtivo, que faz com que empresas tenham etapas de sua produção espalhadas por todo o mundo, a exemplo de gigantes como a Apple, a Dell, a Boeing e a AirBus, cujos modelos e experiências já foram aqui apresentados da tribuna ou nos votos até aqui proferidos.

Assim, se a Constituição Federal não impõe um modelo específico de produção, não faz qualquer sentido manter as amarras de um modelo verticalizado, fordista, na contramão de um movimento global de

**ADI 5686 / DF**

descentralização. Isolar o Brasil desse contexto global seria condená-lo à segregação econômica.

Não se trata aqui de fazer uma ode à informalidade e um *requiem* das garantias trabalhistas, muito pelo contrário. A flexibilização passa necessariamente por ajustes econômicos, políticos e jurídicos, que resultarão no aumento dos níveis de ocupação e do trabalho formal, que, por conseguinte, trará os desejáveis ganhos sociais. Portanto, é nessa balança entre o ideal – por vezes ideológico e utópico – e o real que o problema se coloca.

Sem trabalho, não há falar-se em direito ou garantia trabalhista. Sem trabalho, a Constituição Social não passará de uma carta de intenções. A garantia contra despedida arbitrária ou sem justa causa e sua indenização compensatória, o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, a irredutibilidade do salário, a garantia de salário mínimo em caso de remuneração variável, o décimo terceiro salário, a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, a proteção do salário contra sua retenção dolosa, a participação nos lucros ou resultados e a participação na gestão da empresa, o salário-família, a jornada não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, a remuneração do serviço extraordinário superior em cinquenta por cento à do normal, o gozo de férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade, proteção da mulher no mercado de trabalho, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, a aposentadoria, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, a proteção em face da automação, o seguro contra acidentes de trabalho, a ação quanto aos créditos

**ADI 5686 / DF**

resultantes das relações de trabalho, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, a proibição de qualquer discriminação ao trabalhador com deficiência, a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores e a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso; tudo isso estará fadado ao esvaziamento se não dermos essa resposta jurídica a um problema econômico e social sistêmico. A rigor, o art. 7º da Constituição não tem vida própria, depende do seu suporte fático: o trabalho.

Assim, a vedação à terceirização de etapas produtivas relacionadas à atividade-fim não passa de um controle artificial, e inócuo, do mercado e das relações trabalhistas. Impõe-se um ajuste jurídico no sentido da eliminação dessa barreira ao crescimento e ao desenvolvimento do mercado e do trabalho, medida que, em vez de enterrar o trabalho, certamente o fortalecerá.

“Quem é John Galt?”, indaga-se reiteradas vezes na obra “A revolta de Atlas”, *bestseller* da autora russa Ayn Rand. A narrativa em torno do lendário personagem nos traz algumas reflexões a respeito da importância de se evitarem amarras ao desenvolvimento econômico e faz uma releitura do relacionamento existente entre o trabalho e a riqueza. Cito o seguinte trecho:

“Tente obter alimentos usando apenas movimentos físicos e descobrirá que a mente do homem é a origem de todos os produtos e de toda a riqueza que já houve na Terra. Mas o senhor diz que o dinheiro é feito pelos fortes em detrimento dos fracos? A que força se refere? Não à força das armas nem à dos músculos. A riqueza é produto da capacidade humana de pensar. Então o dinheiro é feito pelo homem que inventa um motor em detrimento daqueles que não o inventaram? O dinheiro é feito pela inteligência em detrimento dos estúpidos? Pelos capazes em detrimento dos incompetentes? Pelos

**ADI 5686 / DF**

ambiciosos em detrimento dos preguiçosos? O dinheiro é feito – antes de poder ser embolsado pelos pidões e pelos saqueadores – pelo esforço honesto de todo homem honesto, cada um na medida de suas capacidades. O homem honesto é aquele que sabe que não pode consumir mais do que produz. Comerciar por meio do dinheiro é o código dos homens de boa vontade. O dinheiro se baseia no axioma de que todo homem é proprietário de sua mente e de seu trabalho. O dinheiro não permite que nenhum poder prescreva o valor do seu trabalho, senão a escolha voluntária do homem que está disposto a trocar com você o trabalho dele. O dinheiro permite que você obtenha em troca dos seus produtos e do seu trabalho aquilo que esses produtos e esse trabalho valem para os homens que os adquirem, nada mais que isso. O dinheiro só permite os negócios em que há benefício mútuo segundo o juízo das partes voluntárias”.

Propõe-se, assim, uma equalização entre o valor do trabalho e a sua contribuição no processo de desenvolvimento econômico e social, superando-se a orientação marxista que, reitera-se, demoniza o capital e insere o trabalho como uma mera relação de poder e submissão.

Aqui, estamos estabelecendo que o valor jurídico do trabalho seja compatível com o seu valor fático. Só assim superaremos a consagração artificial de direitos trabalhistas, atingindo a valorização do trabalho na medida do seu real valor.

**4. Paternalismo e a necessária refundação do Direito e da Justiça do Trabalho**

Nelson Rodrigues já dizia que *“subdesenvolvimento não se improvisa; é fruto de séculos”*. Os dilemas que hoje o mercado nos impõe, e que exige que reflitamos a respeito do nosso modelo de direitos sociais, nomeadamente os trabalhistas, são fruto de uma cultura paternalista que se desenvolveu há décadas.

O Direito do Trabalho brasileiro baseia-se em uma premissa de

**ADI 5686 / DF**

contraposição entre empregador e empregado; na prática, uma perspectiva marxista de luta entre classes. Essa dicotomia é um clássico do chamado *conflito distributivo*. Segundo Thomas Piketty, em seu “O Capital no Século XXI”,

“Já nas sociedades tradicionais, a tensão entre proprietário e camponês, entre aquele que possuía a terra e aquele que a cultivava, entre aquele que recebia os lucros e aquele que os possibilitava, estava no cerne da desigualdade social e de todas as revoltas e rebeliões. A Revolução Industrial parece ter exacerbado o conflito entre o capital e o trabalho, talvez por terem surgido formas de produção mais intensivas no uso de capital (máquinas, recursos naturais etc.) do que no passado ou talvez, também, porque as esperanças de uma divisão mais justa e de uma ordem social mais democrática foram derrubadas”. (*e-book*)

Disso resulta uma demonização do capital, uma ideologia que impregnou até mesmo a feitura do texto constitucional brasileiro nessa matéria. Como destacou Roberto Campos:

“A cultura que permeia o texto constitucional é nitidamente antiempresarial. Decretam-se as conquistas sociais que, nos países desenvolvidos, resultam de negociação concretas no mercado, refletindo o avanço da produtividade e o ritmo do crescimento econômico. A simples expressão *conquista social* implica uma relação adversária, e não complementar, entre a empresa e o trabalhador. Elencam-se 34 direitos para o trabalhador, e nenhum dever. Nem sequer o dever de trabalhar, pois é praticamente irrestrito o direito de greve, mesmo nos serviços públicos. Obviamente, ninguém teve coragem para incluir, entre os ‘direitos fundamentais’, o direito do empresário de administrar livremente sua empresa”. (Roberto Campos, *A utopia social, A lanterna na popa*, v. II, p. 1205)

**ADI 5686 / DF**

O contexto é, portanto, de um desequilíbrio entre posições jurídicas que não mais se sustenta, pois a própria premissa de submissão da mão de obra ao capital merece ser revista.

No texto constitucional, os vetores da *valorização do trabalho* e da *livre iniciativa* estão postos, estrategicamente, lado a lado. Estão assim postos enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil, logo no artigo inaugural da Constituição, e como princípios da ordem econômica, no art. 170. Disso resulta um mandamento constitucional de equalização desses vetores, bastante diferente do cenário jurídico paternalista que construímos ao longo dos anos, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988.

O reconhecimento da constitucionalidade da terceirização de atividades inerentes à atividade-fim revela-se como instrumento de equalização dos agentes de mercado envolvidos, atendendo, portando, às diretrizes constitucionais acima citadas.

Logicamente, a prática da terceirização coloca em xeque conceitos basilares do Direito do Trabalho tal qual o conhecemos. Será preciso, portanto, refundar o Direito do Trabalho, instaurando novos pontos de ancoragem ou, no mínimo, reformulando os seus mais fundamentais conceitos. Também a Justiça do Trabalho estará diante do grande desafio de coibir abusos, nomeadamente o uso ardiloso da terceirização como expediente de pulverização da cadeia produtiva com vistas a impedir, em qualquer altura do processo produtivo, que alguma empresa arque com os direitos trabalhistas envolvidos.

A rigor, do modelo de produção horizontalizado, terceirizado, não decorrem necessária e intrinsecamente fraudes e ilicitudes.

Enfim, somos chamados a decidir entre a utopia e a realidade. Tenho reiterado a lição de Peter Häberle no sentido de que a nossa evolução constitucional deve ocorrer entre a *ratio* e a *emotio*, ponderando-se o que Ernst Bloch chamou de *princípio-esperança* com o que Hans Jonas chamou de *princípio-responsabilidade*. (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México D.F: Universidad Autónoma de México; 2001, p. 7)

**ADI 5686 / DF****5. Compatibilidade entre terceirização e concurso público**

Quanto à regra do concurso público, a meu ver, a legislação encontra-se em consonância com todo o arcabouço constitucional sobre a matéria e observa os preceitos devidos.

É claro que a utilização de serviço temporário pela administração pública não pode configurar, jamais, burla a exigência de concurso público. No entanto, observada a legislação pertinente, deve o gestor, no exercício de sua competência, optar pela melhor forma de atender o interesse público e a eficiência administrativa, podendo se utilizar da contratação de empresas de serviço temporário.

Aqui, a lógica é a mesma da descentralização da administração pública por meio da contratação de organizações sociais que compõe o terceiro setor.

A constitucionalidade do regime das organizações sociais foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923. Por maioria, o Tribunal julgou procedente a ação para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 24, XXIV, da Lei de Licitações e Contratos, que prevê hipótese de dispensa de licitação para a celebração de contratos de gestão entre organizações sociais e o Poder Público. O voto condutor, de lavra do Ministro Luiz Fux, consignou que “a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública, de modo que a contratação direta deve observar os interessados, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimentos da Lei n. 8.666.

Da mesma forma, digo eu, a contratação de empresa que forneça serviço temporário não afasta a observância dos demais princípios do art. 37 da Constituição. A terceirização da atividade não implica burla a regra do concurso público, na medida em que não implica a investidura em cargo ou emprego público. Sua utilização, no entanto, deve observar todos os princípios que regem a administração pública, não podendo ser

**ADI 5686 / DF**

desvirtuada. Por oportuno, destaco da ementa do acórdão da ADI 1923 os pontos que aqui interessam em relação à terceirização na Administração Pública:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA

**ADI 5686 / DF**

DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. **OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO.** IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. **OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT).** REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. **INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS.** **INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO.** AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEGUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS. 1. A atuação da Corte Constitucional não pode

**ADI 5686 / DF**

traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. (...) 16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. (...)” (ADI 1.923/DF, Rel. Min. Ayres Brito, Rel. p/ac. Min. Luiz Fux, julgado em 16.4.2015) (grifei)

O concurso público é a única via de ingresso em cargo ou emprego público e qualquer forma de utilização, pela administração pública, do serviço temporário para burlar a regra constitucional do concurso público já encontra sanção em nossa ordenamento e na jurisprudência do STF.

Portanto, a contratação de empresa de serviço temporário para terceirizar o desempenho de determinadas atividades dentro da administração pública não implica em violação à regra do concurso público, uma vez que não permite a investidura em cargo ou emprego público, devendo a Administração observar todas as normas pertinentes a contratação de tais empresas.

Não vejo, portanto, qualquer violação à Constituição Federal a determinar a nulidade da lei impugnada.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.686 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REQTE.(S)** : **CONFEDERACAO NACIONAL DAS PROFISSOES LIBERAIS**  
**ADV.(A/S)** : **AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA E OUTRO(A/S)**  
**INTDO.(A/S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**INTDO.(A/S)** : **CONGRESSO NACIONAL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**AM. CURIAE.** : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL**  
**ADV.(A/S)** : **AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA**  
**AM. CURIAE.** : **CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE**  
**ADV.(A/S)** : **PERCIVAL MARICATO**  
**ADV.(A/S)** : **DIOGO TELLES AKASHI**  
**AM. CURIAE.** : **FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES - FEBRATEL**  
**ADV.(A/S)** : **FLAVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)**  
**AM. CURIAE.** : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI**  
**ADV.(A/S)** : **CASSIO AUGUSTO BORGES (91152/RJ, 20016-A/DF)**

**V O T O**

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

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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.

Cumprido 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

**ADI 5686 / DF**

ministro do Trabalho, Lindolfo Collor, perante o presidente, Getúlio Vargas. Naquele momento, a relação jurídica entre tomador e prestador de serviços era regida pelas normas civilistas. Prevalciam as ideias do Código Civil francês, napoleônico, quanto à liberdade absoluta dos contratantes.

Segundo a lição de Maurício Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: 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 pessoalidade e da subordinação direta.

Foi, porém, no âmbito do setor público que a legislação concernente à contratação do trabalho terceirizado ganhou contornos mais bem-definidos, já sob a égide do regime de exceção inaugurado em 31 de 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.

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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.

**ADI 5686 / DF**

221.)

Voltando ao domínio internacional, vale mencionar a Recomendação nº 198/2006 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a versar a conveniência de, no domínio das políticas nacionais, os países membros definirem normativamente “indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho”, sublinhando a integração do trabalhador na organização da empresa, a pessoalidade na prestação do serviço contratado e a garantia da continuidade do vínculo no tempo – item 13.a. 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

**ADI 5686 / DF**

revelar autorização à 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-juíz, 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.

16/06/2020

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.686 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REQTE.(S)** : CONFEDERACAO NACIONAL DAS PROFISSOES LIBERAIS  
**ADV.(A/S)** : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA E OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL  
**ADV.(A/S)** : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA  
**AM. CURIAE.** : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE  
**ADV.(A/S)** : PERCIVAL MARICATO  
**ADV.(A/S)** : DIOGO TELLES AKASHI  
**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES - FEBRATTEL  
**ADV.(A/S)** : FLAVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI  
**ADV.(A/S)** : CASSIO AUGUSTO BORGES

**Voto Vogal**

O Senhor Ministro Edson Fachin: Trata-se do julgamento conjunto das ADIs de nº 5685, 5686, 5687, 5696 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

**ADI 5686 / DF**

trabalhador, abaixo dos patamares historicamente construídos e cristalizados na Súmula nº 331 do TST, para permitir a terceirização também das denominadas atividades-fim, o que equivaleria viabilizar - no contexto jurídico atual, em que ausente lei, além daquelas já citadas, que excepcione o modelo bilateral clássico - mera intermediação de mão de obra em prol do tomador dos serviços, significa chancelar, à margem da lei, a mercantilização do trabalho humano, configuradora de repugnante exploração do homem pelo homem e desprestígio da lei pátria e da Constituição da República.

Tal intermediação em que o trabalho humano se torna produto suscetível de ser comprado e vendido constitui uma das piores fraudes à aplicação dos direitos trabalhistas, pois visa a retirar a incidência de todo o arcabouço da respectiva legislação, de ordem pública, que tutela as relações de emprego . 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 mentém 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

**ADI 5686 / DF**

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-

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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:

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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*

**ADI 5686 / DF**

*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.*

**ADI 5686 / DF**

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*

**ADI 5686 / DF**

*prestadora de serviços. Em situações mais limítrofes, se deparará com decisões em processos coletivos, restringindo em absoluto a liberdade de contratar ou condenando-o ao pagamento de indenizações milionárias [ a título de dano moral coletivo], por contratações que, depois de vários anos de vigência, são consideradas ilícitas, abusivas.*

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

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

*Esta Corte já decidiu pela necessidade de demonstração de controvérsia judicial sobre o tema impugnado por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental:*

**E M E N T A:** ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE INOBSERVÂNCIA INVIABILIDADE DE REFERIDA AÇÃO CONSTITUCIONAL DOCTRINA PRECEDENTES POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO, MEDIANTE ADPF, DE DECISÕES JUDICIAIS, DESDE QUE NÃO TRANSITADAS EM JULGADO CONSEQUENTE O PONIBILIDADE DA COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL À ADPF PRECEDENTE O SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA RES

**ADI 5686 / DF**

JUDICATA RELAÇÕES ENTRE A COISA JULGADA MATERIAL E A CONSTITUIÇÃO RESPEITO PELA AUTORIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL, MESMO QUANDO A DECISÃO TENHA SIDO PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADPF: AÇÃO CONSTITUCIONAL QUE NÃO DISPÕE DE FUNÇÃO RESCISÓRIA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE CARACTERIZADA POR JULGAMENTOS CONFLITANTES DE ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS DIVERSOS: PRESSUPOSTO NECESSÁRIO E ESSENCIAL AO VÁLIDO AJUIZAMENTO DA ADPF AUSÊNCIA, NO CASO, DE QUALQUER ESTADO DE INCERTEZA OU DE INSEGURANÇA NO PLANO JURÍDICO, NOTADAMENTE PORQUE JÁ DIRIMIDO O DISSENSO INTERPRETATIVO PELO STF FORMULAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 652/STF DOCTRINA RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

*(ADPF 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

**ADI 5686 / DF**

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*

**ADI 5686 / DF**

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.*

*Cumpra, 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*

**ADI 5686 / DF**

*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,

**ADI 5686 / DF**

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*

**ADI 5686 / DF**

*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*

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

*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 argente 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*

**ADI 5686 / DF**

*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*

**ADI 5686 / DF**

*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.*

*Cumprido, nesse momento, a 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.*

**ADI 5686 / DF**

*Nesse íterim, 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 destoar, referida circunstância não deixa de chamar a atenção, nem nos países onde também se verifica a terceirização de mão-de-obra, nem pela Organização Internacional do Trabalho, que emitiu, no ano de 2006, a Recomendação nº 198, por meio da qual conclama os países a:*

*luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por*

**ADI 5686 / DF**

*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*

**ADI 5686 / DF**

*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 divirjo do Relator.

É como voto.

16/06/2020

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.686 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REQTE.(S)** : CONFEDERACAO NACIONAL DAS PROFISSOES LIBERAIS  
**ADV.(A/S)** : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA E OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL  
**ADV.(A/S)** : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA  
**AM. CURIAE.** : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE  
**ADV.(A/S)** : PERCIVAL MARICATO  
**ADV.(A/S)** : DIOGO TELLES AKASHI  
**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES - FEBRATTEL  
**ADV.(A/S)** : FLAVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI  
**ADV.(A/S)** : CASSIO AUGUSTO BORGES (91152/RJ, 20016-A/DF)

**VOTO**

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Inicialmente, assim como entendeu o Ministro Marco Aurélio, compreendo que a Lei 13.429/2017 padece do vício da inconstitucionalidade formal, pela ausência de deliberação sobre requerimento de retirada do Projeto de Lei 4.302/1998, formulado pelo Presidente da República, por meio da mensagem 389/2003 (documento eletrônico 15 constante da ADI 5.685/DF).

**ADI 5686 / DF**

Para tanto, adoto como razões de decidir, os seguintes trechos do parecer da Procuradoria-Geral da República:

“Nos mais de treze anos que se seguiram até votação conclusiva do projeto, o requerimento formulado pelo Presidente da República jamais foi submetido à deliberação do Plenário da Câmara. Nesse período, o projeto permaneceu nas comissões parlamentares. Em 2017, o projeto foi finalmente aprovado na CTASP e na CCJC e, levado a Plenário, foi aprovado nas sessões extraordinárias de 22 e 23 de março de 2017, conforme notas taquigráficas na peça 6 da ADI 5.687/DF.

[...]

Foi o que ocorreu no caso. O Presidente da República formulou requerimento de retirada do PL 4.302/1998 (mensagem 389/2003) quando a Câmara dos Deputados se preparava para iniciar a apreciação da emenda substitutiva apresentada pelo Senado Federal. Ainda não se ultimara a formação da vontade legislativa acerca da proposição.

Desconsideração do requerimento presidencial de retirada do projeto, com o argumento de que as casas legislativas teriam assumido a titularidade da matéria ao promover suas primeiras deliberações, não encontra guarida na disciplina constitucional do processo legislativo.

Primeiro, porque as deliberações parlamentares iniciais não alteram a iniciativa legislativa extraparlamentar para os fins previstos nas normas constitucionais. Segundo, porque as normas constitucionais, que tomam em sua unidade a deliberação parlamentar e lhe conferem caráter intermitente, não submetem o Executivo às vontades parciais manifestadas isoladamente pelas casas legislativas, sobre o mérito da proposição, no curso do procedimento deliberativo.

Ao afetar o ato complexo de formação da lei e desprezar prerrogativa constitucional do Executivo, o vício ocorrido na Câmara dos Deputados transcende a natureza de vicissitude interna da tramitação parlamentar. Não se trata de mera questão *interna corporis*. Esses aspectos são mais bem explicados

**ADI 5686 / DF**

a seguir.

[...]

As deliberações parlamentares iniciais do PL 4.302/1998, realizadas antes da apresentação do requerimento de retirada formulado pelo Presidente da República (mensagem 389/2003), não alteraram a iniciativa legislativa da proposição e mantiveram incólume a prerrogativa do Executivo de manifestar e ter apreciado seu pedido de desistência do projeto de lei." (págs. 17-30 do documento eletrônico 61 constante da ADI 5.685/DF).

Ademais, relembro que no julgamento da ADPF 324/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, e do RE 958.252/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, tendo em conta que, de modo superveniente ao ajuizamento daquela ADPF, foram editadas as Leis 13.429 e 13.467, ambas no ano de 2017, com o intuito de regulamentarem a terceirização, inclusive da atividade-fim das empresas tomadoras de serviços, entendi que seria o caso de sobrestar o exame daqueles feitos para julgá-los em conjunto com estas ADI's, que tratam mais amplamente do tema da terceirização, já à luz da legislação superveniente, editada em 2017.

No entanto, o julgamento conjunto foi levada a efeito e, por maioria, o Plenário desta Suprema Corte julgou procedente a ADPF e deu provimento a recurso extraordinário, reconhecendo-se, em suma, a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado.

Naquela assentada votei pela improcedência da ADPF e pelo desprovimento do RE, na honrosa companhia dos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio, por entender que o mecanismo de terceirização, a despeito de consagrar-se como uma redução considerável no custo das empresas, quando desviado de sua natureza para alcançar os serviços basilares destas, fere a força normativa dos elementos centrais da relação de emprego, fonte central do sistema de proteção do trabalho

**ADI 5686 / DF**

humano, além de acarretar outras inúmeras consequências danosas para o mercado de trabalho. Por oportuno, transcrevo trechos do voto que guiaram a minha manifestação:

“A ideia de terceirização, no plano internacional, iniciou-se nos Estados Unidos, durante a Segunda Guerra Mundial, por necessidade de concentração por parte das indústrias na produção de armamentos. Destarte, as atividades secundárias passaram a ser delegadas a empresas terceiras, prestadoras de serviços por intermédio de seus próprios empregados.

No período pós-guerra, a terceirização da produção expandiu-se ainda mais, pois ante o cenário de estagnação da economia mundial, as empresas abriram mão da qualidade no ciclo produtivo, para priorizar a garantia da sobrevivência empresarial, com a minimização de custos e adoção de estratégias empresariais de resistência (sobrevivência).

Em meados da década de 80 surge, então, o modelo toyotista, que teve como elemento nuclear a terceirização, pois esta reflete os principais fundamentos constitutivos do referido mecanismo, em especial, a criação de empregos precários e flexíveis e a concentração exclusivamente no cerne do processo produtivo, delegando a terceiros as demais etapas do circuito de produção.

Em outras palavras, reduziam-se os custos de mão de obra e se garantiam aumentos em termos de especialização de serviços, qualidade e eficiência, o que ocasionava um aumento da competitividade, de forma consequente ao crescimento da produtividade das empresas.

Naquele momento histórico, o mercado interno brasileiro encontrava-se favorável para a aceitação da descentralização da produção. Porém, o modelo clássico de organização das relações trabalhistas nacionais prosseguiu sendo predominante no mercado privado brasileiro.

De fato, como assenta Delgado, “[a] implantação do fenômeno da terceirização no Brasil é resultado de processo periódico, gradual e incisivo de inserção do modelo toyotista de

**ADI 5686 / DF**

produção no país’.

Ao observarmos os marcos legislativos dessa flexibilização, percebemos facilmente essa lenta progressão, a começar pela Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, que, em sua redação original, tratou apenas da subcontratação de mão de obra, sequer considerada por alguns como modelo de terceirização.

Certo é que a legislação brasileira abordou, de forma inconteste, sobre contratação terceirizada no Decreto-Lei 200, de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa ocorrida na época.

Nesse instrumento, não se utilizou o termo ‘terceirização’, no entanto, em seu art. 10, § 7º, c, foi autorizada a ‘descentralização e delegação’ de atividades executivas, taxativamente delimitadas apenas na Lei 5.645, de 1970.

Na iniciativa privada, a terceirização ganhou estrutura jurídica apenas a partir da década de 70, com a regulamentação do trabalho temporário e de vigilância patrimonial e transporte de valores em instituições bancárias pelas Leis 6.019/1974 e 7.102/1983, respectivamente.

Em contrapartida às poucas legislações sobre o assunto, a terceirização foi ganhando força no mercado de trabalho, já que utilizada como alternativa para aumentar a eficiência, a produtividade e a competitividade das empresas, e as demandas sobre seus limites e possibilidades começaram a ser jurisdicionalizadas, obrigando o Judiciário a construir orientações acerca dessas questões.

Nesse contexto, o TST editou o enunciado da Súmula 256, em 1986, com seguinte teor:

‘CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o

**ADI 5686 / DF**

vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços’.

Vê-se que a intermediação de mão de obra, em um primeiro momento, foi considerada ilegal pela Corte Trabalhista, sendo permitida apenas nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, resguardando o modelo clássico da relação de emprego prescrito pela CLT.

Ocorre que, como visto anteriormente, nessa mesma época surge o modelo de gestão toyotista, que estimulou um crescimento desregrado da terceirização no universo empresarial.

Os empresários, ao arrepio da legislação, começaram a terceirizar indiscriminadamente as atividades corporativas, tanto as secundárias quanto as nucleares como estratégia de desenvolvimento econômico.

Esse progresso acelerado da flexibilização das condições de trabalho intensificou as demandas trabalhistas que discutiam os limites legais e as possibilidades do desvirtuamento da relação bilateral de emprego.

Em consequência, a Justiça do Trabalho, que já havia consolidado jurisprudência relutante contra a intermediação de mão de obra, dividiu-se entre os efeitos danosos da terceirização sobre os fundamentos do Direito do Trabalho e a modernização da estrutura empresarial.

Em dezembro de 1993, o TST então reformulou seu entendimento previsto no enunciado anterior, e editou a Súmula 331/TST, *in verbis*:

‘ENUNCIADO Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO Nº 256

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6019, de 03.01.74).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os

**ADI 5686 / DF**

órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei n. 8.666/93)'.  
Observa-se que o novo verbete sumular manteve as hipóteses de terceirização lícita previstas na proposta antecedente, acrescentando ao rol os serviços de conservação e limpeza e, ainda, os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Neste ponto, importante destacar as condições impostas pela Súmula para que a terceirização da atividade-meio não fosse considerada fraude trabalhista. Isso porque elas demonstram que a Justiça do Trabalho não quis afastar as hipóteses legais de descentralização da produção dos preceitos inculpidos pela CLT.

Ressalta-se, também, que a súmula estendeu à iniciativa privada e, por conseguinte, às empresas estatais, o mesmo tratamento legal oferecido à Administração Pública à luz do Decreto-Lei 200/1967 e da Lei 5.645/1970, no sentido de permitir a delegação 'dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador'.

Por fim, e não menos importante, a referida evolução

**ADI 5686 / DF**

jurisprudencial estabeleceu a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços quanto às obrigações trabalhistas da empresa intermediária, desde que aquela tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Por meio da Resolução 174/2011, aquele Tribunal alterou o item IV da Súmula, deferindo requerimento do Ministério Público do Trabalho - MPT, e excluiu a penalidade de formação de vínculo de emprego nos casos de contratação irregular para os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional.

Além disso, a referida resolução adicionou os itens V e VI, que estabelecem a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta, nas mesmas condições do item IV, apenas no caso de evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Acrescenta o enunciado, ainda, que a referida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

No inciso VI, estendeu-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços por todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

[...]

III - Terceirização e o Direito Comparado:

Contextualizando em âmbito internacional, é possível observar que o instituto vem sendo utilizado em diversos países e, na maioria deles, busca preservar a clássica relação de emprego de modo muito mais enfático do que ocorre no Brasil.

[...]

Essa é a mesma preocupação do Brasil que, antes sem normativa específica do tema, animou a interpretação jurisprudencial prevista na Súmula 331 do TST, atenta a

**ADI 5686 / DF**

minimizar os subterfúgios advindos de um mecanismo que excepciona e vulnerabiliza o regime de proteção social.

De todos os países citados, resta clara a motivada busca por limites racionais e proporcionais para a sua utilização, atentando-se sempre para a máxima valorização da dignidade humana e o esvaziamento da visão do trabalho-mercadoria.

Não tenho dúvidas de que esse panorama internacional revela que a nossa Carta de 1988 também esteve direcionada à necessidade da regulação protegida do trabalho, o que, somente se dá se tivermos em conta o específico impacto que a terceirização exerce sobre o regime de proteção social albergado nela. E foi justamente essa a função exercida pelo TST por meio de sua interpretação jurisprudencial lançada sobre a Súmula 331.

**IV - Consequências da banalização da terceirização:**

O padrão de proteção constitucional ao regime de emprego possui elementos normativos intrínsecos e que não podem ser desconfigurados, sob pena de esvaziamento da eficácia de direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores.

A prática observada no dia a dia dessas relações terceirizadas ressalta que, apesar da roupagem formal empregatícia, diversos elementos estruturantes da relação de emprego tornam-se frágeis, haja vista a alta rotatividade da mão de obra do trabalhador terceirizado, que fica prejudicado, portanto, no recebimento de importantes verbas trabalhistas, como, por exemplo, não chegam a adquirir o direito às férias anuais remuneradas.

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

**ADI 5686 / DF**

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.

[...]

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

**ADI 5686 / DF**

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, destaque 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;

**ADI 5686 / DF**

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

**ADI 5686 / DF**

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”.

Assim como conclui naquele julgamento, agora na análise propriamente da constitucionalidade da Lei 13.429/2017, entendo que o referido ato normativo atacado, ao permitir a terceirização de serviços em

**ADI 5686 / DF**

atividades-fim, 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, por entender que a terceirização de atividade-fim constitui fraude à formação de relações de emprego, observo que 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.

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.

Por todo o exposto, pedindo vênias ao Relator, Ministro Gilmar Mendes, acompanho integralmente a divergência iniciada pelo Ministro Marco Aurélio, que, julgando procedente o pedido, declarou a inconstitucionalidade da Lei 13.429/2017.

É como voto.

16/06/2020

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.686 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REQTE.(S)** : CONFEDERACAO NACIONAL DAS PROFISSOES LIBERAIS  
**ADV.(A/S)** : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA E OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL  
**ADV.(A/S)** : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA  
**AM. CURIAE.** : CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE  
**ADV.(A/S)** : PERCIVAL MARICATO  
**ADV.(A/S)** : DIOGO TELLES AKASHI  
**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES - FEBRATTEL  
**ADV.(A/S)** : FLAVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI  
**ADV.(A/S)** : CASSIO AUGUSTO BORGES (91152/RJ, 20016-A/DF)

**VOTO VOGAL**

**A Senhora Ministra Rosa Weber:** 1. Trata-se de julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade nº 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735, ajuizadas em face da Lei 13.429/2017, que promoveu alterações na Lei n. 6.019/74 e permitiu a terceirização das atividades-fim.

2. O tema, objeto de amplo debate desta Suprema Corte ao julgamento da ADPF 324 e do RE 958252, volta à apreciação desta Casa na presente sessão de julgamento virtual.

**ADI 5686 / DF**

**3. Peço vênia ao Ministro Relator para acompanhar a divergência.**

4. Rememoro e sustento, mais uma vez, o meu posicionamento à época, que integrou a contraposição à tese vencedora, juntamente com os bem lançados votos dos eminentes Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio:

“2. A controvérsia, nos termos em que posta, diz com o exame da existência, ou não, de violação do art. 5º, II, da Constituição Federal, pela compreensão do TST, consubstanciada na Súmula 331, ao impor limites à terceirização, não a admitindo na atividade-fim. Dito de outra forma, se a imposição de limites à chamada terceirização, pelo TST, ofende os princípios e regras constitucionais contidos na Constituição Cidadã e 1988, que está a completar 30 anos em outubro vindouro.

Pontuo aqui que a Súmula 331 do TST não nasceu de geração espontânea. É o resultado de longo processo de consolidação da jurisprudência trabalhista – mais de 30 anos de jurisprudência trabalhista - na adequação entre as normas de proteção ao trabalho e a realidade cotidiana da intermediação de mão de obra por meio de pessoa interposta. Desde 1986 a Súmula 256/TST, de iniciativa do Ministro Marco Aurélio, à época Ministro daquela Casa, já dispunha sobre a limitação da terceirização ao trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83).

Impõe-se examinar o art. 5º, II, da Constituição Federal com a amplitude de sentidos que se lhe atribuiu no reconhecimento da repercussão geral: o dispositivo constitucional em comento foi lido, a um só tempo, como balizador do princípio da legalidade, da liberdade de contratação e da livre iniciativa.

Dispõe o art. 5º, II, da Constituição da República, em sua literalidade, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Os desdobramentos daí extraídos, pela decisão que reconhece a repercussão geral da matéria, seriam o de que, não havendo

**ADI 5686 / DF**

preceito legal proibitivo da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, a decisão do Tribunal Superior do Trabalho estaria a ofender o princípio da legalidade e, assim caminhando, a restringir a liberdade de contratação das empresas envolvidas, ao ponto de comprometer o exercício da livre iniciativa.

Em assim sendo, a controvérsia deve ser analisada sob cada um dos mencionados postulados.

Para atender a essa demanda, cumpre compreender o que é terceirização, enquanto fenômeno socioeconômico e trabalhista; compreender em que termos esse fenômeno foi absorvido e regulado pelo Direito do Trabalho; analisar a partir da categoria do contrato de trabalho, quais são as possibilidades e quais são os imperativos para a contratação do trabalho de pessoas sob o paradigma constitucional e, por fim, confrontar se o exercício da contratação terceirizada, no que concerne às atividades-fim das organizações, traduz-se num ato de liberdade não limitado pelo ordenamento ou se é possível extrair da ordem jurídica vigente os limites que o TST, no caso concreto, impôs.

(...)

A CLT foi refratária a que formas indiretas ou intermediadas de contratação de força de trabalho se afirmassem como regra. Do contrário, a regra estabelecida foi o contrato de trabalho firmado diretamente entre empregado (aquele que presta serviços) e empregador (aquele que se beneficia dos serviços prestados), admitida de forma apenas excepcional a subcontratação da força de trabalho.

Nesse sentido, a CLT caminha em compasso com a Organização Internacional do Trabalho, que, por meio da Declaração de Filadélfia de 1944, preconiza que o trabalho humano não é mercadoria, não podendo ser negociado ou intermediado, mas contratado diretamente por seu próprio titular: o trabalhador.

(...)

**ADI 5686 / DF**

Destaque-se que é a partir dessa arquitetura normativa do contrato de trabalho, sobre a qual se construiu a CLT, que se desenvolvem os parâmetros constitucionais de proteção. Aliás, o desafio constitucional foi o de reforçar a perspectiva expansionista do direito do trabalho, estendendo, para além dos empregados, os direitos sociais trabalhistas. Todavia, não há dúvidas de que é a relação de emprego, nos moldes celetistas, a porta de acesso a grande parte dos direitos garantidos no art. 7º da Constituição Cidadã. Outrossim, tampouco se pode duvidar que a perspectiva constitucional é no sentido de assegurar o acesso a tais direitos do ponto de vista formal e também substancial, garantindo sua densidade e conteúdo.

(...)

Assim, é da própria Constituição que se extrai a equivalência e inter-relação entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF/88), a denotar que, sob pena de uma fragilização absoluta da condição dos trabalhadores, a livre iniciativa deverá ser exercida, com criatividade e eficiência, respeitados os limites da legislação estatal heterônoma em matéria de Direito do Trabalho. É estabelecendo o binômio entre poder e responsabilidade que se assegura que a livre iniciativa seja exercida nos limites da função social da empresa, como assinalou Ana Frazão<sup>1</sup>.

Nesse passo, é importante observar que a imperatividade das formas de contratação e das normas trabalhistas de conteúdo mínimo (o chamado núcleo “duro” ou patamar civilizatório mínimo) constitui princípio basilar do Direito do Trabalho.

Dentro da referida noção de imperatividade foi que se construiu o contrato de trabalho, com toda a

---

1 LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

**ADI 5686 / DF**

significação social e política que esse apresentou na história do trabalhismo no Brasil: a ideia de cidadania regulada, defendida por Wanderley Guilherme dos Santos, demonstrava a vinculação entre o emprego formal e o acesso à inserção social e à cidadania.

Para a construção jurídica do contrato de trabalho, de forma muito diversa das premissas clássicas do Direito Civil, partiu-se da premissa de uma autonomia da vontade extremamente mitigada no que toca ao trabalhador.

O reconhecimento da disposição do trabalhador para uma prestação de serviços subordinada pressupõe o desprovemento dos meios de produção e a necessidade premente de vincular-se a uma fonte de trabalho que lhe remunere para a garantia de sua sobrevivência e para alcance de um determinado patamar de inserção social, cidadania e afirmação identitária.

Essa conjuntura subjuga a condição jurídica do trabalhador em face ao empregador-contratante, não apenas no momento da contratação, mas durante todo o curso da relação contratual, na medida em que o fim da relação empregatícia representa para o obreiro o risco da miserabilidade e exclusão”.

Entendo, portanto, que a terceirização desvirtua a relação bilateral de emprego, com consequências inadmissíveis aos direitos sociais e à proibição do retrocesso, em razão da evidente pretensão reducionista que lhe é ínsita.

Incumbe a esta Casa rechaçar toda e qualquer forma de alteração legislativa que pavimente o caminho para sujeição dos trabalhadores, mediante a terceirização, a condições degradantes e de exploração. Como já afirmei, *“na atual tendência da economia brasileira, a liberalização da terceirização de atividade-fim, longe de interferir na curva de emprego, tenderá a “nivelar por baixo” o mercado de*

**ADI 5686 / DF**

*trabalho, expandindo a condição de precariedade hoje presente nos 26,4% de postos de trabalho terceirizados para a totalidade dos empregos formais”.*

*E reitero que “a redução do amparo ao trabalhador, abaixo dos patamares historicamente construídos e cristalizados na Súmula nº 331 do TST, para permitir a terceirização também das denominadas atividades-fim, o que equivaleria viabilizar - no contexto jurídico atual, em que ausente lei, além daquelas já citadas, que excepcione o modelo bilateral clássico - mera intermediação de mão de obra em prol do tomador dos serviços, significa chancelar, à margem da lei, a mercantilização do trabalho humano, configuradora de repugnante exploração do homem pelo homem e desprestígio da lei pátria e da Constituição da República”.*

**5.** Ante o exposto, mantenho o meu entendimento e **acompanho a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin**, para julgar procedente o pedido da ação direta de inconstitucionalidade.

**É como voto.**

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.686**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

REQTE.(S) : CONFEDERACAO NACIONAL DAS PROFISSOES LIBERAIS

ADV.(A/S) : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA (40152/SP) E

OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL

ADV.(A/S) : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA (40152/SP)

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

ADV.(A/S) : PERCIVAL MARICATO (042143/SP)

ADV.(A/S) : DIOGO TELLES AKASHI (207534/SP)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES - FEBRATEL

ADV.(A/S) : FLAVIO HENRIQUE UNES PEREIRA (31442/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

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

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Plenário, Sessão Virtual de 5.6.2020 a 15.6.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário