

## VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 1º Se a proposição já tiver ao menos um parecer favorável, somente ao Plenário cumpre deliberar a respeito da retirada.

(Parágrafo com redação dada pela Resolução nº 12, de 2019, publicada no Suplemento ao DCD de 1º/11/2019, em vigor no início da próxima sessão legislativa ordinária)

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

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

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

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

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

I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;

II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;

III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;

IV - de iniciativa popular;

V - **de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.**

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

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

“AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. INSTALAÇÃO E COMPOSIÇÃO DE COMISSÃO ESPECIAL. SUPOSTA NECESSIDADE DE PLENO FUNCIONAMENTO DAS COMISSÕES

PERMANENTES. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS REGIMENTAIS DA CASA LEGISLATIVA. ATO INTERNA CORPORIS, NÃO SUJEITO AO CONTROLE JUDICIAL. SEPARAÇÃO DE PODERES. ORDEM DENEGADA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. **O Poder Judiciário não possui competência para sindicatizar atos das Casas Legislativas que se sustentam, unicamente, na interpretação conferida às normas regimentais internas** . Precedentes: MS 25.144 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 28.02.2018; MS 31.951 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 31.08.2016, MS 24.356, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 12.09.2003. 2. **A inexistência de fundamento constitucional no ato emanado do Poder Legislativo, cujo alicerce decorre unicamente da exegese do Regimento Interno das Casas Legislativas, revela hipótese de ato interna corporis insindicável pelo Poder Judiciário** . 3. In casu, a despeito de o impetrante invocar o art. 58, caput, da CRFB/1988, para amparar seu direito líquido e certo, o ato coator está baseado na interpretação dos arts. 33, §§ 1º e 2º, e 34, § 1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que só deve encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário. 4. Agravo interno a que se NEGA PROVIMENTO”. (MS-AgR 35.581, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 22.6.2018) (grifei)

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

Congresso Nacional (ou das Casas que o integram). A submissão das questões de índole regimental ao poder de supervisão jurisdicional dos Tribunais implicaria, em última análise, caso admitida, a inaceitável nulificação do próprio Poder Legislativo, especialmente em matérias em que não se verifica evidência de que o comportamento impugnado tenha efetivamente vulnerado o texto da Constituição da República. Precedentes”. (MS-AgR 33.705, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe 29.3.2016)

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

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

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

A Constituição brasileira de 1988 contempla leque bastante diferenciado de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. Não são poucas as disposições que regulam as bases da relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício, conferindo destaque para situações especiais.

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

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

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

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

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

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

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

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

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

4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo a

contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).

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

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

7. Firmo a seguinte tese: '1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993'.

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

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

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

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

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

### **1. Terceirização, mercado e emprego**

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

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

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

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

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

No entanto, o modelo de internalização das etapas produtivas passa a ceder espaço para um modo descentralizado, externalizado, de produção. Na verdade, os novos modos de produção são só mais um viés das revoluções culturais pelas quais temos passado com uma frequência assustadora. É, portanto, no contexto desses “*tempos líquidos*”, na expressão cunhada por Zygmunt Bauman, que devemos discutir o problema. Como assevera o autor, vivemos a passagem de uma fase “sólida” para uma fase “líquida” de modernidade, em que “*as formas sociais (estruturas que limitam escolhas individuais, instituições que guardam repetições de rotinas, padrões de comportamento aceitáveis) não podem mais (e não se espera isso delas) manter o seu formato por muito tempo, porque elas se decompõem e derretem mais rapidamente do que o tempo necessário para moldá-las*”. (Zygmunt Bauman, *Liquid Times*, e-book, tradução livre)

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

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

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

Sendo assim, a atuação da “*firma*” pautar-se-á inevitavelmente no sentido que se revelar menos oneroso do ponto de vista dos custos de



transação: sendo a internalização menos onerosa, esta será a via eleita pela firma, sendo a externalização menos onerosa, é por ela que a firma conduzirá seus negócios.

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

No nosso sistema jurídico, não há, de fato, essa liberdade, ou seja, a empresa não conseguirá se conduzir de acordo com os custos de transação trazidos pelo mercado em si. Isso porque encontram no Direito mais um vetor de ampliação de custos. Como preleciona Fernando Hugo Miranda:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*apenas aplicável quando se apresentem certas circunstâncias de facto que na própria regra se acham descritas”.* ( *Introdução ao pensamento jurídico* , p. 54)

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

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

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

“Trata-se de contratação de empregado por empresa interposta para prestação de serviços para a Brasil Telecom S.A., como instalador, reparador, cabista de linhas telefônicas. A Turma manteve a condenação solidária, nos termos do item I da Súmula 331 do TST”. (Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-234600-14.2009.5.09.0021, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho)

“Trata-se de contratação de empregada por empresa interposta para prestação de serviços na Claro S.A., como atendente do sistema *call center* . Sob o fundamento de licitude na intermediação de mão de obra, a Turma manteve a sentença. Fundamentada a decisão no artigo 94, II, da Lei 9.472/97. Todavia, viabiliza-se a pretensão de reforma do julgado, para reconhecer inválido o contrato de terceirização, e a consequente aplicação da Súmula 331, IV, do TST”. (Embargos de

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

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

No caso *Lochner vs. New York*, a Suprema Corte americana declarou a inconstitucionalidade do chamado *Bakeshop Act*, lei do estado de Nova Iorque, de 1895, que estabelecia jornada de trabalho máxima de 10 horas diárias para padeiros. Como narra Carlos Alexandre de Azevedo Campos,

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

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

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

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

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

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

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

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

**“Alemanha**

Taxa de desemprego antes da reforma: 9,8%

Taxa de desemprego depois da reforma: 5,7%

**Espanha**

Taxa de desemprego antes da reforma: 23,3%

Taxa de desemprego depois da reforma: 17,8%

**França**

Taxa de desemprego antes da reforma: 10,1%

Taxa de desemprego depois da reforma: 9,5%

**Itália**

Taxa de desemprego antes da reforma: 11,5%

Taxa de desemprego depois da reforma: 11,1%

**Portugal**

Taxa de desemprego antes da reforma: 16,8%

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

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

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

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

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

Ou seja, aqui não se trata de optarmos entre um modelo de trabalho formal e um modelo de trabalho informal, mas entre um modelo com trabalho e outro sem trabalho; entre um modelo social utópico, como tão frequentemente nos alertou Roberto Campos, e um modelo em que os ganhos sociais são contextualizados com a realidade.

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

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

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

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

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

Assim, se a Constituição Federal não impõe um modelo específico de produção, não faz qualquer sentido manter as amarras de um modelo verticalizado, fordista, na contramão de um movimento global de descentralização. Isolar o Brasil desse contexto global seria condená-lo à segregação econômica.

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

Sem trabalho, não há falar-se em direito ou garantia trabalhista. Sem trabalho, a Constituição Social não passará de uma carta de intenções. A garantia contra despedida arbitrária ou sem justa causa e sua indenização compensatória, o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, a irredutibilidade do salário, a garantia de salário mínimo em caso de remuneração variável, o décimo terceiro salário, a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, a proteção do salário contra sua retenção dolosa, a participação nos lucros ou resultados e a participação na gestão da empresa, o salário-família, a jornada não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, a remuneração do serviço extraordinário superior em cinquenta por cento à do normal, o gozo de férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade, proteção da mulher no mercado de trabalho, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, a aposentadoria, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, a proteção em face da automação, o seguro contra acidentes de trabalho, a ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, a proibição de qualquer discriminação ao trabalhador com deficiência, a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores e a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso; tudo isso estará fadado ao esvaziamento se não dermos



essa resposta jurídica a um problema econômico e social sistêmico. A rigor, o art. 7º da Constituição não tem vida própria, depende do seu suporte fático: o trabalho.

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

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

“Tente obter alimentos usando apenas movimentos físicos e descobrirá que a mente do homem é a origem de todos os produtos e de toda a riqueza que já houve na Terra. Mas o senhor diz que o dinheiro é feito pelos fortes em detrimento dos fracos? A que força se refere? Não à força das armas nem à dos músculos. A riqueza é produto da capacidade humana de pensar. Então o dinheiro é feito pelo homem que inventa um motor em detrimento daqueles que não o inventaram? O dinheiro é feito pela inteligência em detrimento dos estúpidos? Pelos capazes em detrimento dos incompetentes? Pelos ambiciosos em detrimento dos preguiçosos? O dinheiro é feito – antes de poder ser embolsado pelos pidões e pelos saqueadores – pelo esforço honesto de todo homem honesto, cada um na medida de suas capacidades. O homem honesto é aquele que sabe que não pode consumir mais do que produz. Comerciar por meio do dinheiro é o código dos homens de boa vontade. O dinheiro se baseia no axioma de que todo homem é proprietário de sua mente e de seu trabalho. O dinheiro não permite que nenhum poder prescreva o valor do seu trabalho, senão a escolha voluntária do homem que está disposto a trocar com você o trabalho dele. O dinheiro permite que você obtenha em troca dos seus produtos e do seu trabalho aquilo que esses produtos e esse trabalho valem para os homens que os adquirem, nada mais que isso. O dinheiro só permite os negócios em que há benefício mútuo segundo o juízo das partes voluntárias”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5. Compatibilidade entre terceirização e concurso público

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

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

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

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

Da mesma forma, digo eu, a contratação de empresa que forneça serviço temporário não afasta a observância dos demais princípios do art. 37 da Constituição. A terceirização da atividade não implica burla a regra do

concurso público, na medida em que não implica a investidura em cargo ou emprego público. Sua utilização, no entanto, deve observar todos os princípios que regem a administração pública, não podendo ser desvirtuada. Por oportuno, destaco da ementa do acórdão da ADI 1923 os pontos que aqui interessam em relação à terceirização na Administração Pública:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. **OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA**

**EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUENTES). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS. 1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. (...) 16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. (...)” (ADI 1.923/DF, Rel. Min. Ayres Brito, Rel. p/ac. Min. Luiz Fux, julgado em 16.4.2015) (grifei)**

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

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

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

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

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto -05/06/2020 02:30