

WAMBIER
&
ARRUDA ALVIM WAMBIER
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

Aguinaldo Ribeiro Junior • Ailton dos Santos Azevedo • Airton José Dias Coradassi Filho • Alana Mara Batista • Alexandre Bark • Aline Elizabeth Prado da Silveira • Ana Beatriz dos Santos de Oliveira Rocha • Ana Carolina de Toledo Moreira • Ana Luiza Wambier • Ana Paula de Vasconcelos Ribeiro • André Luiz Roman Smaniotto • André Ortiz Pires • Andrea Sartori • Annelise Jarenko • Arthur Mendes Lobo • Camilla Darela de Oliveira • Carla Eduarda Tuma • Carlos Alberto Nepomuceno Filho • Carlos Henrique Feliciano Leite • Caroline Oliveira • Caroline Rupel Scarano • Danflauer Antunes Pereira Junior • Daniel Antonio Ribeiro de Souza • Daniel Specht Schneider • Daniela Corrêa Lopes • Daniela Peretti D'Ávila • Daniela Vieira de Oliveira • David Pereira Cardoso • Débora Bacchi Jabur • Eduardo Ferreira Tedesco • Eduardo Macedo Richard • Esio Oliveira de Souza Filho • Evaristo Aragão Santos • Evelyn Moreno Weck • Everton Bruno Lohn • Fabiana Maria Nunes Luvizotto • Fabio André Bertassoni de Souza • Fábio Maurício Andreatto • Fabricio Coimbra Chesco • Fabricio Kava • Fátima Denise Fabrin • Fausto Pereira de Carvalho • Fernanda Loyola Rabello de Mello • Fernandino Sacco Neto • Gerard Kaghtazian Júnior • Gisele de Souza Oliveira • Helder Macario da Cruz • Hélio Ricardo Diniz Krebs • Igor Roberto Ferreira Bueno • Indianara de Oliveira Pires • Isabel Spinardi Rosas • Janaina de Souza • Janaina Sena Frotta • Jhonatan Avila Marmetini • Joanna Rozário Haiduk • João Antonio do Amaral Ramires Filho • Karolyne Cristina Albino Quadri Manzano • Larissa Bisetto Breus • Larissa Caxambu de Almeida • Letícia Constantino Leonardo de Souza Naves Barcellos • Leonardo Teixeira Freire • Lorena Cortes da Costa Moreira • Luciana Luckner Zanetti • Luiz Rodrigues Wambier • Maicon Gonçalves de Jesus • Manuela Rupel • Maria Claudia Stansky • Maria Lúcia Lins Conceição • Mauri Marcelo Bevervango Júnior • Mário Helton Jorge Junior • Michel Orth de Oliveira • Michelle Francine Rodrigues • Michely Cristina Carcereri • Monica Mine Yao • Mônica Antonieta Corrêa Gomes • Mônica Eliz Nardino • Murilo Ernesto Almeida Machado • Natalia Juliane Salça • Natasha Nicolau Tuoto • Patrícia Carla de Deus Lima • Patrícia Carla Fernandes • Patrícia Marin da Rocha • Patrícia Yamasaki Teixeira • Paula Zipf Schwartz • Paulo Roberto Ayub da Costa • Pedro Henrique Anchieta Cardoso de Bermúdez • Permínio Pinto Neto • Pérola Pletsch Priscila Kei Sato • Rafael de Arruda Alvim Pinto • Rafael de Paula Sirigatti • Raquel Ribas Chaves • Regiane Cristhine de Oliveira Liblik • Renata Rodrigues Salles Nogueira Renato Antunes Ferreira • Ricardo Seigo Kimura • Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos • Roberta Marques Sabino Freitas • Roberta Vargas Bastos • Roberto da Silva Caetano • Rodrigo Carmargo Pereira • Rosa Maria Dognani Bernardo Gonçalves • Smith Robert Barreni • Suelen Mariana Henk • Suellen Secco • Taíla Caproni Ferreira Fortes • Tatiana de Azevedo Lahóz • Teresa Arruda Alvim Wambier • Thomaz Tiessi Suzuki • Thalita Carolina Figueiredo de Souza • Thatyane Domingues Carretero

Excelentíssimo Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski

ABAG – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO,

associação civil de âmbito nacional sem fins lucrativos, sediada em São Paulo – SP, na Avenida Paulista, n. 1754, conjuntos 147 e 148, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, por seus advogados, ao final assinados, com endereço profissional em Curitiba – PR, na Rua Hildebrando Cordeiro, n. 30, com fulcro no art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal, e em disposições da Lei 9.882/1999, para ajuizar

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
(com pedido de tutela de urgência)

em decorrência de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, das quais tem resultado restrição, limitação e impedimento à

Curitiba: Rua Hildebrando Cordeiro, 30 • Ecoville • Tel. (41) 3336-1323 / (41) 3301-3800 - Fax (41) 3301-3801 • 80740-350 • PR
Ponta Grossa: Praça Marechal Floriano Peixoto, 52 • Centro • Tel. (42) 3225-5532 / (42) 3311-1100 - Fax (42) 3311-1106 • 84010-680 • PR
Florianópolis: Av. Rio Branco, 404, Torre 1, cj. 1206 • Centro • Tel. (48) 3225-2628 / (48) 3733-3700 - Fax (48) 3733-3701 • 88015-200 • SC
Porto Alegre: Av. Getúlio Vargas, 901, cj. 1705 • Menino Deus • Tel. (51) 3232-9902 / (51) 4009-2500 - Fax (51) 4009-2501 • 90150-003 • RS
São Paulo: Avenida Paulista, 1439, cj.102 • Bela Vista • Tel. (11) 5564-5953 / (11) 2182-7100 - Fax (11) 2182-7120 • 01311-926 • SP
wambier@wambier.com.br

liberdade de contratação de serviços por empresas vinculadas ao seu quadro associativo, o que faz de acordo com as razões expostas a seguir.

1. CONTEXTO EM QUE SE JUSTIFICA A REALIZAÇÃO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE POR ESSA EG. CORTE SUPERIOR

A ampliação do mercado de consumo [*e, por consequência, da concorrência*] exigiu dos empresários, nas últimas décadas, modernização de seu processo produtivo, indispensável à redução dos custos e dos preços e ao aumento da qualidade dos produtos / serviços disponibilizados.

Se, antes, as empresas tinham estrutura verticalizada, realizando, por seus sócios, dirigentes e empregados, todas as etapas do processo produtivo e todas as atividades necessárias à sua existência, agora [*e já faz muito tempo*] as exigências de mercado criam a necessidade de concentrar seus esforços na atividade em que é especializada.¹

Essa é a dimensão econômica do fenômeno mundialmente conhecido como terceirização, vale dizer: esse é o contexto macro-econômico em que se insere essa tendência de **organização empresarial**, cujo impacto sobre o direito – e, mais especificamente, sobre as relações de trabalho – tem sido muitíssimo expressivo.

De fato, a alteração do perfil das sociedades empresariais estabelecidas no Brasil, em decorrência dos aspectos mencionados, fez com que se iniciasse, há mais de duas décadas, intenso debate na Justiça do Trabalho [*e nos órgãos e entidades que nela atuam cotidianamente*] quanto à legalidade da contratação de empresas ditas terceirizadas para prestação dos serviços necessários ou, em muitos casos, indispensáveis à consecução dos objetivos de outras empresas.

¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O Fenômeno da Terceirização e suas Implicações Jurídicas**. Revista Magister de Direito do Trabalho, ano VIII, n. 44, set./out. 2011, p. 7-14. Passim.

O princípio essencial da máxima proteção ao trabalhador que, no âmbito daquela Justiça Especializada, é colocado como premissa para toda e qualquer reflexão jurídica, conduziu a questionamentos quanto ao impacto da terceirização, não só do ponto de vista financeiro, sobre os empregados das empresas prestadoras de serviço [= *terceirizadas*].

Afirmou-se, naquele primeiro estágio da tendência de terceirização [*e ainda se afirma até hoje*], que dela resultava precarização das condições de trabalho, tratamento injustificadamente diferente dos empregados das prestadoras de serviço terceirizadas em relação àqueles que pertenciam ao quadro das tomadoras, redução salarial, ausência de garantias idôneas para o cumprimento das obrigações trabalhistas etc.

Nesse quadro, delineado em inúmeras ações e recursos versando sobre o tema, o posicionamento inicialmente adotado pelo TST, há quase 30 anos, foi extremamente rígido: somente se poderia considerar lícita a terceirização, mediante locação de mão de obra, nas hipóteses de contrato de trabalho temporário e de prestação de serviços de vigilância. **Esse era o teor da Súmula 256, editada em 30.09.1986.**

Esse entendimento foi, poucos anos depois (1993), revisado com a edição da Súmula 331, que ampliou o rol das hipóteses em que a terceirização poderia ser considerada lícita, nele incluindo a prestação de serviços de conservação e limpeza e de outros serviços, não específicos, ligados à atividade-meio do tomador de serviços. **Foi a partir de então que a discussão quanto à possibilidade / legalidade da terceirização passou a girar em torno do conceito [impreciso e pouco útil, como se evidenciará] de atividade-meio e de atividade-fim.**

Sete anos depois, e já em setembro de 2000, foi acrescido, à Súmula 331, o inciso IV, que reconhecia a responsabilidade subsidiária objetiva da Administração Pública, nas hipóteses em que houvesse inadimplência das obrigações trabalhistas de que fossem credores empregados de empresas

terceirizadas, contratadas pelo Poder Público. Essa responsabilidade subsidiária foi afirmada, no âmbito da Justiça do Trabalho, independentemente da regra do art. 71, § 1º,² da Lei de Licitações, que proíbe a transferência, para a Administração Pública, das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais das empresas que ela viesse a contratar [*inclusive nos contratos de prestação de serviços*].

Foi, então, ajuizada a ADC 16-DF, com o objetivo de viabilizar o controle de constitucionalidade concentrado, em relação à regra supracitada. Nessa ação constitucional, foi proferida decisão,³ por essa Eg. Corte, que afirmou a constitucionalidade da regra – e, portanto, a inviabilidade de sujeição da Administração Pública ao regime definido na Justiça do Trabalho em relação à terceirização. Disso resultou mais uma modificação, em maio de 2011, na Súmula 331, que hoje tem a seguinte redação:

"I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 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, CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 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.

² Tal dispositivo prevê: "A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis".

³ Em cuja ementa, constou: "RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995" (**ADC 16, Rel. Min. Cesar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, publicado em 09/09/2011**).

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral."

À luz dessa Súmula, é razoável concluir que a Justiça do Trabalho não reconhece os efeitos de contratos de prestação de serviços firmados pelas empresas, visando à terceirização de parte das suas atividades como estratégia para atuação mais eficaz no mercado de consumo. Ou, em termos práticos, nega-se a liberdade de contratação em todos os setores da economia, na medida em que se privam os contratos de prestação de serviços firmados dos efeitos correlatos ou respectivos, dentre os quais o não reconhecimento de vínculo de emprego entre a tomadora e os empregados da prestadora de serviços.

A bem da verdade, com o passar do tempo, as restrições se tornaram mais graves. As sociedades empresárias que contratam a prestação de serviços sujeitam-se não só à desconsideração dos efeitos dos contratos firmados [*o que, por si, já é muito grave*], como também à proibição de contratar, em absoluto, tais serviços.

De fato, nos últimos anos, várias ações coletivas [*em sentido amplo*] foram ajuizadas pelos legitimados extraordinários autorizados na legislação em vigor, **com o objetivo de impor a empresas de todos os setores [inclusive aquelas representadas pela ABAG] obrigação de conteúdo negativo –**

abstenção quanto à contratação de serviços relacionados à sua atividade-fim – ou mesmo o desfazimento dos contratos firmados. E não só: também se pede, em tais ações, a condenação das empresas demandadas ao pagamento de danos morais coletivos em patamares milionários, bem como a determinação de que sejam contratadas, como empregadas, as pessoas que prestam serviços terceirizados, tudo isso sob pena de multa e outras penalidades.

São inúmeras as ações em que veiculadas tais pretensões [*como se verá no item 2.2*], que têm sido acolhidas, lamentavelmente, em decisões proferidas em todos os graus de jurisdição na Justiça do Trabalho, com fundamento na Súmula 331.

Contra uma dessas decisões, aliás, foi interposto recurso extraordinário, que foi admitido e processado por essa Eg. Corte Superior, sob o regime do art. 543-B, do CPC. A alusão é ao Recurso Extraordinário com Agravo 713.211, sob a relatoria do Min. Luiz Fux.

A decisão que reconheceu a repercussão geral, neste recurso, apoiou-se na premissa de que “*a proibição genérica da terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente*”.

Está, realmente, caracterizada, no quadro delineado acima, a ofensa a inúmeros preceitos fundamentais da Constituição Federal em vigor.

Com efeito, a orientação hoje adotada na Justiça do Trabalho quanto ao tema da terceirização ofende:

a) em primeiro lugar, e de forma mais evidente e direta, a norma constitucional programática [*veiculadora de preceito fundamental*] do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, que alude “*aos valores sociais do trabalho e da*

livre iniciativa" como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; e,

b) os princípios constitucionais de proteção à liberdade [*art. 5º, 'caput'*] e da legalidade [*art. 5º, inciso II*], já mencionado na decisão citada, que podem ser qualificados como preceitos fundamentais.

Em síntese, a ofensa a tais disposições constitucionais resulta de a Justiça do Trabalho, em inúmeras decisões recentes, impedir a terceirização de atividades de empresas dos mais variados segmentos econômicos, com base em **construção casuística, imprecisa, que não permite a menor previsibilidade de conduta**, dos conceitos de atividade-meio e de atividade-fim e, também, de subordinação. A ausência de um padrão de conduta estabelecido previamente está inviabilizando **em absoluto** a celebração de contratos de prestação de serviços, que constitui legítima expressão do direito constitucional à liberdade [*e de seu desdobramento no âmbito econômico – a livre iniciativa*].

As restrições à liberdade de contratar têm gerado desequilíbrio indesejável entre as empresas que atuam no mercado de consumo. Aquelas que são demandadas em ações coletivas para discussão da validade dos contratos de prestação de serviços [*terceirização*] firmados e têm contra si proferidas decisões, nestas ações, acabam se sujeitando a um regime de produção mais oneroso, mais caro, **o que frustra a livre concorrência**.

Além disso, embora as decisões trabalhistas visem à proteção ao trabalhador, concretamente, desconsideram a inclusão no mercado de trabalho formal de pessoas que, em outro contexto, acabariam não participando dele. A terceirização, embora criticada veementemente, fez crescer setor importante da economia, havendo dados empíricos quanto a isso, não considerados pela Justiça do Trabalho, que, involuntariamente, acaba assumindo posicionamento **contrário à valorização do trabalho na vida em sociedade**.

Essas reflexões serão aprofundadas no item 2, *infra*, com o objetivo de demonstrar por que a presente ação constitucional não apenas é cabível, na hipótese *sub examinen*, mas também indispensável para afastar a ofensa aos

preceitos mencionados. Decisão nesse sentido beneficiará não apenas as empresas representadas pela ABAG, mas também consumidores, trabalhadores, enfim, a sociedade como um todo.

2. CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS PARA AJUIZAMENTO DA PRESENTE AÇÃO CONSTITUCIONAL E PARA REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO EM RELAÇÃO AOS ATOS IMPUGNADOS

2.1. A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DA ABAG PARA A PRESENTE AÇÃO CONSTITUCIONAL

De acordo com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.886/1994, podem ajuizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental "os legitimados para a ação direta de *inconstitucionalidade*". Por sua vez, o art. 2º, inciso IX, da Lei 9.886/1999⁴ prevê a legitimidade, para a ação direta de *inconstitucionalidade*, da "confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

Interpretando tais disposições, essa Eg. Corte já teve a oportunidade de se manifestar no seguinte sentido: "... nos termos do inciso I do art. 2º da Lei n. 9.882/99, a legitimação ativa 'ad causam' desse remédio constitucional (ADPF) é restrita aos habilitados para a ação direta de *inconstitucionalidade* (art. 103, CF/88). Com efeito, no julgamento da ADI 386, rel. min. Sydney Sanches, este Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que 'não é entidade de classe de âmbito nacional, para os efeitos do inciso IX do artigo 103 da Constituição, a que só reúne empresas sediadas no mesmo Estado, nem a que congrega outras de apenas quatro Estados da Federação'. A partir daí, o pensar jurisprudencial desta Corte se consolidou no sentido de que '**o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a**

⁴ Que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de *inconstitucionalidade* e da ação declaratória de *constitucionalidade* perante o Supremo Tribunal Federal.

existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação' (ADI 108, rel. min. Celso de Mello)".⁵

A ABAG tem a atuação transregional, exigida por essa Eg. Corte para configuração da legitimação extraordinária em situações como a presente.

De fato, trata-se de entidade de classe, instituída há 21 anos, com o objetivo principal⁶ de lutar pelo equilíbrio e a valorização das empresas do setor do agronegócio⁷ brasileiro, considerando, para tanto, que tais empresas são personagens de fundamental importância para o desenvolvimento sustentável do Brasil.

Para consecução de tal objetivo, a ABAG atua em várias frentes, em todo o território nacional, mediante realização e coordenação de eventos para integração do setor, representação perante órgãos públicos e em foros de discussão nacionais e internacionais,⁸ criação de comitês para estudo e discussão dos assuntos relevantes para todas as categorias⁹ do agronegócio por ela

⁵ ADPF 120, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, julgamento em 11-9-2007, DJ de 21-9-2007.

⁶ A descrição mais pormenorizada dos objetivos que inspiram a atuação da ABAG está no art. 7º, de seu Estatuto: "*I. atuar no campo político, sugerindo medidas que venham otimizar e aumentar a competitividade do sistema, tanto nacional quanto internacionalmente; II. atuar no campo técnico, desenvolvendo estudos técnicos que permitam respaldar sua atuação política; III. estabelecer um sistema de comunicação com os vários segmentos da sociedade brasileira, visando esclarecer a relevância do sistema e valorizar sua importância social e econômica; IV. atuar de forma a otimizar os resultados do setor*".

⁷ Definido, no art. 6º, do Estatuto da ABAG, como "a soma de todas as operações envolvendo: I. a produção e a distribuição de suprimentos agropecuários; II. As operações de produção na propriedade rural; III. O armazenamento, o processamento e a transformação de agropecuários; e, IV. A distribuição e o comércio de produtos agropecuários e dos serviços e produtos dele originados".

⁸ Por exemplo, o Comitê Estratégico do MAPA; Conselho do Agronegócio da FIESP, do Consagro – Conselho do Agronegócio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, e de suas Câmaras (açúcar e álcool; algodão; citricultura; milho, sorgo, suínos e aves; ciências agrárias; financiamento e seguro do agronegócio; infraestrutura e logística; insumos agropecuários; negociação agrícola internacional; oleaginosas e biodiesel); do Conselho Assessor da Embrapa; da Câmara Setorial de Leite e Derivados e da Câmara Setorial de Carne Bovina da Secretaria da Agricultura do Estado de São Paulo; da Comissão Brasil-Alemanha de Agronegócio e Inovação.

⁹ Como o Comitê de Financiamento, o Comitê de Sustentabilidade, o Comitê de Desmatamento, o Comitê de Assuntos Fundiários, o Comitê de Bioeconomia, o Comitê de Bioenergia, o Comitê de Insumos e o Comitê de Comunicação.

representadas; bem como participação de missões comerciais no exterior, a convite de Ministros e da própria Presidência.

Essa atuação ampla em favor do setor representado, torna-se viável, concretamente, porque, no quadro associativo da ABAG, estão outras associações de classe de que colaboram com a consecução de seus objetivos em vários Estados brasileiros, tais como: **(i)** a **ÚNICA** [*União da Indústria de Cana-de-Açúcar*], com representação nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Goiás, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Alagoas, Pernambuco e Paraná; **(ii)** a **IBÁ** [*Indústria Brasileira de Árvores*], com representação no Rio Grande do Sul, em Santa Catarina, no Paraná, em São Paulo, no Rio de Janeiro, no Espírito Santo, na Bahia, em Minas Gerais, no Mato Grosso do Sul, no Tocantins, no Maranhão, no Piauí, em Goiás e no Amapá; **(iii)** a **CitrusBR** [*Associação Nacional dos Exportadores de Sucos Cítricos*], com representação em São Paulo, em Minas Gerais e no Paraná; e **(iv)** a **UDOP** [*União dos Produtores de Bioenergia*], com representação, no Maranhão, no Mato Grosso do Sul, em São Paulo, em Minas Gerais, no Rio de Janeiro, no Amazonas, em Goiás e no Mato Grosso.

As empresas associadas a tais entidades – e, por extensão, à ABAG – contribuem com parcela expressiva do crescimento econômico dos setores a que vinculadas. Em relação ao setor florestal, por exemplo, as empresas associadas da IBÁ são responsáveis por 7,2 milhões de hectares de árvores plantadas, além de receita bruta de R\$ 60.000.000.000,00 (sessenta bilhões de reais) e 5.000.000 de empregos diretos e indiretos. Esses dados permitem, também, que se vislumbre a representatividade do setor em favor do qual atua a ABAG.

Aqui é importante observar que, embora tenha, no seu quadro associativo, outras associações, a ABAG não pode ser qualificada como “associação de associações”, senão por outra razão, porque também são associadas a ela outras empresas e instituições de amplitude nacional, que atuam no setor econômico do agronegócio. Vale dizer: congrega, em seu quadro associativo, tanto associações [= *entidades de classe*] como empresas e instituições autônomas, que atuam diretamente no mercado de consumo. Mesmo que fosse possível, de todo modo, a referida qualificação, essa Eg. Corte, há muito

superou o entendimento de que não teriam legitimidade, para as ações constitucionais, as ditas "associações de associações".¹⁰

Do ponto de vista quantitativo, não pode haver dúvidas quanto à legitimidade da ABAG para o ajuizamento da presente ação constitucional.

Cumpre, então, analisar a questão, sob a perspectiva da **pertinência temática**.

Com efeito, no rol de legitimados para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência dessa Eg. Corte distingue os que têm legitimidade universal¹¹ daqueles cuja legitimação supõe a comprovação de interesse [= *pertinência temática*] nas questões constitucionais discutidas na referida ação constitucional.

A entidade de classe de âmbito nacional, como a ABAG, pertence à segunda categoria,¹² juntamente com outros legitimados.¹³ E, segundo abalizado

¹⁰ Isso ocorreu no paradigmático julgamento do agravo regimental na ADI 3153. Constou na ementa do v. Acórdão proferido por essa Eg. Corte em tal julgamento: "1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional - como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art 103, IX) - aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das 'associações de associações de classe', de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade" (**ADI 3153 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Relator(a) p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2004, publicado em 09/09/2005**).

¹¹ Isto é, Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

¹² Nesse exato sentido: "Esta Corte firmou entendimento no sentido de que as entidades de classe e as confederações sindicais somente poderão lançar mão das ações de controle concentrado quando tiverem em mira normas jurídicas que digam respeito aos interesses típicos da classe que representam" (**AI 704192 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 22/05/2012, acórdão eletrônico DJe-121, publicado em 21-06-2012**).

¹³ Como a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical.

entendimento doutrinário,¹⁴ a demonstração da pertinência temática é necessária não apenas na ação direta de constitucionalidade, mas também na arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerando o paralelismo estabelecido pelo legislador¹⁵ em relação à questão da legitimação ativa para as duas ações constitucionais.

Também por essa perspectiva, não pode haver dúvida quanto à legitimidade da ABAG para a presente ação, vale dizer, é inequívoca a configuração do requisito da pertinência temática.

A essa conclusão seria possível chegar somente pela constatação de que a terceirização é um fenômeno atual e presente em quase todos os segmentos econômicos. Empresas de todos os setores da economia terceirizam parte de suas atividades, com os objetivos já mencionados – otimização de custos, concentração na área de especialização com consequente aumento da qualidade dos produtos e serviços, redução do preço final, aumento da competitividade etc.

À luz dessa constatação, é forçoso admitir o interesse, em tese, na discussão das questões constitucionais ora suscitadas não apenas da ABAG, mas de entidades de classe representativas de vários outros setores da economia. As decisões quanto ao tema proferidas por vários órgãos jurisdicionais da Justiça do Trabalho afetam, de forma indistinta, todos os setores, cotidianamente.

Mas, ainda que assim não fosse, restará comprovada no item 2.2, *infra*, a prolação de decisões com o teor já mencionado [*isto é, desconsiderando contratos de prestação de serviços firmados com empresas terceirizadas ou impedindo sua contratação*] em relação a empresas pertencentes ao quadro associativo da ABAG. É razoável presumir que, se algumas das representadas pela

¹⁴ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 4.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009 (p. 293/294).

¹⁵ Ao prever, no art. 2.^º, que seriam legitimados para a ADPF as mesmas pessoas e entidades que o são, para a ação direta de constitucionalidade.

ABAG estão sofrendo prejuízos imensuráveis à continuidade de suas atividades pela prolação de tais decisões, outras podem estar prestes a sofrer. E a presente ação é cabível não apenas para reparar a lesão a preceito fundamental da Constituição em vigor, mas também para preveni-la, nos termos do art. 1º, da Lei 9.882/1999.

O interesse no ajuizamento da presente ação constitucional [= *pertinência temática*] resulta, portanto, não apenas da lesão já verificada, em relação a algumas das empresas pertencentes a categorias econômicas representadas pela ABAG, mas, também, pela perspectiva de que tal lesão ocorra em relação a outras empresas das mesmas categorias ou de outras, também representadas por ela.

É forçoso, então, concluir pela legitimidade ativa *ad causam*, por qualquer das perspectivas abordadas.

2.2. AS DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO, QUANTO AO TEMA DA TERCEIRIZAÇÃO, PODEM SER QUALIFICADAS COMO ATOS DO PODER PÚBLICO PASSÍVEIS DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ATRAVÉS DA ADPF

O art. 1º, da Lei 9882/1999, alude ao cabimento da presente ação constitucional, quando se verificar lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental, por ato do Poder Público.

Afirma-se, com base nessa disposição, que o legislador facultou o controle, por tal ação, de "qualquer ato ou omissão do poder público, seja normativo (incluindo os atos legislativos), ou não normativo, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à Constituição, federal, estadual ou municipal, e proveniente de qualquer órgão, ou entidade, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário".¹⁶

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. ***Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: Ações constitucionais.*** Org. Freddie Didier Jr. 5. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2011. n. 5.5, p. 591-592.

De acordo com o tipo de ato impugnado, entendem-se possíveis dois tipos de controle na ADPF. No primeiro, "tem-se um tipo de controle de normas em caráter principal, opera-se de forma direta e imediata em relação à lei ou ao ato normativo", enquanto que, no segundo, "questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (caráter incidental)".¹⁷

Essa Eg. Corte, no julgamento de hipóteses análogas, estabeleceu premissas de indiscutível relevância para compreensão de quais são os atos do Poder Público passíveis de controle através da presente ação constitucional.

Não se considerou cabível o controle, em tal medida, de: **(i)** "atos que consubstanciam mera ofensa reflexa à Constituição";¹⁸ **(ii)** "súmula vinculante";¹⁹ **(iii)** atos que já produziram, exauriram todos os seus efeitos jurídicos em tese reguláveis através de tal ação constitucional²⁰ ou que já não estão mais em vigor;²¹ **(iv)** "ato normativo subalterno cujo conteúdo seja de lei ordinária em sentido material e, como tal, goze de autonomia nomológica";²² **(v)** enunciado da Súmula desse Supremo Tribunal Federal;²³ e, **(vi)** ato do Poder Público ainda suscetível de alterações, como a proposta de emenda à Constituição.²⁴

Mas, por outro lado, essa Eg. Corte admitiu ser cabível a realização de controle concentrado, através da ADPF, de: **(i)** "atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como (...) decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.219.

¹⁸ ADPF 93 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, publicado em 07/08/2009.

¹⁹ ADPF 147-AgR, Rel. Min. Cármén Lúcia, julgado em 24/3/2011, publicado em 8/4/2011.

²⁰ ADI 4.041-AgR-AgR-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/3/2011, Plenário, publicado em 14/6/2011.

²¹ ADPF 49, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, julgado em 1/2/2008, publicado em 8/2/2008.

²² ADI 3.731-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 29/8/2007, publicado em 11/10/2007.

²³ ADPF 80-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 12/6/2006, publicado em 10/8/2006.

²⁴ ADPF 43-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 20/11/2003, publicado em 19/12/2003.

constitucional";²⁵ (ii) "conjunto de atos jurisdicionais do poder público federal";²⁶ (iii) lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, anterior à Constituição vigente e com ela, em tese, incompatível.²⁷

Naturalmente, para proferir tais decisões, essa Eg. Corte levou em conta a questão da subsidiariedade, em cada caso concreto analisado, e portanto se a arguição de descumprimento de preceito fundamental era medida efetivamente necessária para atingir o resultado pretendido [*aspecto esse que será tratado no item 2.3, 'infra'*], se não havia outra alternativa, na legislação em vigor, que permitisse a consecução de tal resultado.

Desde já,²⁸ é possível, contudo, afirmar que, no presente caso, as decisões proferidas na Justiça do Trabalho, quanto ao tema da terceirização, se enquadram no segundo grupo, isto é, trata-se de atos do Poder Público que podem ser objeto de controle por essa Eg. Corte Superior, porque elas veiculam ofensa inadmissível a preceitos fundamentais da Constituição em vigor.²⁹

De fato, em tais decisões, os órgãos jurisdicionais daquela Justiça Especializada têm se posicionado contrariamente à terceirização, com base em fundamentação imprecisa, casuística, que não segue nenhum critério lógico e não permite margem alguma de previsibilidade pelos jurisdicionados.

É mais do que isso: essa interpretação – e, por extensão, as decisões que a adotam – acabam por desconsiderar o teor de normas da legislação federal em vigor que, em algumas situações específicas, **expressamente autorizam a contratação de empresas terceirizadas para**

²⁵ ADPF 127, Rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática, julgado em 25/2/2014, publicado em 28/2/2014.

²⁶ ADPF 114-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgado em 21/6/2007, publicado em 27/6/2007.

²⁷ ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, publicado em 27/10/2006.

²⁸ E, portanto, antes mesmo de se analisar a questão da subsidiariedade no presente caso, o que se fará no item 2.3, *infra*.

²⁹ Aspecto esse tratado no item 2.4, *infra*.

realização de determinadas atividades necessárias a outras empresas, que se dedicam a certas atividades econômicas. Exemplo contundente disso está na autorização expressa para terceirização de determinados serviços pelas empresas do ramo de telecomunicações, prevista no art. 94, inciso II, da Lei 9472/1997. Cotidianamente, têm sido proferidas decisões,³⁰ em processos individuais e coletivos, que, não obstante o teor dessa regra, consideram ilegal a contratação de serviços nessa hipótese, responsabilizando o tomador pelas dívidas trabalhistas inadimplidas pelas empresas prestadoras de serviço e inviabilizando concretamente a terceirização admitida em lei.

Rigorosamente, delineou-se, em relação a tais empresas, o mesmo cenário que antes existia para a Administração Pública e do qual resultou o ajuizamento da ADC 16.

De fato, apesar de o parágrafo 1º, do art. 71, da Lei de Licitações, expressamente proibir que a Administração Pública seja responsabilizada por encargos trabalhistas inadimplidos pelas empresas que lhe prestem serviços, a Justiça do Trabalho atribuía tal responsabilidade, de forma objetiva, ao Poder Público em decisões reiteradas. A nova redação da Súmula 331 [*inciso IV*], no ano de 2000, é evidência disso: ali se falava em responsabilidade subsidiária e **objetiva** da Administração Pública pelos encargos trabalhistas resultantes da prestação de serviços contratados.

Somente após o julgamento da ADC 16, por essa Eg. Corte, foram estabelecidos parâmetros / hipóteses em que excepcionalmente tal

³⁰ Nesse sentido: "Nos termos do inciso II do art. 94 da Lei 9.472/97, as empresas de telefonia são autorizadas expressamente a contratar terceiros para executar tarefas inerentes, acessórias, ou complementares aos serviços. (...) É lícito, por conseguinte, às empresas de telecomunicações, terceirizar as atividades-meio, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação, nos termos do item III da Súmula 331. Não se enquadram em tal categoria, no entanto, os operadores de call center (atendimento a clientes – operadores de telemarketing) em empresas de telecomunicação. Com efeito, prevalente no Tribunal Superior do Trabalho a jurisprudência no sentido de que o atendimento de call center constitui atividade sem a qual é inviável a própria oferta dos serviços de telecomunicações. Cuida-se, pois, a teor da jurisprudência perfilhada nesta Corte, de um serviço essencial à tomadora de serviços, vinculado as suas necessidades normais e permanentes, que integra aos seus objetivos sociais, enquadrando-se, portanto, na definição de atividade-fim" (**TST, RR - 1825-13.2013.5.03.0002, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, julgado em 25/06/2014, 1.^a Turma, publicado em 03/07/2014.**)

responsabilização pode ser admitida, hoje tratados no inciso V, da Súmula 331, que, como já se disse, limite a responsabilidade da Administração Pública às hipóteses em que tem conduta culposa, caracterizada, sobretudo, quando se omite na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Independentemente da ressalva que se possa fazer a esse entendimento,³¹ o fato é que hoje a Administração Pública tem parâmetros um pouco mais precisos, objetivos de atuação. Tem ciência, ao menos em tese, de um dever de fiscalização da prestadora de serviços [*em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas*], que, se não cumprido, pode conduzir à sua responsabilidade, perante a Justiça do Trabalho.

Mas, no âmbito da iniciativa privada, lamentavelmente, a realidade não é a mesma.

Se alguma certeza existe, à luz das decisões proferidas na Justiça do Trabalho, é de que os contratos de prestação de serviços firmados para otimização da atividade empresarial, em cada setor, serão, com base em algum fundamento desconhecido [*a cada decisão, surge um critério diferente, criado a partir de grande dose de subjetividade*], taxados como ilícitos e, com base nisso, desconsiderados. O tomador de serviços, inevitavelmente, se verá responsabilizado por obrigações que, contratualmente, são imputáveis à empresa prestadora de serviços. Em situações mais limítrofes, se deparará com decisões em processos coletivos, restringindo em absoluto a liberdade de contratar ou condenando-o ao pagamento de indenizações milionárias [*a título de dano moral coletivo*], por contratações que, depois de vários anos de vigência, são consideradas ilícitas, abusivas.

A existência de entendimento sumulado no TST poderia, num primeiro instante, conduzir a outra conclusão, isto é, de que são claros e de

³¹ Haverá sempre quem afirme que a regra do art. 71, já citada, impede a responsabilização da Administração Pública em qualquer hipótese, isto é, seja pelo modelo da responsabilização objetiva, seja pelo modelo da responsabilização subjetiva.

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

A Súmula 331, como já mencionado, considera lícita a terceirização de serviços em três hipóteses específicas – trabalho temporário, segurança, limpeza e conservação – e em uma hipótese geral – quando os serviços se relacionam à atividade-meio do empregador, desde que não haja pessoalidade e subordinação. Sobretudo em relação a essa última hipótese [*terceirização de atividade-meio*], é que tem havido interpretação extremamente restritiva [*senão proibitiva mesmo*] da terceirização.

De fato, são inúmeras as decisões em que, para aferir o que é atividade-meio e atividade-fim,³² os órgãos jurisdicionais daquela Justiça Especializada não têm levado em consideração qual é, concretamente, o foco da atuação da empresa, **prendendo-se, em vez disso, a aspectos formais, como**

³² E, em algumas delas, expressamente se reconhece que "a distinção entre atividade-fim e atividade-meio é (...) merecedora de críticas. Afinal, na prática, com o aumento da complexidade das organizações empresariais, no atual estágio de desenvolvimento do sistema de produção capitalista, torna-se uma tarefa impossível distinguir o que é ou não uma atividade central do processo produtivo de determinada empresa" (TRT-2, RO 0000085-67.2010.5.02.0482, 13.^a Turma, Des. Rel. Roberto Vieira de Almeida Rezende).

a descrição do objeto social em seus atos constitutivos.³³ Essa interpretação, além de desconsiderar princípio essencial do direito e do processo do trabalho – o da primazia da realidade [que, para o TST, traduz a ideia de que “a Justiça Trabalhista deverá considerar a prática concreta e habitual efetivada ao longo da prestação de serviços em detrimento do envoltório formal através de que transpareceu a vontade”³⁴], contribui para restringir indevidamente as hipóteses de cabimento da terceirização estabelecidas na Súmula 331.

Foi o que se verificou na decisão impugnada no ARE 713211 [processado perante essa Eg. Corte sob o regime do art. 543-B, do CPC], também

³³ Foi assim que se decidiu em demanda ajuizada contra empresa representada pela ABAG: “(...) um dos objetos estabelecido no Estatuto Social da recorrente é o cultivo da cana-de-açúcar e outras lavouras temporárias (art. 4º do Estatuto Social - f. 144). Portanto, configura-se ilícito o contrato celebrado entre as demandadas, pois inerente à atividade-fim da recorrente” (**TST, AIRR - 26-46.2010.5.24.0004, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, julgado em 25/05/2011, 7.ª Turma, publicado em 03/06/2011**). No mesmo sentido: “Como se nota de f. 61, o objeto social da CENIBRA inclui, além da produção e comercialização de celulose, serviços de florestamento e reflorestamento, preparo, beneficiamento e comercialização de toras de madeira apropriadas para fabricação de celulose e consumo energético. Evidente, pois, que o plantio e a conservação das florestas de eucaliptos constituem atividades inseridas no empreendimento agrícola-florestal mantido por essa empresa. Cuida-se, portanto, de atividade que não poderia ser objeto de contratação terceirizada, por força do entendimento contido na Súmula 331, I, do TST” (**TRT3, RO 01310-2012-090-03-00-2 RO, julgado em 26/02/2014**). E ainda: “Com efeito, constata-se que a terceira reclamada terceirizou atividade-fim, na medida em que seu objeto social abrange o ‘cultivo, extração e industrialização da cana de açúcar e seus derivados industriais’ (f. 81v), enquanto que o contrato de promessa de compra e venda tinha por objeto, além do fornecimento de cana de açúcar, a realização do ‘serviço de colheita, compreendendo o corte, o carregamento e o transporte da matéria-prima até a unidade industrial’ (f. 89)” (**TRT-3, RO 01748-2010-152-03-00-0, Rel. Des. Emerson José Alves Lage, julgado em 22/08/2011**). Mas, em ação movida contra empresa de outro setor, a Justiça do Trabalho chegou a conclusão diversa: “... por abranger, o objetivo social (conforme o documento de fls. 91/94), a indústria e o comércio de roupas e ‘artigos de moda e acessórios’, a prevalência do cenário proposto na peça de estreia depende, primordialmente, da cabal demonstração do desvirtuamento da natureza, de fornecimento de produtos acabados, dos ajustes empresariais noticiados nos autos. Entretanto, a instrução processual encerrou-se com o consentimento das partes, nada obsta convir, diante do teor da Ata de Audiência de fls. 88, sem qualquer evidência de se atrelarem à prestação de serviços nos moldes repudiados na Súmula nº 331 do Colendo TST. Ora, como o Direito do Trabalho erige-se sobre o princípio da primazia da realidade, os fatos sempre se sobrepõem aos documentos que os representam, quando estes últimos não corresponderem àqueles” (**TRT-2, RO 000085028.2012.5.02.0010, 2.ª Turma, Rel. Des. Mariangela de Campos Argento Muraro, julgado em julho de 2013**). Em alguns casos, portanto, o contrato social é suficiente para apurar qual seria a atividade-fim da empresa tomadora de serviços – e, portanto, se a terceirização foi ou não lícita. Mas, em outros, afirma-se a necessidade de análise mais cuidadosa da questão, considerando outros elementos de prova, sob a premissa de que o contrato, *per se*, não é suficiente para conclusão quanto aos aspectos mencionados.

³⁴ TST, 3.ª Turma, RR 72300-82.2008.5.15.0083, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julgado em 15/05/2013, publicado em 17/05/2013.

proferida em processo coletivo, em que reputada ilícita a terceirização de atividades, sob o fundamento de que, por estarem mencionadas no contrato social da empresa ali Recorrente, constituiriam atividade-fim e não poderiam ser objeto de contrato de prestação de serviços.

Igualmente inadequada, à luz da Constituição em vigor, é a interpretação de que, se a empresa se dedica, em alguma medida, à consecução de parte das atividades terceirizadas, não poderia contratar a prestação daqueles mesmos serviços. Assim, por exemplo, se a empresa tem um motorista que realiza o transporte de pessoas e produtos, não poderia terceirizar tal serviço a outra, por meio de contrato de prestação de serviços.³⁵

Aqui também se vislumbra a criação de critério sequer cogitado na Súmula 331, para qualificar como ilícita a terceirização.

Partindo-se dos critérios definidos nesse enunciado, se a atividade terceirizada pode ser qualificada como “atividade-meio” e é prestada sem subordinação direta e pessoalidade, **qual o sentido de qualificar como ilícita a terceirização, com base na premissa de que haveria, no quadro de empregados da empresa, outras pessoas desempenhando a mesma atividade-meio?**

As decisões que prestigiam esse entendimento, sem nenhuma

³⁵ Julgando o pedido formulado em reclamação individual ajuizada contra empresa do setor sucro-alcooleiro, a Justiça do Trabalho considerou que a terceirização do transporte seria ilícita, sob o fundamento de que: “a atividade profissional desenvolvida pelo reclamante na condição de motorista de tremião, transportador de cana-de-açúcar, revela-se essencial à manutenção do empreendimento da terceira reclamada, tanto que exigia a contratação de outros motoristas nas mesmas condições do reclamante” (**TST, RR 176900-98.2009.5.15.0058, 5^a Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, julgado em 24/04/2013**). Mas, em hipótese análoga, na qual também se discutiu a validade de contrato de prestação de serviços de transporte de carga, considerou-se lícita a terceirização, com base na mesmíssima premissa, isto é, porque a empresa tomadora “mantém com regularidade número suficiente de caminhões e empregados próprios para o desenvolvimento de seu objeto social, somente se utilizando dos serviços prestados pelos transportadores autônomos de cargas, nos moldes da Lei nº. 11.442/07, quando há acréscimo de demanda no mercado” (**TRT-9, RO 32183-2008-011-09-00-2, 4.^a Turma, Rel. Des. Luiz Celso Napp, julgado em 16/11/2011**). Vale dizer: enquanto, para algumas decisões, a existência de meios próprios para o exercício da atividade terceirizada é indicativo de ilicitude, para outras, pode conduzir a decisão em sentido diametralmente contrário!

dúvida, realizam interpretação inconstitucional da legislação em vigor, restringindo e, algumas situações, impedindo a liberdade de contratar.

Em outras hipóteses, adota-se um terceiro conceito, **não contemplado na Súmula 331**, para verificar a licitude da terceirização: o de atividade essencial. Para várias decisões, se a atividade objeto da terceirização é essencial para a consecução dos objetivos sociais da empresa tomadora de serviços, **independentemente de se tratar realmente de atividade-meio ou de atividade-fim.**³⁶

Há, em tais decisões um exemplo contundente de interpretação pouco razoável e inconstitucional quanto ao cabimento da terceirização.

Nos dias de hoje, em que a concorrência é cada vez maior, todos os detalhes da atividade empresarial de uma determinada empresa são importantes, determinantes para o desempenho que terá no mercado de consumo. Quem vai ao salão de beleza, procura serviços variados de estética – essa é a atividade-fim desse tipo de negócio. Mas, para prestar tais serviços profissionalmente, o salão moderno precisa de manutenção de seus equipamentos, atualização permanente do conhecimento de seus profissionais, além de oferecer certas comodidades (serviços de copa, manobrista, etc).

³⁶ Foi esse o entendimento adotado em decisão proferida contra empresa representada pela ABAG: "As atividades realizadas pelo obreiro se inseriam no núcleo da dinâmica empresarial da tomadora de serviços, em função essencial à finalidade de seu empreendimento. A tarefa de transporte da cana de açúcar desenvolvida pelo autor vincula-se à atividade fim da reclamada, pois esta se dedica à produção e comercialização de açúcar e álcool (objeto social - art. 3º, fls. 391, vol. 2), sendo certo que esta atividade era desenvolvida anteriormente pela própria empresa" (**TST, AIRR - 2149-24.2011.5.03.0050, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, julgado em 23/10/2013, 7.ª Turma, publicado em 14/11/2013**). Também nesse mesmo sentido: "A atividade profissional desenvolvida pelo reclamante na condição de motorista de tremião, transportador de cana-de-açúcar, revela-se essencial à manutenção do empreendimento da terceira reclamada (...) verifica-se que a terceira reclamada (Andrade Açúcar e Álcool S.A) foi a beneficiária dos serviços prestados pelo reclamante durante a safra de 2008, por meio da mão de obra interposta pela primeira reclamada, tendo a terceira reclamada terceirizado atividade essencial para consecução dos seus objetivos" (**TST, RR - 176900-98.2009.5.15.0058, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, julgado em 24/04/2013, 5.ª Turma, publicado em 10/05/2013**). E ainda: "a distribuição dos produtos farmacêuticos para clientes da Acionada, considerado o grau de complexidade da logística que envolve tal distribuição, constitui atividade imprescindível ao próprio exercício empresarial (...) só será possível, a terceirização de serviços, para atividades que não estão relacionadas com o núcleo de dinâmica empresarial" (**TRT1 - RO 0000005-86.2010.5.01.0044, 5.ª Turma, Rel. Des. Rogério Lucas Martins, julgado em 09/10/2012**).

Em se tratando de uma loja de presentes, não há dúvida de que a atividade fim é o fornecimento de produtos para pessoas interessadas em adquirir bens com essa finalidade [*isto é, para presentear*]. Mas, se a loja conta com um serviço de entrega ou, mesmo, de embalagens / pacotes especiais, isso pode contribuir para que tenha maior aceitação e sucesso no mercado em que atua.

Ambos os exemplos parecem oportunos, pois evidenciam que, num mercado de consumo cada vez mais exigente e sofisticado, **todos os aspectos relacionados à confecção e comercialização do produto ou do serviço são essenciais para as empresas fornecedoras, independentemente de estarem ou não relacionados diretamente à sua atividade-fim.**

Sendo assim, esse terceiro critério estabelecido nas decisões mencionadas – o da atividade “essencial” – implica verdadeiro impedimento [*incompatível com a Constituição em vigor*] à atividade de terceirização. **Se todas as atividades, num mercado extremamente competitivo, são essenciais para o bom desempenho de uma empresa, afirmar a ilegalidade da terceirização de atividades essenciais é impedir, em absoluto, esse fenômeno em todo e qualquer setor de atuação.**

Não há fundamento minimamente plausível para assim proceder, inclusive na Súmula 331.

Aliás, em tal Súmula, afirma-se a possibilidade de terceirização dos serviços de limpeza, conservação e segurança. Pergunta-se: nos dias de hoje, não são esses elementos essenciais para o sucesso de qualquer negócio? A resposta é, inevitavelmente, positiva, em especial no que concerne à atividade de segurança.

A violência que assola todas as grandes cidades brasileiras, infelizmente, faz com que um dos atrativos, para qualquer negócio, seja a segurança nele oferecida aos clientes desde o momento de sua chegada até o momento em que vão embora. Mais do que isso: a segurança também é indispensável para o processo produtivo, para garantir a idoneidade das pessoas

nele envolvidas.

Enfim, por qualquer ângulo, o caráter “essencial” não pode ser impedimento para terceirização da atividade. Interpretação nesse sentido implica verdadeiro retrocesso econômico [*hoje a tendência é de especialização, diante da qual, mesmo certas atividades essenciais são confiadas a prestadores de serviço, para garantir melhor resultado, do ponto de vista, inclusive, qualitativo*]. E, obviamente, também resulta de tal interpretação, esvaziamento completo das normas constitucionais e infraconstitucionais que asseguram a liberdade de contratar.

Mais um critério novo, não contemplado na referida Súmula [*e, portanto, gerador de restrição / impedimento injustificado*], diz respeito à exclusividade na prestação de serviços. Segundo consta em algumas decisões, se a empresa contratada presta serviços, em caráter de exclusividade, à empresa contratante, seria possível concluir pela ilicitude da terceirização.³⁷

A interpretação de um dos conceitos adotados na Súmula 331 – a *subordinação* – também tem conduzido ao mesmo resultado [= *restrição / impedimento à terceirização não compatível com a Constituição Federal e/ou legislação em vigor*]. Percebe-se, em várias decisões proferidas na Justiça do

³⁷ Nesse sentido: “*Em regra, tratando-se de típica terceirização de bens e serviços, como se dá, por exemplo, na indústria automobilística, ou mesmo nos contratos de facção, não se cogita de responsabilidade, solidária ou subsidiária, da empresa tomadora, pelo adimplemento das verbas trabalhistas devidas pela empregadora. Na espécie, contudo, registrado pelo o TRT o teor da prova oral no sentido de que 90% (noventa por cento) da produção da empresa empregadora do reclamante era voltada à 5ª reclamada (...) Diante disso, a decisão do TRT, pela qual atribuída à ora recorrente a responsabilidade solidária, ‘em razão do exercício da atividade-fim e porque quase a totalidade da produção era destinada à CNH’, não viola o artigo 265 do Código Civil e não contraria a Súmula nº 331 do TST*” (**TST, RR - 2543200-74.2009.5.09.0001, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, julgado em 02/04/2014, 1.ª Turma, publicado em 15/04/2014**). Mas, em julgamento recente [*tratava-se de terceirização no ramo de telecomunicações*], evidenciando a pouca clareza dos critérios adotados pela Justiça do Trabalho, afirmou-se o contrário: “... não retira o caráter ilícito da terceirização em tela o fato de a primeira reclamada (CONTAX) prestar serviços a outros segmentos empresariais” (**TRT-6, RO 0000492-16.2012.5.06.0022, 4.ª Turma, Rel. Juíza Convocada Mayard de França Saboya Albuquerque, julgado em 19/06/2014**). Ou seja: em alguns casos, é critério para considerar ilícita a terceirização o fato de a prestadora atuar exclusivamente em favor de uma determinada empresa tomadora; em outros casos, mesmo atuando a empresa prestadora para vários tomadores de serviço, a terceirização é considerada ilícita, a demonstrar que, naquela Justiça Especializada, sempre se encontra um fundamento para qualificar como ilícita a terceirização.

Trabalho, que todo e qualquer ato de orientação³⁸ quanto à consecução dos serviços terceirizados [*mesmo que através de gerentes, supervisores das empresas contratadas*] é interpretado como prova de subordinação,³⁹ diante da qual, inevitavelmente, a terceirização é reputada ilegal.

Esse último aspecto não revela a criação de um critério restritivo novo, pelas decisões judiciais ora analisadas, mas, sim, arbitrariedade na interpretação de um conceito vago adotado na Súmula 331, que também acaba restringindo, indevidamente, as hipóteses de terceirização.

A conclusão quanto à arbitrariedade se justifica por noções elementares de bom senso, de razoabilidade.

Independentemente do regime jurídico a que se submete a prestação de serviços, o contratante, a quem cabe remunerá-la, tem o direito de estabelecer critérios, parâmetros para consecução dos serviços contratados. Quem contrata uma equipe de pedreiros e outros profissionais para atuar na reforma de sua residência, tem o legítimo direito de estabelecer critérios a serem observados na reforma, seja com relação ao prazo, seja com relação à qualidade e outros detalhes correlatos à prestação de serviços. Aliás, não se trata apenas de

³⁸ Veja-se o que constou em decisão recente a respeito dessa questão da subordinação: "... é irrelevante que os superiores hierárquicos da reclamante fossem ou não empregados da terceira reclamada (...), uma vez que a hipótese enquadra-se no inciso I da Súmula 331/TST. Cuida-se da chamada 'subordinação-integração ou objetiva', em que a subordinação jurídica que caracteriza a relação empregatícia se revela 'no fato de o empregado constituir parte integrante da organização' empresarial" (**TRT3, RO 01689-2010-103-00-0, Rel. Des. Maria Laura Franco Lima de Faria, julgado em 31/07/2013**). Em outra decisão, entendeu-se configurada hipótese de subordinação, apesar de se reconhecer que os empregados da tomadora de serviços não tinham contato direto com os trabalhadores da prestadora de serviços (**TRT-3, RO 01310-2012-090-03-00-2, Rel. Juiz Convocado Cleber Lúcio de Almeida**).

³⁹ Há, não se nega, exceções, que somente evidenciam, contudo, a ausência de parâmetros de conduta minimamente precisos quanto às hipóteses em que a terceirização pode ser considerada regular. Em decisão recente, o TRT da 2.^a Região (São Paulo) posicionou-se no sentido de que: "... ainda que se possa, ao analisar um caso específico, individualmente apresentado, constatar que embora o trabalhador tenha sido contratado por uma empresa, era juridicamente subordinado a outra, o fato de constar do contrato de subempreitada o respeito aos procedimentos e padrões especificados pela empresa responsável pela realização da obra não implica, repita-se, em tese, no reconhecimento de que houve terceirização de serviços por parte do empreiteiro principal e portanto, não resta configurado o prejuízo coletivo aos trabalhadores, na forma aduzida" (**TRT-2, RO 021970094.2009.5.02.0029, 3.^a Turma, Rel. Des. Mércia Tomazinho**).

estabelecer os critérios, mas também de fiscalizá-los, pois a atividade de fiscalização é indispensável para concretização dos objetivos pretendidos.

Vislumbrar, em toda e qualquer orientação transmitida ao prestador de serviços e na eventual atividade de fiscalização realizada pelo tomador, a existência de subordinação e, portanto, a possibilidade de qualificar como ilícita a terceirização, é negar a existência e o exercício desses direitos sem qualquer razão plausível. Mais do que isso: é interferir diretamente na organização da atividade empresarial do tomador de serviços, que, à luz de tais decisões, deverá remunerar os serviços prestados e aceita-los sem interferir, de qualquer modo, para garantir a qualidade de tais serviços e/ou produtos, ainda que disso dependa a qualidade de seu produto, de seu resultado.

Com todo o respeito, as decisões que adotam esse entendimento são proferidas a partir de uma visão completamente dissociada de todos os outros ramos do Direito, notadamente do Direito Civil, em que disciplinado o contrato de prestação de serviços.

Enfim, os exemplos mencionados constituem prova contundente de que, à guisa de interpretar a Súmula 331/TST e a legislação em vigor, vários órgãos da Justiça do Trabalho têm, em suas decisões, restringido e, em alguns casos, impedido absolutamente a fruição da liberdade de contratar por parte de várias empresas, inclusive aquelas pertencentes a categorias econômicas representadas pela ABAG. Essa interpretação é inconstitucional, pois está em desacordo com preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, justificando-se, por esse viés, a propositura da presente arguição.

Não se pode deixar de considerar a questão pela perspectiva das empresas prestadoras de serviço, que também são destinatárias, a toda evidência, do princípio da livre iniciativa.

Embora haja abuso na constituição de algumas dessas empresas [*apontados, pela Justiça do Trabalho, com um dos principais fundamentos para coibir a terceirização*], é certo que várias delas [*senão a grande maioria*] são

constituídas de forma regular e se sujeitam a prejuízos graves, pelo impedimento à contratação dos serviços que prestam.

Em matéria recentíssima sobre o tema, veiculada no Estadão, constou: "*Hoje existem 35.000 empresas intermediárias que prestam serviços para outras no Brasil, como informa o Sindicado das Empresas de Prestação de Serviços para Terceiros do Estado de São Paulo (Sindeprestem). O segmento (...) compõe uma massa salarial de R\$ 27,2 bilhões*".

O posicionamento adotado pela Justiça do Trabalho ameaça, portanto, e muito significativamente, as empresas prestadoras de serviço, tanto quanto as tomadoras de serviços, que delas precisam para otimização de suas atividades.

Não bastasse a ofensa aos preceitos constitucionais de que resulta a liberdade de contratar [*e, portanto, de terceirizar*], as decisões proferidas também têm causado ofensa a importante desdobramento da livre iniciativa – a livre concorrência.

A imprecisão dos critérios adotados para qualificar como ilícita a terceirização tem, concretamente, permitido que, em alguns processos, seja proferida decisão autorizando tal prática por empresas de um determinado setor,⁴⁰ ao mesmo tempo em que, em outros processos, empresas desse mesmo

⁴⁰ Em muitos casos, com base em fundamentos, diga-se, lúcidos, sensíveis às demandas da categoria econômica analisada, **mas infelizmente não adotados em situações nas quais se justificaria o mesmo posicionamento**. Veja-se, nesse sentido, decisão proferida pelo TRT-4 (RS): "Em face do conjunto de elementos colacionados aos autos, é certo que as ações de treinamento constituem uma das atividades fins do demandado. Mas também é certo que tanto a Lei que o institui quanto o Regimento do reclamado prevêem, e autorizam, parcerias e colaboradores para realização dessa atividade fim. Entendo, como a sentença, justificável a contratação de terceiros para a realização dos programas de qualificação, considerando a extensão territorial abrangida, bem assim as peculiaridades que envolviam os cursos desenvolvidos - estes eram solicitados pelos sindicatos rurais, conforme a demanda, e a partir daí eram desenvolvidos os programas de qualificação. Tendo em vista que é uma demanda variável, sem nem ao menos haver uma média de periodicidade da realização dos cursos, não é razoável que o demandado mantenha quadro funcional fixo ou que contrate empregados para realização de treinamentos em apenas algumas épocas do ano e em locais variados. Consideradas essas peculiaridades, entendo que a contratação de terceiros auxilia o reclamado a atingir seu objetivo de qualificação profissional dos exercentes de atividade rural, bem como que a prestação deste serviço por empresas contratadas é razoável, considerando a

setor são penalizadas pela restrição ou impedimento à liberdade de contratar.

Vale dizer: a imprecisão tem conduzido, como é inevitável, à adoção de posicionamentos diversos em situações quase idênticas, disso resultando tratamento não isonômico de empresas que atuam no mesmo setor e, no mais das vezes, nas mesmas condições.⁴¹ Esse tratamento desigual, além de ser inadmissível à luz do princípio constitucional da igualdade,⁴² também deve ser repudiado porque permite que determinadas empresas usem a técnica da terceirização para otimizar seu processo produtivo, ao passo que outras, à luz de decisões judiciais desfavoráveis, ficam impedidas de fazê-lo. Ou, por outras palavras, o tratamento judicial favorável à terceirização beneficia umas empresas em detrimento de outras, interferindo indesejavelmente nas condições em que concorrerão no mercado de consumo.

Também por esse viés, revela-se a possibilidade de controle concentrado das decisões judiciais em questão.

sazonalidade e a inconstância da demanda” (TRT-4, RO 0000310-54.2011.5.04.0011, 9.^a Turma, Rel. Des. Carmen Gonzales, julgado em 08/08/2013). Em outra hipótese [tratava-se de ação civil pública que visava coibir a terceirização no ramo da construção civil], foi rejeitada a pretensão do Ministério Público do Trabalho, sob o fundamento, muito razoável [mas infelizmente adotado de forma muito aleatória na Justiça do Trabalho, o que acaba beneficiando algumas empresas / setores, em detrimento dos demais] de que “a constatação da ocorrência de terceirização fraudulenta depende da análise individual do caso em concreto, o que impede a determinação judicial em sede de ação civil pública, no sentido de proibir empresa da construção civil de firmar contratos de subempreitada” (TRT 2, RO 021970094.2009.5.02.0029, 3^a Turma, Rel. Des. Mércia Tomazinho).

⁴¹ Foi proferida decisão recente em que a Justiça do Trabalho, apesar de reconhecer ter sido firmado contrato de prestação de serviços, sem vínculo empregatício, com profissionais da área média [para terceirização de atividade-fim], reconheceu que a contratação foi benéfica para os profissionais vinculados à prestadora de serviços e, portanto, que a terceirização era lícita. Veja-se o que constou na fundamentação dessa r. decisão: “... não é possível extrair que da terceirização praticada advenha prejuízo aos trabalhadores médicos, com sonegação de direitos e com repercussão social. Apesar da prestação de serviços em atividade-fim, é inegável a especialização desses serviços e a autonomia, a ‘priori’, na forma em que prestada. É a própria especialidade da prestação de serviços médicos em questão e a forma de organização desses profissionais que resulta em relação sem vínculo de emprego. Essencial, para esses médicos, a liberdade na fixação de horários (escalas de plantões), não obstante o necessário atendimento da demanda do hospital. Não se pode dizer que a terceirização, neste caso, importa em fraude, e que, em sede de ação civil pública, esteja caracterizada a relação de emprego, nos termos do art. 3º da CLT” (TRT-4, RO 0086800-54.2008.5.04.0021, 6.^a Turma, Rel. Juiz Convocado José Cesário Figueiredo Teixeira, julgado em 22/08/2012).

⁴² Consagrado tanto no art. 3.º, inciso IV, quanto no art. 5.º, da Constituição Federal.

2.3. DIANTE DO PANORAMA CRIADO PELAS DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS SOBRE A “TERCEIRIZAÇÃO”, A PRESENTE MEDIDA É IDÔNEA E INDISPENSÁVEL PARA FAZER cessar A VIOLAÇÃO A PRECEITOS FUNDAMENTAIS DELINEADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM VIGOR

O art. 4º, parágrafo 1º, da Lei 9882/1999 prevê que “*não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”.

Para essa Eg. Corte, esse dispositivo reflete o princípio da subsidiariedade, do qual resulta a impossibilidade de utilização dessa ação constitucional, quando “*o ordenamento jurídico prevê outros remédios processuais ordinários que, postos à disposição da argüente, são aptos e eficazes para lhe satisfazer de todo a pretensão substantiva que transparece a esta demanda*”.⁴³ Vale dizer: “*a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado*”.⁴⁴

No presente caso, o descumprimento de preceitos fundamentais da Constituição em vigor resulta da interpretação constitucional da legislação em vigor, realizada em reiteradas decisões proferidas na Justiça do Trabalho, nas quais reputada ilícita a terceirização, com base em critérios inadmissíveis.

Embora tais decisões sejam passíveis de impugnação através de recurso pelas partes interessadas [*e, portanto, haja mecanismos “ordinários” para discussão da interpretação incorreta realizada em cada caso concreto*], não se pode vislumbrar, na regra do art. 4º, parágrafo 1º, da Lei 9882/1999, impedimento ao ajuizamento da presente ação constitucional.

Vários fatores conduzem a essa conclusão.

⁴³ ADPF 94, Rel. Min. Cesar Peluso, decisão monocrática, julgado em 18/5/2007, publicado em 25/5/2007.

⁴⁴ ADPF 145, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgado em 2/2/2009, publicado em 9/2/2009.

Em primeiro lugar, deve-se levar em conta que, na presente ação, pretende-se submeter à apreciação dessa Eg. Corte um padrão de interpretação [*adotado em várias decisões proferidas na Justiça do Trabalho*], que conduz à restrição ou ao impedimento absoluto à terceirização – e, para se identificar o padrão, não basta a análise de um caso concreto individualmente considerado, como ocorreria num recurso ordinário ou extraordinário.

Por outro lado, como regra geral, os recursos extraordinários interpostos contra decisões proferidas na Justiça do Trabalho não chegam a essa Eg. Corte, pois, nessa Justiça Especializada, a discussão ocorre, essencialmente, em torno de questões de fato, cuja apreciação é incompatível com o efeito devolutivo dos recursos de estrito direito. Foi o que, no voto proferido no julgamento da ADC 16 [*que tangenciou, como já se viu, o tema aqui tratado*], teve oportunidade de ressaltar o Min. Marco Aurélio.⁴⁵

De todo modo, ainda que os recursos extraordinários [*interpuestos em situações nas quais foi privilegiada interpretação inconstitucional quanto ao tema da terceirização*] fossem, em regra, admissíveis e pudessem submeter à apreciação dessa Eg. Corte a dimensão completa do problema, quantos anos seriam necessários até efetivo processamento de tais recursos e posterior julgamento, com efetiva manifestação quanto aos temas aqui tratados?

A resposta a essa indagação evidencia que o recurso eventualmente interposto, contra cada uma das decisões mencionadas no item 2.2, *supra*, não seria medida **realmente efetiva** para evitar nem fazer cessar a lesão resultante de ofensa a preceitos fundamentais da Constituição em vigor ora suscitada.

Confirma essa conclusão a verdadeira proliferação de demandas coletivas, em que se pretende, como já mencionado, imputar a empresas dos mais diversos setores obrigações de fazer e de não fazer que interferem

⁴⁵ Em seu voto, o Min. Marco Aurélio afirmou que seria conveniente dar processamento àquela ação constitucional, pois, apesar de se verificar multiplicação de conflitos de interesse envolvendo a matéria, tais conflitos “não chegam ao Supremo”.

muitíssimo na organização de sua atividade empresarial.

Em tais demandas, têm sido proferidas decisões, determinando a rescisão de contratos de prestação de serviços firmados pelas empresas demandadas [*e, consequente, paralisação de serviços que, apesar de não poderem ser qualificados como “atividade-fim” de tais empresas, são essenciais para organização de sua atividade empresarial*] e, em alguns casos, a contratação dos empregados das empresas terceirizadas. Some-se a isso as expressivas condenações ao pagamento de indenizações por danos morais coletivos, usuais nesses tipos de ação.

Diante de decisões, com esse teor, já proferidas e de outras a que poderão se sujeitar empresas de todos os segmentos econômicos [*inclusive aqueles representados pela ABAG*], não é viável aguardar o julgamento dos recursos a serem interpostos em cada uma das demandas, para discussão das questões constitucionais ora debatidas.

De fato, não se ignora que, como regra, os atos jurisdicionais devem ser discutidos, impugnados, através do recurso cabível, previsto na legislação em vigor. No entanto, excepcionalmente, “*em casos gravíssimos de erro in procedendo e ‘in iudicando’, com ameaça ou lesão a preceito fundamental e havendo relevância na controvérsia constitucional, não sendo possível produzir o resultado constitucionalmente adequado pelos mecanismos do processo subjetivo, será possível cogitar do cabimento de ADPF*” para controle de atos jurisdicionais.⁴⁶

A existência de recurso processado [ARE 713211], perante essa Eg. Corte, sob o regime do art. 543-B, do CPC, não infirma, no presente caso, essa conclusão.

Não há dúvidas de que o reconhecimento da repercussão geral, em tal recurso, já trouxe impacto muito positivo para a discussão do tema, na medida

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 4.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 304/305.

em que se reconheceu ofensa, em tese, ao princípio da legalidade [*art. 5º, inciso II, da Constituição Federal*].

No entanto, e com todo o respeito, o debate promovido, no recurso em questão, em torno da questão da terceirização, não leva em conta toda a dimensão do problema. Naquele recurso, como é natural, está em discussão o tema da terceirização, à luz de questões específicas debatidas naquele caso concreto. Não se submeteu à apreciação dessa Eg. Corte o abuso cometido em várias decisões proferidas na Justiça do Trabalho, ao estabelecer inúmeros requisitos para licitude da terceirização, não previstos na legislação em vigor ou na própria Súmula 331, do TST, **diante dos quais as empresas, de todos os segmentos econômicos, ficam sem parâmetros minimamente objetivos para pautar sua conduta.**

Além disso, embora o art. 543-B, do CPC, traga importante regra de racionalização dos julgamentos realizados por essa Eg. Corte e nas instâncias ordinárias, o julgamento do recurso submetido a tal regime não surte os mesmos efeitos, concretamente, do controle concentrado de constitucionalidade realizado na presente demanda.

De fato, o julgamento de procedência da pretensão deduzida na ADPF tem efeito *erga omnes*⁴⁷ e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público.⁴⁸ Além disso, tal julgamento possibilitará a fixação “**se for o caso, (d)as condições e (d)o modo de interpretação de preceito fundamental**”.⁴⁹

⁴⁷ "... que confere à decisão uma força obrigatória geral, determinando, por meio de um efeito negativo cassatório do ato declarado inconstitucional (ou descumpridor de preceito constitucional fundamental), a sua não aplicação pelos tribunais e pelos órgãos e agentes do poder político do Estado, sempre que confrontado com uma situação que poderia ensejá-lo" (MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 172).

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**. São Paulo: Saraiva, 2007 (p. 173).

Trata-se, portanto, a toda evidência, de mecanismo de guarda da Constituição Federal com possibilidades muito mais amplas [*e benéficas para os jurisdicionados afetados pela prática de atos inconstitucionais pelo Poder Público*] do que o recurso extraordinário, inclusive quando submetido ao regime do art. 543-B, do CPC.

Esses efeitos, atribuídos ao julgamento de procedência na ADPF, não poderiam ser obtidos, na situação ora submetida à apreciação dessa Eg. Corte, por meio de outras ações constitucionais. A interpretação inconstitucional adotada em decisões judiciais não atrai o controle da ação direta de inconstitucionalidade, revelando-se, também por essa perspectiva, o cabimento da presente ação.

Por qualquer ângulo, revela-se a idoneidade e necessidade da presente medida, para evitar a lesão a preceitos fundamentais da Constituição em vigor, pelos atos do Poder Público mencionados no item 2.2, *supra*.

2.4. A INACEITÁVEL OFENSA A PRECEITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM VIGOR, EM DECORRÊNCIA DOS ATOS DO PODER PÚBLICO ORA NOTICIADOS

A) A POSSIBILIDADE DE QUALIFICAR COMO “PRECEITOS FUNDAMENTAIS” AS NORMAS CONSTITUCIONAIS INSERIDAS NO ART. 1º, INCISO IV, E NO ART. 5º, CAPUT E INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM VIGOR.

O cabimento da presente ação constitucional também passa pela análise do conceito de preceito fundamental, pois esse é o parâmetro de controle definido no art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, “‘Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (Tít. II)”.⁵⁰

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32.ª ed., rev. e atual.

Trata-se, enfim, de "preceitos, regras ou princípios, explícitos ou implícitos, que caracterizam a essência da Constituição, isto é, opções políticas fundamentais adotadas pelo constituinte".⁵¹

Além dos direitos e garantias individuais [previstos, dentre outros, no art. 5º, da Constituição Federal], também se qualificam como preceitos fundamentais os princípios protegidos pela cláusula pétreia do art. 60, parágrafo 4º e os ditos "princípios constitucionais sensíveis", bem como "disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico" a tais princípios.⁵² Não há, aqui, um rol taxativo, mas "parâmetros a serem testados à vista das situações da vida real e das arguições apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal".⁵³

As restrições e, em determinadas hipóteses, absoluto impedimento à liberdade de contratar, que têm sido criados pelas decisões proferidas na Justiça do Trabalho [item 2.2, 'supra'], refletem ofensa clara e evidente a normas constitucionais que podem ser qualificadas como *preceitos fundamentais*, à luz das referidas noções.

Com efeito, conforme exposto no item 1, *supra*, resulta de tais decisões, em primeiro lugar, ofensa à norma do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, que alude "aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. É indiscutível que tal dispositivo veicula preceito fundamental,⁵⁴ conclusão essa possível, antes de mais

São Paulo: Malheiros, 2008, p. 562).

⁵¹ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 115.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80-84.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 4.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279-280.

⁵⁴ Como reconhece a doutrina mais abalizada: "**A livre iniciativa e o valor do trabalho humano são dois dos princípios fundamentais do Estado brasileiro e os fundamentos da ordem econômica. Essa é a dicção expressa dos arts. 1.º, IV, e 170, caput, da Carta** (...) Tais princípios correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário, e por essa razão subordinam toda a ação no âmbito do Estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. A ordem econômica, em particular, é cada um de

nada, por critério topográfico – trata-se de norma inserida no título dos “*Princípios Fundamentais*”, dentro dos quais se inserem outros preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana.⁵⁵

Outro indício da possibilidade de qualificar a norma em questão como preceito fundamental está no art. 170, da Constituição, no qual o legislador constitucional se preocupou em reiterar que a ordem econômica, imprescindível para a dignidade de todos na vida em sociedade, **está fundada** “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”.

Aqui é oportuno lembrar que “**os preceitos fundamentais de uma Constituição cumprem exatamente o papel de lhe conferir identidade própria. Constituem, em seu conjunto, a alma da Constituição.** E, embora se permita a mudança ou até a supressão de alguns destes preceitos, pela via reformadora (...), pode-se seguramente afirmar que uma alteração mais extensa provocaria a mudança da própria concepção de Constituição até então vigente”.⁵⁶ Esse raciocínio é, sem dúvida, possível em relação à valorização do trabalho e à livre iniciativa, pois não se pode conceber, no atual estágio de evolução política, econômica e social do mundo de hoje, postura do legislador que venha a suprimir tais valores, ou de algum modo mitiga-los, da ordem constitucional.

Obviamente, a qualificação da norma que o veicula como preceito fundamental resulta da importância que tem para a vida em sociedade. A valorização do trabalho, da livre iniciativa traduz a expectativa legítima, de cada ser humano, de encontrar meios para prover a própria subsistência, de auferir

*seus agentes - os da iniciativa privada e o próprio Estado - estão vinculados a esses dois bens: a valorização do trabalho [e, 'a fortiori', de quem trabalha,] e a livre iniciativa de todos - que, afinal, também abriga a idéia de trabalho -, espécie do gênero liberdade humana" (BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.** Revista dos Tribunais, vol. 795, p. 55 e s., jan./2002; Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 6, p. 649 e s., mai./2011; Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 2, p. 1231 e s., jun./2011).*

⁵⁵ Que essa Eg. Corte qualificou como preceito fundamental, no julgamento da ADPF 54, relatada pelo Min. Marco Aurélio, e julgada procedente no v. Acórdão publicado em 30/04/2013, que já transitou em julgado.

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição brasileira.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 34, p. 105 e s., jan./2001. Grifamos.

renda idônea e suficiente para proporcionar para si e para sua família uma vida digna, com o atendimento das necessidades mais básicas – saúde, educação, moradia etc.

A consecução desses objetivos, na vida em sociedade, supõe, dentre outras condições, que o Estado atue para criação de postos de trabalho, para que o trabalhador tenha remuneração justa, compatível com sua qualificação profissional, para que possa crescer na carreira escolhida. **Esse papel do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, detentor das "funções de fiscalização, incentivo e planejamento", está claramente descrito no art. 174, caput, da Constituição Federal.**

Obviamente, tudo isso fica prejudicado [*e, portanto, se frustra o referido papel*] se as empresas empregadoras encontram obstáculos para regular desenvolvimento de suas atividades, para atuar de forma competitiva no mercado de consumo, enfim, se não podem concentrar seus esforços para crescer e garantir oportunidades de crescimento, aos seus empregados e a outras pessoas que colaboram direta ou indiretamente para suas atividades.

Não é, de fato, coerente ou, até mesmo, possível a valorização do trabalho, sem garantir meios para que esse trabalho seja realizado. A livre iniciativa, em certa medida, é instrumento indispensável à valorização do trabalho na vida em sociedade. E a liberdade de contratar constitui núcleo essencial da livre iniciativa,⁵⁷ portanto as restrições indevidas a essa liberdade [*assim como o impedimento absoluto a que seja concretizada*] constituem ofensa ao preceito fundamental da valorização do trabalho e da livre iniciativa na vida em sociedade.

Por outro lado, também são preceitos fundamentais os princípios constitucionais de proteção à liberdade e da legalidade, expressamente tratados

⁵⁷ Nesse sentido: "... é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5.º, II)" (BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista dos Tribunais, vol. 795, p. 55, jan./2002; Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 6, p. 649 e s., mai./2011; Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 2, p. 1231 e s., jun./2011).

no art. 5º, da Constituição, que versa sobre os direitos e garantias individuais **fundamentais** para o legislador constitucional. E o quadro delineado no item 2.2, *supra*, evidencia, pelo menos, a potencial⁵⁸ ofensa a ambos os princípios, de modo que o ajuizamento da presente ação se justificaria [*art. 5º, inciso II*], no mínimo, por essa perspectiva.

**B) A EFETIVA OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS
EM DECORRÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E IMPRECISA
REALIZADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO QUANTO AO CABIMENTO DA
TERCEIRIZAÇÃO**

As decisões judiciais que, sem precisão conceitual, restringem e proíbem a terceirização [*a ponto de quase inviabilizar, nos dias de hoje, os contratos de prestação de serviços firmados por empresas atuantes nos mais diversos setores da economia*] atentam contra a liberdade [*que é assegurada em várias normas da Constituição em vigor e constitui fundamento da República*] e um de seus importantes desdobramentos – a livre iniciativa.⁵⁹ Ou, por outras palavras, tais decisões acabam por desconsiderar, em absoluto, a influência da ideia de liberdade sobre a ordem econômica.

A liberdade de iniciativa, enquanto pressuposto fundamental da ordem econômica, pode ser vista, numa dimensão macro, por uma dupla perspectiva. De um lado, traduz a ideia de livre acesso ao mercado; de outro, reflete a liberdade de atuação e de permanência nesse mercado.⁶⁰

São ínsitas a essas noções a “*faculdade de criar explorar uma atividade a título privado*”, a “*não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*”, a “*faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de*

⁵⁸ No item ‘b’, *infra*, demonstrar-se-á que a ofensa, longe de ser potencial, como aqui se mencionou apenas para argumentar, é concreta, verdadeira e inadmissível, justificando o cabimento da presente ação e o acolhimento do pedido ao final formulado.

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 7.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. n. 98-100, p. 243.

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 6, p. 429, mai./2011.

concorrência desleal" e a "*proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência*".⁶¹ Vale dizer: "*a livre iniciativa é a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, viabilizando a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, bem como a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados*".⁶²

A escolha da empresa quanto à estruturação de suas atividades supõe a liberdade de contratar. É através dos contratos firmados – com seus clientes, com seus colaboradores, com seus fornecedores – que ela poderá adequadamente se estruturar para consecução dos seus fins, daí afirmar-se, como já se viu, que a essência da livre iniciativa é a liberdade de contratar.

A toda evidência, essa liberdade não é absoluta.

A ordem econômica não se baseia exclusivamente na livre iniciativa. Outros fatores relevantes foram escolhidos pelo legislador constitucional, no art. 170, da Constituição Federal, para estabelecer o núcleo essencial da ordem econômica. De fato, tal dispositivo estabelece a necessidade de serem considerados, para manutenção da ordem econômica, outros valores igualmente relevantes – a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a valorização do trabalho etc.

A alusão a esses outros vetores indica que a livre iniciativa – e, por extensão, a liberdade de contratar – não autoriza todo e qualquer risco, havendo necessidade de ponderação de todos esses valores, para consecução do objetivo pretendido [= *assegurar a vida digna em sociedade*].

Concretamente, isso significa que o Estado, diante da livre iniciativa,

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 244.

⁶² SILVEIRA, Rodrigo Maito. **Direito da concorrência e sua relação com a tributação**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 18, p. 248. Jul./2010

não fica de mãos atadas, impedido de coibir eventuais abusos, visando a evitar o sacrifícios de outros valores constitucionais relevantes. O empresário se sujeita, portanto, "à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento".⁶³ A essa atividade de regulamentação e fiscalização, além de incentivo ao crescimento da economia, faz menção expressa a norma do art. 174, *caput*, da Constituição Federal, como já mencionado.

Todavia, ela não traz autorização, evidentemente, para que o Estado impeça a atividade econômica, mas, tão somente, regulamente, pode os excessos verificados.⁶⁴

Por outro lado, as limitações à livre iniciativa devem ser expressas na lei, pois incide, quanto ao tema, o princípio da exclusão, isto é, "o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido".⁶⁵ Essa é a conclusão a que se deve, inevitavelmente, chegar, à luz do art. 5º, inciso II, da Constituição, que estabelece preceito fundamental reiteradamente ofendido por decisões proferidas na Justiça do Trabalho quanto ao tema da terceirização.

As noções referidas mostram que, diante dos abusos verificados na atividade de terceirização, o Estado pode, em tese, intervir, bem como intensificar sua atividade fiscalizadora. Mas, sua atuação, à luz de necessidade de preservar um conteúdo mínimo para a ideia de livre iniciativa [*mesmo quando conjugada com outros princípios fundamentais*], não pode implicar restrição absoluta à liberdade de contratar.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**.

⁶⁴ FERREIRA, Maria Conceição Martins. **Princípios Constitucionais Informadores da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica (Soberania, Livre Iniciativa e Valor Social do Trabalho)**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 25, p. 134, out./1998.

⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Abuso de Poder Econômico por Prática de Litude Duvidosa Amparada Judicialmente**, p. 216.

Pretende-se, com isso, afirmar que os eventuais abusos cometidos na terceirização devem ser reprimidos, sancionados pontualmente, sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos, a partir de interpretação inadequada da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, de que resulte, concretamente, a obrigatoriedade de as empresas estabelecidas no território brasileiro assumirem a responsabilidade por todas as atividades que fazem parte de sua estrutura empresarial.

Esse movimento [que efetivamente está acontecendo na Justiça do Trabalho nos últimos anos, sobretudo com a proliferação das demandas coletivas para discussão da legalidade da terceirização] implica redução das condições de competitividade de tais empresas. O custo da estruturação de sua atividade empresarial aumenta, por consequência, o preço praticado no mercado de consumo também é majorado, disso resultando, a toda evidência, prejuízo para a sociedade como um todo, inclusive do ponto de vista da qualidade dos produtos / serviços disponibilizados no mercado de consumo.

É essa a conclusão a que chegou empresa de consultoria especializada, que elaborou o parecer econômico ora anexado:

"Inibir a contratação de serviços especializados, forçando as empresas a incorporarem atividades secundárias ao seu 'business core', resulta em perda de eficiência produtiva. Os ganhos de economia de escala e escopo, advindos da especialização – segundo postulado da teoria econômica – bem como o ritmo de inovação tecnológica, são efetivamente reduzidos. Essa perda de eficiência pode reduzir a qualidade e aumentar o preço dos bens e serviços oferecidos na economia.

Consequentemente, isso reduz a competitividade dos produtos nacionais no comércio mundial, reforçado pelo fato da terceirização ser um fenômeno amplamente difundido nas economias".

Obviamente, quando se fala em diminuição da competitividade, também se considera o mercado internacional. Afinal, com a globalização, os produtos e serviços estão ao fácil alcance do consumidor, independentemente do

país em que reside. Se os serviços e produtos disponibilizados, no mercado interno, por empresas brasileiras [*ou sediadas no Brasil*] se tornam custosos demais, a tendência é que o consumidor busque outros no mercado estrangeiro, e é fácil perceber o impacto que isso pode ter, a médio e longo prazo, sobre a economia.

Quanto tempo sobreviverão as empresas afetadas por decisões arbitrárias proferidas na Justiça do Trabalho quanto ao tema da terceirização? Quanto tempo suportarão o **ônus financeiro** que, em tantos casos, lhes é imputado por conta dos **abusos cometidos por outras empresas** [*e, portanto, com base na ideia de que um inocente paga por todos os culpados*]?

A resposta para essas perguntas mostra que os atos do Poder Público ora impugnados, à guisa de proteger o trabalhador, poderão, a médio e longo prazo, causar-lhe muitos prejuízos, pois, nas crises econômicas, diminuem consideravelmente os postos de trabalho.

Aqui é oportuno ressaltar, que, apenas no setor de logística [*em que a atividade de terceirização é muito comum*], a expectativa de prejuízo, caso esse cenário nebuloso se mantenha na Justiça do Trabalho, é de centenas de milhões de reais.⁶⁶

Aliás, essa tendência, na Justiça do Trabalho, já está causando grande impacto econômico. As decisões em questão, como já se mencionou, não permitem qualquer margem de previsibilidade. Tantos são os critérios adotados para qualificar como ilícita a terceirização, que não é possível saber, a partir delas, os parâmetros a serem observados para terceirização de serviços. E, portanto, os contratos de prestação de serviços firmados podem implicar custo muito maior do que aquele previsto no momento da contratação.

Não é necessária grande *expertise* em economia para chegar à conclusão de que a imprevisibilidade afasta investimentos, criando-se, também

⁶⁶ Conforme consta no parecer econômico em anexo.

por essa perspectiva, cenário que não é de valorização ao trabalho, mas, sim, de prejuízo a ele e ao trabalhador.

Ainda sob essa perspectiva da ofensa ao preceito fundamental da valorização do trabalhador, é necessário ressaltar a existência de dados estatísticos, que comprovam o aumento de vagas, no mercado formal, em decorrência do aumento da terceirização junto a empresas dos mais diversos segmentos econômicos. O impedimento absoluto à terceirização, também por esse ângulo, trará prejuízos ao trabalhador, pois certamente implicará redução dos postos de trabalho formal criados em decorrência da ampliação da terceirização, nos últimos anos.

Por todas essas razões, é evidente a ofensa a preceitos fundamentais da Constituição de 1988, pelas decisões da Justiça do Trabalho mencionadas no item 2.2, *infra*, estando demonstrada, também por essa perspectiva, o cabimento da presente ação constitucional.

3. A NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA: ESTÃO CONFIGURADOS OS REQUISITOS DO ART. 5º, CAPUT E PARÁGRAFO 3º, DA LEI 9.882/1999

Admite-se a concessão de tutela de urgência, na presente ação constitucional, por decisão monocrática do relator [*referendada, posteriormente, pelo Tribunal Pleno, conforme parágrafo 1º do art. 5º*] ou, ainda, por decisão da maioria absoluta dos membros dessa Eg. Corte.

Estão, é certo, configurados os requisitos para concessão desta medida no presente caso.

No item 2.2, *supra*, demonstrou-se que têm sido proferidas, na Justiça do Trabalho [*em todos os graus de jurisdição*], decisões que, partindo de critérios diversos [*e, muitas vezes, contraditórios*], criam restrições tão profundas à liberdade de contratação [*garantida nos preceitos constitucionais explicitados no item 2.4, 'supra'*], que acabam por suprimi-la em absoluto.

Isso tem acontecido, especialmente, em demandas coletivas, em que são proferidas, como já se disse, decisões determinando o desfazimento de contratos de prestação de serviços firmados por empresas dos mais diversos segmentos econômicos [*inclusive aquelas representadas pela ABAG*], bem como condenando tais empresas ao pagamento de indenizações milionárias.

É o que evidencia a sentença proferida nos autos da ação civil pública n. 0000994-89.2013.5.15.0079-ACP, pelo juízo da 2.^a Vara do Trabalho de Araraquara. Em tal decisão, a empresa ré [*RAÍZEN ENERGIA*], que atua no setor sucro-alcooleiro, foi condenada a:

*"a) abster-se de fazer uso de empresas ou pessoas interpostas para as atividades de plantio, colheita, carregamento e transporte de cana-de-açúcar, devendo contratar diretamente os empregados respectivos (como motoristas, ajudantes e carregadores);
b) abster-se de celebrar contratos de prestação de serviços com objeto diverso e/ou desvinculado do efetivo serviço contratado;
c) abster-se de permitir que sejam executados em seus estabelecimentos serviços diversos do contratado em terceirizações de atividade-meio, pelos empregados das empresas terceirizadas.
(...) ao pagamento de uma indenização por dano moral coletivo no importe de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), corrigidos monetariamente até a data do efetivo recolhimento, aplicando-se os termos da Súmula 439 do C. TST, em prol da IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICORDIA DE ARARAQUARA, uma entidade benéfica sem fins lucrativos".*

Para garantir o cumprimento das obrigações de fazer determinadas nessa r. decisão, foi fixada multa diária de R\$ 5.000,00, "por obrigação descumprida e por empregado".

O impacto de tais decisões também já se faz sentir sobre outros setores.

Em decisão recente, o juízo da 16.^a Vara do Trabalho de Salvador

julgou procedente ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho, condenando a Ré (Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia) a:

"a) SE ABSTER de terceirizar serviços essenciais às suas atividades-fim, notadamente as atividades discriminadas nos itens 'a.1' a 'a.8' da inicial, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertida ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador, ou a outro fundo regularmente constituído destinado à reconstituição dos bens lesados, no prazo de 180 dias, a partir do trânsito em julgado desta sentença; b) SE ABSTER de contratar serviços relacionados às suas atividades-meio, quando existentes a pessoalidade e a subordinação direta, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertida ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador, ou a outro fundo regularmente constituído destinado à reconstituição dos bens lesados, a partir do trânsito em julgado desta sentença; c) RESCINDIR os atuais contratos firmados com empresas terceirizadas, que prevejam a prestação de serviços afetos às suas atividades-fim, notadamente aqueles listados na letra 'a' da inicial, sob pena de pagamento de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertida ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador, ou a outro fundo regularmente constituído destinado à reconstituição dos bens lesados, no prazo de até 180 dias, a partir do trânsito em julgado desta sentença; e d) PAGAR indenização por danos morais coletivos, no montante de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), valor que deverá ser revertido em favor de entidades cuja atuação em prol dos interesses dos trabalhadores permita a recomposição do dano coletivo e difuso, ou ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador, no prazo de trinta dias, a contar do trânsito em julgado desta sentença, corrigindo-se monetariamente o valor da presente condenação a partir da data de publicação desta sentença (Lei n. 8.177/91)".

O que se vê, à luz dessa e de outras decisões, já citadas anteriormente, é o esmagamento da liberdade de contratar, a interferência profunda na estruturação das empresas operantes em vários setores da economia, de que podem resultar consequências, a médio e longo prazo, indesejáveis para a sociedade como um todo. Essa intervenção certamente repercutirá sobre o custo

dos produtos / serviços fornecidos e sobre sua competitividade nos mercados nacional e internacional. Além disso, também serão prejudicados os prestadores de serviços, como já mencionado, que serão privados de contratos que, em muitos casos, são sua fonte geradora de renda.

É grande a probabilidade de que, na presente ação constitucional, essa Eg. Corte afaste a interpretação inconstitucional adotada, nessas decisões, como razão de decidir. **Como se demonstrou, os critérios para análise da licitude da terceirização são imprecisos, contraditórios e, analisados numa dimensão maior, evidenciam que, para a Justiça do Trabalho, por uma razão ou por outra, a terceirização acaba sendo sempre qualificada como ilícita.**

Não se trata, portanto, de pura e simplesmente de coibir abusos, mas de suprimir, de forma absoluta, a liberdade de contratar que está na essência da livre iniciativa e goza de *status* de preceito fundamental na Constituição Federal em vigor.

Até o julgamento definitivo da presente ação constitucional, dezenas, centenas de outras decisões, com igual teor e impacto, poderão ser proferidas, em desfavor não apenas das empresas representadas pela ABAG, mas por várias outras, de setores diversos da economia.

Tais decisões, além de estabelecerem indenizações vultosíssimas, também definem multas diárias e outros meios coercitivos que, pragmaticamente, dificultam ou impedem resistência **eficaz** por parte das empresas prejudicadas. É real a perspectiva de que sua atividade empresarial seja profundamente afetada, até ulterior julgamento da presente ação, estando configurada, a toda evidência, os requisitos necessários à tutela de urgência, consistente da determinação de sobrestamento de todos os processos *[ou, pelo menos, aqueles em que já proferidas sentenças, passíveis de impugnação por recurso ordinário, que não tem, em regra, efeito suspensivo, de acordo com a CLT]* em que se discuta a legalidade da terceirização da atividade discutida em cada um deles.

A concessão de tutela de urgência, nos termos mencionados, evitará que o julgamento final da presente ação produza resultado pouco efetivo ou, em alguns casos, sem utilidade para os jurisdicionados já prejudicados por decisões veiculadora de interpretação inconstitucional, como aquelas acima citadas.

4. PEDIDO E REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, configurados os requisitos para o cabimento do controle de constitucionalidade concentrado pretendido na presente demanda, e estando também presentes os requisitos para concessão de tutela de urgência, requer a concessão de liminar *ad referendum* do Tribunal Pleno, como autoriza o art. 5º, parágrafos 1.º e 3.º, da Lei 9882/1999, **para o fim de determinar, aos órgãos jurisdicionais, de todas as instâncias, da Justiça do Trabalho a suspensão do andamento de qualquer processo [ou, dependendo do caso, dos efeitos de decisões judiciais neles já proferidas], em que se discuta a legalidade da terceirização empreendida por empresário, no exercício da liberdade de contratar assegurada constitucionalmente e com o objetivo de organizar, de forma eficiente, a atividade empresarial.**

Concedida a liminar ora postulada, requer a intimação dos órgãos jurisdicionais da Justiça do Trabalho competentes para prestação de informações, na forma do art. 6º, da Lei 9882/1999, bem como a adoção das providências que esse d. juízo entenda cabíveis para formação de seu convencimento, à luz do parágrafo 1º de tal dispositivo, inclusive, sendo o caso, a realização de audiência pública com participação dos setores da sociedade diretamente afetados pela decisão a ser proferida ao final.

Pede, ainda, que seja julgada procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para o fim de reconhecer, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a inconstitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho, as quais vedam a prática da terceirização sem legislação específica aplicável que a proíba, em clara violação aos preceitos constitucionais fundamentais da legalidade, da livre iniciativa e da

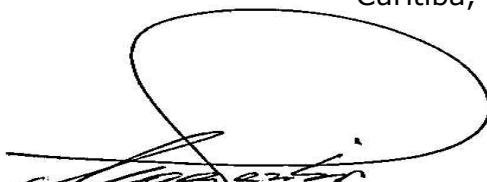
valorização do trabalho, decisões estas que tem resultado concretamente em um inconstitucional obstáculo quase insuperável à terceirização.

Requer, por fim, que a intimação para a prática de todos os atos processuais, seja feita em nome de **LUIZ RODRIGUES WAMBIER** [*subscritor da presente*], sob pena de nulidade.

À causa, dá-se o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Pede deferimento.

Curitiba, 22 de agosto de 2014.



Luiz Rodrigues Wambier
OAB/PR n. 7.295

Teresa Arruda Alvim Wambier
OAB/PR n. 22.129-A

Maria Lúcia Lins Conceição
OAB/PR n. 15.348

Patrícia Carla de Deus Lima
OAB/PR n. 28.277