

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Senhor Presidente, coloca-se para exame o seguinte tema, submetido à sistemática da Repercussão Geral:

383 - Equiparação de direitos trabalhistas entre terceirizados e empregados de empresa pública tomadora de serviços.

Consta dos autos que Juliana Roberti, ora recorrida, associou-se à Cooperativa dos Profissionais de Serviços Múltiplos - COOPSERVIÇOS, em 31/8/2001, para executar, por intermédio dessa entidade, tarefas relacionadas a serviços de digitadora, de modo terceirizado, à Caixa Econômica Federal- CEF, ora recorrente.

A trabalhadora propôs reclamatória trabalhista em face de Rosch Administradora de Serviços e Informática Ltda., da COOPSERVIÇOS, Litoral Norte Service Empreendimentos Ltda. e da Caixa Econômica Federal – CEF, com base nas seguintes alegações:

(I) inexistiam os requisitos para ser enquadrada como cooperativada, devendo ser reconhecida, portanto, a relação de emprego entre a reclamante e a COOPSERVIÇOS;

(II) havia total identidade de funções por ela desempenhadas com os funcionários da recorrente (tesoureiro/caixa bancário), tendo acesso ao sistema interno da agência da CEF e o mesmo tratamento dispensado aos seus funcionários;

(III) mesmo prestando serviço unicamente na atividade-fim da CEF, não recebia “salário compatível com o piso da categoria, adicional de caixa, gratificação de caixa, auxílio refeição, auxílio cesta alimentação, abono único ou PLR (participação nos lucros e resultados), vantagens essas “previstas em convenções coletivas de trabalho referentes aos bancários que tiveram vigência durante todo período de trabalho da Reclamante na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL”.

Ao final, postulou-se o (i) reconhecimento de relação trabalhista durante o período trabalhado (31/8/2001 a 28/5/2003); e (ii) “pagamento das verbas

trabalhistas decorrentes, tais como 13º salários (inteiros e proporcionais), férias + 1/3 (inteiros e proporcionais) em dobro, vez que jamais foram gozadas no tempo oportuno, recolhimentos de FGTS + 40% do período, aviso prévio indenizado, bem como a anotação da CTPS (..)".

Os pedidos foram julgados procedentes na primeira e na segunda instâncias, impondo-se a condenação solidária da CEF ao pagamento de todas as obrigações pecuniárias.

Interposto recurso ao Tribunal Superior do Trabalho – TST, decidiu-se que, embora não seja possível o vínculo direto entre Juliana e a Caixa Econômica Federal, por força do art. 37, II, da CARTA MAGNA, seria o caso de reconhecer o “direito de perceber os mesmos direitos e o mesmo patamar remuneratório percebido pelos empregados do tomador nas mesmas funções, como se bancária fosse, quer pelo princípio da isonomia, quer pela proibição preceituada no art. 7º, XXXII, da CF, no que tange à distinção laborativa”, sem a necessidade de “perquirir se a terceirização é ou não lícita, porque o tratamento isonômico que deve ser reconhecido à reclamante em face dos trabalhadores diretamente admitidos pela empresa tomadora de serviços terceirizados lhe é outorgado pelo chamado salário equitativo.” Segue a ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO SUSCITADA EM CONTRAMINUTA. TRASLADO IRREGULAR. A análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso ordinário é realizada pelo Tribunal Regional competente para julgá-lo. Portanto, a ausência do traslado do termo de recebimento, autuação e remessa do recurso ordinário não acarreta o não-conhecimento do agravo de instrumento. Acrescente-se que a 4ª reclamada trasladou cópia do recurso ordinário (fls. 128/140), bem como do acórdão regional (fls. 186/193), documentos aptos a verificar o prequestionamento. Preliminar rejeitada. 2 PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO SUSCITADA EM CONTRAMINUTA. AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS TRASLADADAS. Ao contrário do alegado pela reclamante, as peças trasladadas no agravo de instrumento encontram-se autenticadas, uma vez que os advogados subscritores do agravo de instrumento atestaram sua autenticidade, sob as penas da lei, conforme se verifica à fl. 3, nos termos da autorização prevista no artigo 544, § 1º, do CPC, e no item IX da Instrução Normativa nº 16/99

do TST. Preliminar rejeitada. 3 CEF. DIFERENÇAS SALARIAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ISONOMIA ENTRE OS EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA E TOMADORA DOS SERVIÇOS. Nos termos de precedentes desta Corte Superior, é possível se reconhecer aos terceirizados os mesmos direitos dos trabalhadores contratados pela empresa tomadora dos serviços como se bancários fossem, tendo em vista o princípio da isonomia e a proibição preceituada no art. 7º, XXXII, da CF, no que tange à distinção laborativa. 4 LIMITES DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MULTAS RESCISÓRIAS E MULTAS DA CLT. O recurso de revista da CEF encontra-se desfundamentado, haja vista que não indicou qual dispositivo legal ou constitucional foi violado, tampouco apresentou divergência jurisprudencial ou contrariedade à súmula ou à orientação jurisprudencial, hipóteses previstas no artigo 896 da CLT e na Orientação Jurisprudencial nº 219 da SBDI-1 desta Corte como pressupostos intrínsecos do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e não provido.”

Nas razões do Recurso Extraordinário, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF aponta violação aos arts. 5º, *caput*, I, II, LIV, LV, 37, *caput*, II e § 2º, da CF/1988, sublinhando que (**a**) é incabível conceder isonomia na hipótese, uma vez que inexistente no ordenamento jurídico deferir isonomia entre empregados de empresas distintas, considerando-se que o empregado da CEF deve se submeter à regra do concurso público; e (**b**) o art. 71 da Lei 8.666/1993 isenta-a de responsabilidade nas situações desse quilate, conforme entendimento desta CORTE, fixado na Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC 16.

Esta SUPREMA CORTE reconheceu a repercussão geral da matéria, como se infere da ementa a seguir:

“ISONOMIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TERCEIRIZADO - EMPREGADOS DO QUADRO FUNCIONAL DA TOMADORA - ADMISSIBILIDADE DO TRATAMENTO IGUALITÁRIO NA ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da possibilidade de se reconhecer aos empregados terceirizados os mesmos direitos conferidos aos trabalhadores contratados pela tomadora dos serviços e vinculados à Administração Pública, a teor do princípio da isonomia e da proibição preceituada no artigo 7º, inciso XXXII, da Carta Maior, no que tange à distinção laborativa.” (RE 635.546-RG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 4/5/2011).

O eminente Ministro MARCO AURÉLIO, em seu voto, nega provimento ao apelo extremo e propõe a seguinte tese: “*Viável, sob o ângulo constitucional, é o reconhecimento do direito à isonomia remuneratória quando o prestador de serviços, embora contratado por terceiro, atua na atividade fim da tomadora, ombreando com trabalhadores do respectivo quadro funcional.*”

Esse o relato dos autos.

Pois bem, Senhor Presidente, na hipótese em tela, discute-se, à luz do art. 7º, XXXII, da CARTA MAGNA, e independentemente da existência de burla à terceirização ou às regras do concurso público, a isonomia remuneratória entre empregados da cooperativa fornecedora da mão de obra (terceirizados) e empregados públicos contratados pela empresa pública tomadora do serviço, a Caixa Econômica Federal, por desempenharem as mesmas atividades na referida entidade paraestatal.

Para o enfrentamento do exame dessa controvérsia constitucional, penso ser relevante resgatar recentes entendimentos desta SUPREMA CORTE a respeito da terceirização, temática indissociável à presente matéria.

A JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO

No RE 760.931-RG (Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, DJe de 12/9/2017), cujo tema tratava da “Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço” (objetivando dirimir qualquer incerteza pendente em relação à constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, versada na ADC 16), frisei haver inconvenientes que propiciam a insegurança jurídica na relação contratual que afeta a implementação da terceirização de atividades realizadas pela Administração Pública indireta.

Isso porque a Justiça do Trabalho, mesmo diante do posicionamento desta SUPREMA CORTE e da reformulação dos termos do enunciado da Súmula 331 do TST, continuou permissiva com situações em que a Administração Pública se via condenada por mero inadimplemento de

verbas públicas, validando imputações construídas sobre plataformas teóricas da culpa presumida e da culpa *in vigilando*.

Asseverei, ainda, que:

(I) a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, representava claro risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar.

(II) permitir a responsabilização indiscriminada do Poder Público por verbas trabalhistas é desestimular em sentido amplo a tão necessária cooperação com a iniciativa privada, tornando-a ainda menos atrativa, em tempos de aguda recessão econômica e de necessidade de modernização e eficiência da Administração Pública em suas finalidades essenciais;

(III) exigir que a Administração Pública proceda *in totum* a exaustivas rotinas de vigilância da execução de contratos terceirizados não apenas corrói a lógica econômica dessas avenças, desestimulando-as, como imputa ao tomador de serviços uma responsabilidade diretiva típica da subordinação empregatícia, que deveria ser exercida pelo empregador; e

(IV) teríamos, em face dos itens acima, um duplo gasto do poder público para a mesma finalidade, pois, além da taxa de fiscalização, haveria necessidade de manutenção de setores específicos para a realização dessa tarefa, como se não houvesse terceirização, mas sim prestação direta dos serviços.

Eis a tese extraída desse julgado:

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.
”

Com efeito, não se pode inferir das premissas, ou mesmo da conclusão desse julgado, que há o dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores.

Em verdade, o que pode levar à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.

Nessa linha, consolidou-se a diretriz de que a “Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores”.

Por sua vez, quando do julgamento da ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), o Plenário debruçou-se sobre o “conjunto das decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho acerca da terceirização de serviços”, nas quais aplica-se a Súmula 331 do TST, de modo a produzir “entendimentos casuísticos, imprecisos, erráticos, que não permitem qualquer previsibilidade quanto às hipóteses de cabimento da terceirização”.

Edificou-se, nessa ação constitucional, a tese de ser “lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada”, competindo “à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.”

E, no RE 958.252 (Rel. Min. LUIZ FUX), buscou-se “definir, quanto ao período anterior à vigência das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, se o entendimento acolhido pela Súmula nº 331 da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho traduz entendimento imposto pelos preceitos constitucionais que regem a ordem econômica e a proteção do trabalhador.”

A tese vinculante fixada nesse *leading case* culminou em reconhecer a **licitude da “terceirização ou qualquer outra forma de divisão de trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”**.

Conforme destacado pelo eminente Relator, o Min. LUIZ FUX, a Lei 6.019/1974 já cancelava a “legitimidade da prestação de serviços por uma empresa a outra para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços. Nada dispõe sobre os casos em que a divisão de tarefas entre as empresas é conveniente, de forma permanente ou não, para fins de eficiência do processo produtivo”.

Reproduzo os pertinentes pontos do voto consagrador da referida tese:

“O quadro apresentado no momento anterior às reformas de 2017 revelava a existência de intervenção restritiva gravíssima na organização econômica e, por consequência, na liberdade jurídica fundamental dos cidadãos, estabelecida não pelo legislador, dotado da necessária accountability para positivar o vetor resultante das preferências dos seus eleitores, mas por ato de cunho jurisdicional, plasmado em enunciado sumular. Considerando a elevada intensidade da restrição da liberdade, o grau de certeza das premissas empíricas que embasam a medida já deveria ser igualmente elevado, ainda que se tratasse de norma editada pelo Congresso Nacional, por aplicação da lei epistêmica do sopesamento, na expressão de Alexy. Tratando-se, porém, de orientação jurisprudencial, desprovida de um debate democrático antecedente na caixa de ressonância adequada para a reverberação de todos os interesses envolvidos, o escrutínio sobre a vedação deve observar o maior rigorismo possível, concluindo-se pela sua insubsistência ante o mais tênue elemento que exsurgir em seu desfavor.”

[...]

“(...) mesmo no período anterior à edição das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, a prática da terceirização já era válida no direito brasileiro, independentemente dos setores em que adotada ou da natureza das atividades contratadas com terceira pessoa. A Súmula nº. 331 do TST é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da CRFB). Por conseguinte, até o advento das referidas leis, em 31 de março e 13 de julho de 2017, respectivamente, reputam-se

hígidas as contratações de serviços por interposta pessoa, na forma determinada pelo negócio jurídico entre as partes. A partir do referido marco temporal, incide o regramento determinado na nova redação da Lei n.º 6.019/1974, inclusive quanto às obrigações e formalidades exigidas das empresas tomadoras e prestadoras de serviço.”

“(…) a terceirização é compatível com a Carta Magna e protegida pelos seus artigos 1º, IV, 5º, II, e 170, os quais garantem a livre iniciativa e a liberdade contratual, sendo insubsistente a Súmula n.º 331 do TST, deve-se aplicar a solução da reforma trabalhista aos casos pretéritos, a fim de evitar um vácuo normativo quanto à matéria. Por essa razão, também quanto a fatos pretéritos se impõe a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta, na forma do art. 31 da Lei n.º 8.212/93.”

De minha parte, em ambos os julgados (ADPF 324 e RE 958.252), sustentei as seguintes posições a respeito da terceirização:

(I) É ultrapassada a manutenção dessa dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio, para fins de terceirização, e errônea a confusão de identidade entre terceirização com intermediação ilícita de mão de obra.

(II) Por partir da errônea confusão entre terceirização e intermediação de mão de obra, chega-se à errônea conclusão de precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador e ultraje a direitos previdenciários.

(III) Em nenhum momento a opção da terceirização como modelo organizacional por determinada empresa permitirá, seja a empresa tomadora, seja a empresa prestadora de serviços, desrespeitar os direitos sociais, previdenciários ou a dignidade do trabalhador.

(IV) A garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado mediante o tradicional contrato de trabalho, mas também o autônomo e o terceirizado, e, além disso, como salienta PAULO BARILE, alcança o próprio empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país, que tem, na correta interpretação dos valores sociais do trabalho, a necessária segurança jurídica.

(V) Caso isso ocorra, seja na relação contratual trabalhista tradicional, seja na hipótese de terceirização, haverá um desvio ilegal na execução de

uma das legítimas opções de organização empresarial, que deverá ser fiscalizado, combatido e penalizado.

(VI) Da mesma maneira, caso a prática de ilícita intermediação de mão de obra, com afronta aos direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores, se esconda formalmente em uma fraudulenta terceirização, por meio de contrato de prestação de serviços, nada impedirá a efetiva fiscalização e responsabilização, pois o Direito não vive de rótulos, mas sim da análise da real natureza jurídica dos contratos.

EXAME DO PRESENTE *LEADING CASE* À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DOS PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE

Quanto ao caso presente, com a devida vênia ao entendimento do eminente Relator, concluo, calcado nas premissas acima, pela insustentabilidade do entendimento proferido pelo Tribunal recorrido, que confirmou a condenação solidária da CEF às verbas trabalhistas postuladas pela recorrida, ao argumento de que o conjunto de fatos e provas evidencia o exercício de tarefas ligadas à atividade-fim da empresa pública recorrente.

Em verdade, a Justiça do Trabalho reitera, neste caso líder, sua postura contraditória aos avanços tutelados pela CARTA MAGNA no campo das liberdades contratual e econômica, seara hodiernamente regida pela acirrada competição empresarial, cujo eixo de atuação gira, na descrição do i. Ministro LUIZ FUX, em torno da “dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, [em que] diversos agentes podem fazer parte de um complexo sistema produtivo, tornando, na verdade, como único tomador do serviço o consumidor final.” (RE 958.252).

Sendo lícita, portanto, a terceirização, inclusive da atividade-fim, a mera identidade das funções desempenhadas entre o terceirizado e o empregado concursado não basta para pleitear os mesmos direitos concedidos ao funcionário da CEF (tomadora do serviço), ainda que tal proposição tenha sustentáculo jurídico no princípio da isonomia e na vedação constitucional de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre seus respectivos profissionais (art. 7º, XXXII, da CF/1988).

Assim posta a questão, além da necessidade de identidade das atividades desempenhadas pelo empregado reclamante e empregado paradigma (premissa fática), é curial exigir a idêntica natureza de vínculo empregatício desses em relação ao tomador do serviço (premissa jurídica), sob pena de juízo equivocado em torno desse importante princípio, que seria utilizado para equiparar direitos de empregados integrantes de carreiras profissionais distintas sem lastro jurídico, infringindo o conteúdo do art. 5º, *caput*, e II, da CARTA MAGNA.

Isso porque, ao contrário da situação jurídica da recorrida, a investidura de empregado da CEF depende de prévia aprovação em concurso público, a despeito do entendimento de “alguns especialistas que advogavam a tese de que o concurso não seria exigível no caso de pessoas da Administração Indireta com atividade econômica”, a qual não floresceu, consolidando-se o entendimento de que a “exigência alcançaria todas as pessoas da Administração Direta e Indireta”, a fim de “evitar favorecimentos e apadrinhamentos imorais e ilegais, infelizmente usuais na Administração Indireta.” (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas. 2019, p. 675).

Nessa ordem, terceirizada pela empresa determinada atividade laboral, “não pode haver direito à equiparação entre trabalhadores das empresas tomadora e prestadora de serviços, pois cada uma é, em si mesma, um empregador distinto” (REGINALDO MELHADO. *Terceirização, globalização e princípio da isonomia salarial*. RDT 95/10. Jul/1996), de maneira que, sob minha ótica, não se aperfeiçoam os elementos que a Consolidação das Leis do Trabalho prevê como imprescindíveis para se obter a isonomia salarial; entre outros (arts. 460 e 461), exige-se que o trabalho seja realizado para um mesmo empregador (art. 2º).

Portanto, a concessão judicial de extensão de vantagens/benefícios de qualquer espécie, com fundamento no princípio da isonomia, sem que esteja presente análogo suporte fático-jurídico, é expressamente vedada por este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário (na espécie, o TST) atuar nesses contextos na condição anômala de legislador positivo, como se constata em vários de seus precedentes (AI 801.087-AgR-segundo, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 22/2/2019; RE 744.520-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 22/6/2017; RE 606.171-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 3/3/2017. RE 509.862-AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 17/3/2017; RE 869.568-AgR, Rel. Min. CÁRMEN

LÚCIA, DJe de 28/4/2015; RE 742.352-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 15/8/2014; e RE 709.315-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 14/12/2012).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Como tese, proponho:

“ A equiparação de direitos trabalhistas entre terceirizados e empregados de empresa pública tomadora de serviços não pode ser concedida judicialmente, com base no princípio da isonomia e na previsão do artigo 7º, XXXII, da Constituição Federal de 1988 ”.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/09/2017 12:44