

29/03/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.546 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S) : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ROSCH ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E
INFORMÁTICA LTDA
ADV.(A/S) : MAURÍCIO BENEDITO PETRAGLIA JÚNIOR
RECDO.(A/S) : JULIANA ROBERTI
ADV.(A/S) : RAFAEL ANDRADE PENA
ASSIST.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA
DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS
ADV.(A/S) : MIKAEL LEKICH MIGOTTO

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA. DESCABIMENTO.

1. Recurso extraordinário em que se debate se o empregado de empresa contratada teria direito à equiparação remuneratória com o empregado da empresa tomadora do serviço, quando ambos atuarem na mesma atividade-fim.

2. Conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 324, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 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 decidir como estruturarão seu negócio (art. 170, *caput* e inc. IV, CF).

3. Do mesmo modo, a decisão sobre quanto pagar ao empregado é tomada por cada empresa, de acordo com suas capacidades econômicas, e protegida pelos mesmos princípios constitucionais. Portanto, não se pode sujeitar a contratada à decisão da tomadora e vice-versa.

4. Além disso, a exigência de equiparação, por via transversal,

RE 635546 / MG

inviabiliza a terceirização para fins de redução de custos, esvaziando o instituto.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por maioria de votos, apreciando o tema 383 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso. A Ministra Rosa Weber acompanhou o Relator com ressalvas quanto à tese. Os Ministros Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Luiz Fux (Presidente) davam provimento ao recurso com fixação de tese. Os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Gilmar Mendes também davam provimento ao recurso, mas com tese diversa. Nesse sentido, o julgamento foi suspenso para deliberação da tese de repercussão geral em assentada posterior. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Brasília, 11 a 21 de setembro de 2020.

Em continuidade de julgamento, acordam os Ministros, por maioria de votos, em fixar a seguinte tese de repercussão geral (tema 383): *“A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratar de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas”*. Votaram nesse sentido os Ministros Luís Roberto Barroso, Redator para o

RE 635546 / MG

acórdão, Cármen Lúcia, Nunes Marques e Luiz Fux (Presidente). Os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que também deram provimento ao recurso em assentada anterior, fixaram tese diversa. Os Ministros Marco Aurélio (Relator), Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e Rosa Weber, vencidos no mérito, fixaram tese nos termos de seus votos.

Brasília, 19 a 26 de março de 2021

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - REDATOR P/O ACÓRDÃO

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.546

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADV.(A/S) : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA (24797/DF, 367882/SP) E
OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ROSCH ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E INFORMÁTICA LTDA

ADV.(A/S) : MAURÍCIO BENEDITO PETRAGLIA JÚNIOR (95614/MG)

RECDO.(A/S) : JULIANA ROBERTI

ADV.(A/S) : RAFAEL ANDRADE PENA (83047/MG)

ASSIST.(S) : UNIÃO

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

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDUSTRIA DE ENERGIA
ELETRICA DE CAMPINAS

ADV.(A/S) : MIKAEL LEKICH MIGOTTO (71011/PR, 175654/SP)

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 383 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso. A Ministra Rosa Weber acompanhou o Relator com ressalvas quanto à tese. Os Ministros Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Luiz Fux (Presidente) davam provimento ao recurso com fixação de tese. Os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Gilmar Mendes também davam provimento ao recurso, mas com tese diversa. Nesse sentido, o julgamento foi suspenso para deliberação da tese de repercussão geral em assentada posterior. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 11.9.2020 a 21.9.2020.

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

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.546 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **LENYMARA CARVALHO E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **ROSCH ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E
INFORMÁTICA LTDA**
ADV.(A/S) : **MAURÍCIO BENEDITO PETRAGLIA JÚNIOR**
RECDO.(A/S) : **JULIANA ROBERTI**
ADV.(A/S) : **RAFAEL ANDRADE PENA**
ASSIST.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A assessora Dra. Raquel Rodrigues Barbosa de Souza prestou as seguintes informações:

O Juízo reconheceu a ilicitude da terceirização entre a Caixa Econômica Federal, consignando a responsabilidade solidária da empresa. O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região deu parcial provimento ao recurso e assentou a responsabilidade subsidiária da recorrente, aludindo ao verbete nº 331, inciso IV, de Súmula do Superior Tribunal do Trabalho.

A Caixa Econômica Federal insurge-se contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do agravo de instrumento em recurso de revista nº 1262/2006-114-03.40.4, o qual reconheceu a possibilidade de equiparação de direitos trabalhistas entre a empregada terceirizada e os empregados públicos da tomadora dos serviços, independentemente da ilicitude da intermediação, tendo em vista o princípio da isonomia e a proibição à distinção contida no artigo 7º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ante fundamentos assim resumidos (folha 284 e 285):

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE

RE 635546 / MG

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

RE 635546 / MG

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.

No recurso extraordinário de folha 299 a 307, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, a recorrente argui transgressão aos artigos 5º, cabeça e incisos I, II, LIV e LV, 37, cabeça, inciso I, § 2º, da Constituição Federal. Sob o ângulo da repercussão geral, assevera as consequências do pronunciamento aos cofres públicos e ressalta o efeito multiplicador da controvérsia (folha 303).

No mérito, afirma a inexistência de vínculo empregatício entre os trabalhadores terceirizados e o tomador dos serviços, ressaltando a necessidade da realização de concurso público para a contratação por empresas públicas. Diz possível a equiparação, tão somente, entre empregados da mesma empresa, aludindo ao artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Alega violação ao princípio da legalidade, presente o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal (folhas 304 e 305).

Salienta que o artigo 12, alínea “a”, da Lei nº 6.019/1974 (Lei do Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas) assegura apenas a equivalência aos temporários da remuneração

RE 635546 / MG

percebida pelos empregados da mesma categoria de empresa tomadora, não alcançando outras vantagens legais, convencionais e regulamentares. Sublinha a inviabilidade da extensão dos direitos dos trabalhadores efetivos de empresa pública aos empregados terceirizados, considerada a diferença de situações jurídicas e ocupacionais (folha 305).

Segundo consigna, a condenação representa a imposição ao administrador de cumprimento de obrigação não prevista em lei. Menciona o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade nº 16, relator ministro Cezar Peluso, na qual reputado o caráter constitucional do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, a proibir a responsabilização automática da administração pública pelos encargos trabalhistas da empresa contratada para a prestação de serviços públicos. Consoante aduz, a extensão dos direitos trabalhistas aos empregados da empresa prestadora de serviços fomenta a prática do “nepotismo cruzado”, contrariando o teor do verbete vinculante nº 13 (folha 306).

Não houve a apresentação de contrarrazões (folha 310).

O extraordinário não foi admitido na origem (folha 309 a 310). Seguiu-se a formalização de agravo, no qual se buscou a sequência (folha 2 a 9).

Vossa Excelência, em 18 de junho de 2010, desproveu o agravo (folha 319 a 320). Interposto agravo interno, o pronunciamento anterior foi reconsiderado (folha 332 a 333).

Em 7 de abril de 2011, o Supremo concluiu pela repercussão geral do tema (folha 369), em acórdão assim ementado:

ISONOMIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO
TERCEIRIZADO - EMPREGADOS DO QUADRO

RE 635546 / MG

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.

A Procuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento do recurso ou, no caso de admissão, pelo desprovimento. Pontua o desprovimento do agravo de instrumento no Tribunal Superior do Trabalho em razão de ordem processual, circunstância suficiente a inviabilizar o extraordinário. Sublinha ofensa reflexa à Constituição Federal. Destaca a ausência de reconhecimento do vínculo empregatício entre o empregado terceirizado e a Caixa Econômica Federal. Diz que o verbete vinculante nº 13 não revela pertinência com as questões debatidas (folha 372 a 377).

A União, em 14 de março de 2012, ingressou como terceira no processo (folha 409 a 411).

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.546 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

PRINCÍPIO ISONÔMICO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

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.

Quanto à preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da República, segundo a qual se teria controvérsia sobre cabimento de recurso da competência de Tribunal diverso sem adoção de tese contrária à Constituição, porque regido por legislação ordinária, há discrepância presente o acórdão impugnado mediante o extraordinário. Embora tenha sido desprovido o agravo interposto para a subida do recurso de revista, nota-se que o Tribunal Superior do Trabalho decidiu à luz da Constituição Federal. Assentou, uma vez reconhecida a isonomia remuneratória, não ser cabível entender-se contrariados os diversos dispositivos constitucionais nele mencionados, mediante transcrição do acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Afirmou-se não se poder cogitar, na espécie, de transgressão ao artigo 37, cabeça, parágrafos 2º e 6º, da Lei Maior, fazendo-se alusão, expressamente, à articulação de violência também ao artigo 7º, inciso XXX, nela contido. Em síntese, proclamou-se o direito ao tratamento igualitário tendo em conta o que versado no artigo 7º, incisos VI, VII e X, da Constituição Federal de 1988. Daí, no Plenário Virtual, ter-se admitido como configurada a repercussão geral, sempre a pressupor o envolvimento de interpretação de preceitos constitucionais. Rejeito a preliminar.

No mais, atentem para os parâmetros do acórdão formalizado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Nele consta a premissa fática segundo a qual a recorrida prestava serviços consideradas tarefas próprias a atividade fim da recorrente, ombreando com trabalhadores que integram

RE 635546 / MG

o quadro funcional, estes mediante concurso público, e recebendo remuneração inferior. Está-se diante de situação concreta a envolver serviço prestado por empregado de empresa contratada ligado à atividade fim da tomadora. Em momento algum houve o reconhecimento de vínculo empregatício com esta última. Limitou-se a Justiça do Trabalho a declarar o direito à diferença remuneratória entre o que percebido pela recorrida e o que satisfeito, por idêntico serviço, aos empregados da Caixa. A óptica é harmônica com a Constituição Federal.

Sob o ângulo da responsabilidade solidária, apenas foi enfrentada a matéria presentes multas rescisórias. Então, consignou-se que a recorrente não indicou dispositivo legal ou constitucional que teria sido inobservado nem apresentou paradigmas a impulsionarem o recurso trancado na origem, ou seja, o recurso de revista. Decidiu o Tribunal Superior do Trabalho considerado o preceito do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse ponto, realmente, não se tem tema de índole constitucional. Desprovejo o recurso.

Proponho 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.”

29/03/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.546 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S) : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ROSCH ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E
INFORMÁTICA LTDA
ADV.(A/S) : MAURÍCIO BENEDITO PETRAGLIA JÚNIOR
RECDO.(A/S) : JULIANA ROBERTI
ADV.(A/S) : RAFAEL ANDRADE PENA
ASSIST.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA
DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS
ADV.(A/S) : MIKAEL LEKICH MIGOTTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA. DESCABIMENTO.

1. Recurso extraordinário em que se debate se o empregado de empresa contratada teria direito à equiparação remuneratória com o empregado da empresa tomadora do serviço, quando ambos atuarem na mesma atividade-fim.

2. Conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 324, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, a

RE 635546 / MG

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 decidir como estruturarão seu negócio (art. 170, *caput* e inc. IV, CF).

3. Do mesmo modo, a decisão sobre quanto pagar ao empregado é tomada por cada empresa, de acordo com suas capacidades econômicas, e protegida pelos mesmos princípios constitucionais. Portanto, não se pode sujeitar a contratada à decisão da tomadora e vice-versa.

4. Além disso, a exigência de equiparação, por via transversa, inviabiliza a terceirização para fins de redução de custos, esvaziando o instituto.

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

1. Trata-se de recurso extraordinário em que se discute se o trabalhador de empresa contratada, em regime de terceirização, tem direito à mesma remuneração percebida pelo empregado que integra o quadro permanente da tomadora do serviço, se desempenhar a mesma atividade e se ela constituir atividade-fim da tomadora. Debate-se, portanto, se, em virtude do fator “terceirização de atividade-fim”, há direito à igualdade de remuneração entre trabalhadores de empresas distintas.

RE 635546 / MG

2. O relator responde afirmativamente à questão. Entende que o direito à igualdade remuneratória entre empregados que desempenham a mesma atividade tem amparo constitucional (art. 7º, XXXII, CF), ainda que se trate de empresas distintas, porque desenvolvem a mesma atividade-fim. Com base nesse argumento, nega provimento ao recurso 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”.

3. Divirjo do relator.

4. A meu ver, o entendimento firmado em seu voto conflita com a decisão proferida nos autos da ADPF 324, sob a minha relatoria. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da terceirização, tanto de atividade-fim quanto de atividade-meio. E o fez essencialmente com base no argumento de que, à luz dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (e ausentes outras normas constitucionais contrapostas), cabe aos agentes econômicos a decisão acerca de como estruturar a sua produção. Confira-se trecho da ementa da decisão:

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

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

RE 635546 / MG

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. [...]**” (Grifou-se)

5. Como demonstrado no âmbito da ADPF 324, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência asseguram ao agente econômico a decisão sobre terceirizar ou não parte das suas atividades e, ao fazê-lo, baixar custos ou agregar novas expertises (art. 170, *caput* e inc. IV, CF). Exigir que os valores de remuneração sejam os mesmos entre empregados da tomadora de serviço e empregados da contratada significa, por via transversa, retirar do agente econômico a opção pela terceirização para fins de redução de custos (ou, ainda, incentivá-lo a não ter qualquer trabalhador permanente desempenhando a mesma atividade). Trata-se, portanto, de entendimento que esvazia o instituto da terceirização (ou que amplia desnecessariamente seu uso). E limita injustificadamente as escolhas do agente econômico sobre a forma de estruturar a sua produção.

6. Veja-se que a decisão proferida na ADPF 324 ressaltou expressamente alguns direitos que, por integrarem patamar civilizatório mínimo em matéria trabalhista, devem ser assegurados em igualdade de condições aos empregados da empresa tomadora de serviços e da contratada. Esse é o caso, por exemplo, dos treinamentos, material e normas de segurança e saúde no trabalho.

7. Não é, contudo, o caso da remuneração do trabalhador, já que se trata de empresas diferentes, com possibilidades econômicas distintas. Os mesmos princípios – da liberdade de iniciativa e livre concorrência – vedam que se imponham à contratada as decisões

RE 635546 / MG

empresariais da tomadora do serviço sobre quanto pagar a seus empregados, e vice-versa. Foi nessa mesma linha que me pronunciei no âmbito da ADPF 324 sobre o tema. Veja-se:

“De fato, é importante ter em conta que o tratamento isonômico tem de ser aferido por empregador, já que tanto a tomadora de serviços quanto a empresa terceirizada são titulares de possibilidades econômicas distintas e devem estruturar sua produção com autonomia. Não se pode, portanto, compelir a contratada a pagar remuneração nos mesmos padrões da contratante. De todo modo, é válido frisar que a nota técnica do IPEA já referida indica que, entre 2007 e 2012, cerca de 8% dos trabalhadores que eram terceirizados em um dado ano assumiram uma condição de contratação direta no ano seguinte e que, por outro lado, apenas pouco mais de 2,4% dos contratados diretamente tornaram-se terceirizados no ano subsequente.” (Grifou-se)

8. Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para negar o direito à equiparação e, portanto, às diferenças remuneratórias à recorrida. Firmo a seguinte tese: *“A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratar de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas”*.

29/03/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.546 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S) : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ROSCH ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E
INFORMÁTICA LTDA
ADV.(A/S) : MAURÍCIO BENEDITO PETRAGLIA JÚNIOR
RECDO.(A/S) : JULIANA ROBERTI
ADV.(A/S) : RAFAEL ANDRADE PENA
ASSIST.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA
DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS
ADV.(A/S) : MIKAEL LEKICH MIGOTTO

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.

RE 635546 / MG

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 (integrais e proporcionais), férias + 1/3 (integrais 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

RE 635546 / MG

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

RE 635546 / MG

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 inexiste 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

RE 635546 / MG

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

RE 635546 / MG

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

RE 635546 / MG

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

RE 635546 / MG

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 chancelava 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”.

RE 635546 / MG

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

RE 635546 / MG

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 PAOLO BARILE, alcança o próprio empregador, enquanto empreendedor

RE 635546 / MG

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 vênua ao entendimento do eminente Relator, concludo, 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

RE 635546 / MG

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

RE 635546 / MG

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.

29/03/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.546 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S) : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ROSCH ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E
INFORMÁTICA LTDA
ADV.(A/S) : MAURÍCIO BENEDITO PETRAGLIA JÚNIOR
RECDO.(A/S) : JULIANA ROBERTI
ADV.(A/S) : RAFAEL ANDRADE PENA
ASSIST.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA
DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS
ADV.(A/S) : MIKAEL LEKICH MIGOTTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que lastreando-se no conjunto fático e probatório dos autos, registrado na decisão do Tribunal Regional do Trabalho, reconheceu isonomia entre trabalhadores terceirizados e empregados efetivos da Caixa Econômica Federal, para deferir-lhes direitos trabalhistas consectários. Eis o teor do acórdão recorrido, no particular:

(...)

Conforme se verifica pelas transcrições acima, o Regional, com base nas provas dos autos, consignou que a reclamante **realizava as mesmas tarefas exercidas pelos empregados da recorrente, ligadas a atividades-fim da tomadora.**

Constata-se, portanto, que decisão no sentido de que a reclamante laborava com tarefas ligadas à atividade-meio da 4ª

RE 635546 / MG

Reclamada, sem identidade de função com os seus empregados, demandaria o revolvimento de fatos e provas, procedimento vedado nesta instância recursal, nos termos da Súmula nº 126 do TST. Afasta-se a violação do artigo 461 da CLT.

(...)

Não é preciso sequer 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.

O tratamento isonômico visa a afastar os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. Trata-se de mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante, **encontrando amparo nos artigos 5º, caput, e 7º, XXXII, da CF, que proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.**

Até antes da atual Carta Magna, já havia regras da própria legislação ordinária adotando a direção isonômica constitucionalmente determinada, conforme atesta a Lei do Trabalho Temporário, segundo a qual, mesmo na hipótese de terceirização por ela regulada, fica assegurado ao trabalhador terceirizado remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora (art. 12, alínea “a”, da Lei nº 6.019/74).

Ademais, esta Corte Superior, em situações similares, já se manifestou no sentido de que é possível se reconhecer aos terceirizados os mesmos direitos dos trabalhadores contratados pela empresa tomadora dos serviços. Nesse sentido, os seguintes precedentes da SBDI-1, tendo como parte a própria Caixa Econômica Federal. (...)

No recurso extraordinário, alega-se que o reconhecimento de isonomia entre trabalhadores terceirizados e empregados da Caixa Econômica Federal, para fins de equiparação de direitos trabalhistas, ofende o princípio da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II e

RE 635546 / MG

§2º, da CRFB), pois que, faticamente, houve, ainda que por via oblíqua, o reconhecimento de vínculo de emprego com a Caixa Econômica Federal, sem a observância da aprovação em concurso público.

Aponta-se, ademais, ofensa ao artigo 5º, *caput*, incisos I, II, LIV e LV, segundo os quais há que observar a igualdade, a legalidade e o devido processo legal com seus consectários. A questão constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida por esta Corte ficou assim delimitada: *“Equiparação de direitos trabalhistas entre terceirizados e empregados de empresa pública tomadora de serviços.”*

Assim sendo, discute-se, à luz do artigo 5º, *caput*, incisos I, II, LIV e LV, e 37, *caput*, II e §2º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de equiparação de direitos trabalhistas entre trabalhadores terceirizados e empregados efetivos de empresa pública tomadora dos serviços.

A questão posta à apreciação desta Suprema Corte, pois, enfrenta a densificação da igualdade diante de situações que, no plano fático, ou seja, diante das funções efetivamente exercidas, equiparam trabalhadores cujos vínculos se materializam com empresas diversas, uma prestadora e outra tomadora de serviços terceirizados, para fins de reconhecimento de direitos trabalhistas. Não se está a discutir a licitude ou ilicitude da terceirização, mas apenas os direitos trabalhistas decorrentes de equiparação de funções exercidas.

O direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB) significa que todas as pessoas possuem a mesma dignidade; possuem, portanto, o mesmo valor moral e, assim, devem ser consideradas iguais em suas capacidades mais elementares. Somente assim será possível vivificar o que Constituição dispôs em seu art. 3º, I – a construção de uma sociedade livre, justa e solidária – e em seu art. 5º, *caput*, igualdade .

A Justiça Social como valor e fundamento do Estado Democrático de

RE 635546 / MG

Direito (art. 1º, IV, da CRFB) positivado e espraído pelas normas da Constituição de 1988 é a diretriz segura de que a valorização do trabalho humano objetiva assegurar a todos e todas uma existência digna (art. 170 da CRFB), bem como de que o primado do trabalho é a base da ordem social brasileira, tendo por objetivos o bem-estar e a justiça social (art. 193 da CRFB).

É importante aqui lembrar que, sob o paradigma da Justiça Social, as relações do indivíduo com a comunidade em que ele se insere devem ser norteadas não apenas pela igualdade mas também pela igual dignidade entre os sujeitos de direito. Assim, a Justiça Social, ao chamar a atenção para aquilo que é justo em comunidade, também, e ao mesmo tempo, determina os deveres de uns em relação aos outros no seio dessa comunidade. Nesse sentido:

“A justiça social, ao regular as relações do indivíduo com a comunidade, não faz mais do que regular as relações do indivíduo com outros indivíduos, considerados apenas na sua condição de membros da comunidade”. (BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito, in **Revista Jurídica Virtual**, vol. 5, n. 48, p. 1-21, maio 2003, p. 8).

A ordem econômica, conforme dicção da própria literalidade da norma constitucional (art. 170 da CRFB), deve ser balizada pelo princípio da valorização do trabalho humano, conforme observa o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

"A (ordem) econômica deve visar assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores

RE 635546 / MG

econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim." (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A legitimidade na Constituição de 1988, in FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência, eficácia e supremacia**. São Paulo : Editora Atlas, 1989, p. 53)

As relações contratuais, em geral, e as relações contratuais trabalhistas, em particular, devem considerar sujeitos e objetos concretos, fazendo referência às pessoas e aos seus comportamentos inseridos no mundo da vida em que tais relações acontecem. Conforme anotei, em contexto paralelo:

Em dimensão elastecida do objeto imediato se localiza um determinado comportamento. A referência mediata é àquilo que é tangível ou corpóreo. Portanto, o que passa a avultar no objeto da relação jurídica são os comportamentos, ou seja, dar relevância, por exemplo, à boa-fé, à confiança, valores que juridicamente passam a ser recuperados. O objeto não é mais algo em si, passa a ter função. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, 3a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 108)

Não se olvida que as múltiplas possibilidades de compreensão do fenômeno jurídico pode conduzir a resultados diferentes na hermenêutica constitucional, porém, o estabelecimento de visões contrapostas também pode colaborar para impulsionar formas mais adequadas de enfrentar os desafios contemporâneos. Assim pontuei:

A crise efetiva do direito contemporâneo pode não tão somente acostar à fragilidade dos pilares da modernidade, passíveis de estarem fincados na universalidade do sujeito, no individualismo e na autonomia; pode, também, cunhar o esboroar da abstração, da racionalidade única, da ausência de contradição no discurso da ciência. Mais ainda, sob as

RE 635546 / MG

antinomias, o risco e o relativismo, instala-se a possibilidade do respeito à diferença e aos direitos fundamentais olvidados. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, 3a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 95-96).

O Estado Social de Direito, nesse contexto, deve direcionar todos os seus esforços institucionais para o ser humano considerado em sua comunidade, ou seja, aquela em que o outro é tomado como sujeito de direitos e deveres, digno de inclusão no grupo social e enredado por obrigações recíprocas. Pelo reconhecimento, todos os sujeitos da comunidade são fins em si mesmos, estimulando-se a mais plena possível igualdade de direitos, de modo que “(...)Cada um possu(a) os direitos que aceita para os outros, ou seja, cada um (seja) sujeito de direito na mesma medida em que reconhece o outro como sujeito de direito.”(BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito, in **Revista Jurídica Virtual**, vol. 5, n. 48, p. 1-21, maio 2003, p. 9).

Os destinatários das normas constitucionais de 1988 são legitimados para reivindicarem, sob os auspícios da Constituição positivada, direitos sociais fundamentais trabalhistas como corolários primários do modelo político alcunhado de Estado Social de Direito. A concretização das normas constitucionais efetiva-se nas relações jurídicas que se firmam em atos, contratos e outras formas de reconhecer aos sujeitos envolvidos a proteção do ordenamento jurídico.

Trata-se de um concepção de dignidade da pessoa humana, como fundamento do ordenamento constitucional, o qual exige proteção concreta e real, com a finalidade de que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da própria comunidade, indicando, portanto, uma sua dimensão política.

Nessa concepção, a dignidade humana apresenta-se como produto do reconhecimento de que todos os seres humanos são merecedores de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade em que estão

RE 635546 / MG

inseridos. Ingo Sarlet, sobre o tema, sintetiza: *“Neste sentido, há como afirmar que a dignidade (numa acepção também ontológica, embora definitivamente não biológica) é a qualidade reconhecida como intrínseca à pessoa humana, ou da dignidade como reconhecimento, (...)”* (SARLET, Ingo. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 26)

Numa compreensão constitucional concretista, a dignidade humana implica a vedação de coisificação dos seres humanos, como também resguarda uma dimensão de igual consideração e respeito no âmbito da comunidade. Nessa linha, é a doutrina de Ingo Sarlet:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, Ingo. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.37)

Numa dimensão mais verticalizada, em relação à teoria do reconhecimento, é possível afirmar que a dignidade exige o respeito ao outro, ou seja, observância aos deveres de respeito aos outros. Isso tem

RE 635546 / MG

como principal consequência a exigência de respeito à dignidade do outro como condição da dignidade própria, exigindo das autoridades públicas e dos indivíduos de toda a comunidade atitudes de igual respeito e consideração mútuas. Beatrice Maurer, nesse diapasão, afirma:

Assim também o direito deverá permitir e encorajar todas as circunstâncias necessárias à integridade da dignidade fundamental do ser humano em sua dignidade atuada. Manifestando-se a dignidade em atos, é em todos os níveis que o direito poderá intervir, ordenar, a fim de permitir o melhor desenvolvimento possível das relações entre as pessoas. (MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.87)

No contexto do respeito recíproco à dignidade, como dimensão intrínseca da vida em comunidade, deve-se registrar que o princípio da dignidade humana não vincula apenas os atos das autoridades públicas, mas, também, e principalmente, os indivíduos que convivem em comunidade.

Importante aqui deixar expresso que o objetivo maior de tal concepção do princípio da dignidade humana é reconhecer garantias e estabelecer deveres decorrentes, com o intuito de viabilizar condições concretas de os seres humanos tornarem-se, serem e permanecerem pessoas. Explica Peter Häberle:

Com essa garantia jurídica específica de um âmbito vital do Ser-Pessoa, da identidade, a dignidade ocupa o seu lugar central: o modo pelo qual o homem se torna pessoa também fornece indicativos para o que é a dignidade humana. Duas questões devem ser distinguidas: como se constrói a identidade humana em uma sociedade e até que ponto se pode partir de

RE 635546 / MG

um conceito de identidade interculturalmente válido(...). (HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005,p. 124)

Deve-se ter em mente que o Estado Social de Direito realiza a dignidade humana quando reconhece em tal princípio um direito a ter direitos, ou seja, quando transforma os cidadãos em sujeitos de suas ações, pressupondo a dignidade humana como uma referência ao outro, como uma ponte dogmática para o enquadramento intersubjetivo da dignidade de cada um. Oportunas as lições de Peter Häberle:

Assim, será também compreensível que a dignidade humana constitui norma estrutural para o Estado e a sociedade. A obrigação de respeito e proteção abrange tendencialmente também a sociedade. A dignidade humana possui eficácia em relação a terceiros; ela constitui a sociedade. (HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 130)

O direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB) cuja âmbito de proteção está em discussão no presente julgamento, deve, assim, afastar as *“desigualdades que imponham prejuízos às pessoas e sejam alheios a sua responsabilidade. Essas desigualdades devem ser combatidas e rechaçadas porque não somente alteram uma relação que deve(ria) ser entre iguais, mas, sobretudo, porque limitam a liberdade e a autonomia do sujeito”* (GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66).

O quadro fático que dá o foco e direciona o olhar do presente

RE 635546 / MG

juízo informa que os trabalhadores, terceirizados e efetivos, exerciam as mesmas funções, nas mesmas condições e na mesma empresa. O critério diferenciador entre eles estava no vínculo jurídico laboral que estes trabalhadores detinham em relação à empresa ora recorrente, o que implica, necessária e inexorável, preponderância do direito à isonomia quanto aos direitos trabalhistas invocados.

Por razões de compatibilização da situação fática apresentada com os princípios estruturantes da administração pública brasileira (art. 37, II e §2º, CRFB), também previstos na Constituição da República, é de se afirmar a impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços, o que, entretanto, não impede o reconhecimento de verbas decorrentes de contrato de trabalho com a empresa prestadora de serviços.

E não se vislumbra, sob tal perspectiva, afronta aos princípios da legalidade (art. 5º, II, CRFB), em geral, e legalidade administrativa (art. 37, caput, CRFB), nem com o estatuto constitucional das empresas públicas (art. 173, CRFB), nem inobservância ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB) e seus consectários constitucionais (art. 5º, LV, CRFB), pois os direitos trabalhistas reconhecidos por equiparação, no caso dos autos, densificam o princípio da isonomia, plenamente compatibilizado com todas estas normas constitucionais.

Com isso, não há que se falar em afronta à jurisprudência dominante desta Suprema Corte quanto ao tema da terceirização, nem muito menos quanto ao tema da obrigatoriedade de se prestar concurso público para estabelecer-se o vínculo com empresa pública.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso extraordinário, acompanhando o e. Ministro Marco Aurélio, Relator.

Vencido quanto ao mérito, acompanho a tese proposta pela Ministra

RE 635546 / MG

Rosa Weber:

“O direito fundamental da não discriminação previsto no art. 7º, XXXII, da Constituição Federal assegura a isonomia remuneratória entre os empregados terceirizados e os empregados do quadro funcional da empresa tomadora dos serviços, presente a identidade de funções.”

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.546 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **FERNANDO TEIXEIRA ABDALA E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **ROSCH ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E
INFORMÁTICA LTDA**
ADV.(A/S) : **MAURÍCIO BENEDITO PETRAGLIA JÚNIOR**
RECDO.(A/S) : **JULIANA ROBERTI**
ADV.(A/S) : **RAFAEL ANDRADE PENA**
ASSIST.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDUSTRIA
DE ENERGIA ELETRICA DE CAMPINAS**
ADV.(A/S) : **MIKAEL LEKICH MIGOTTO**

VOTO

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

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

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

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

Abriu divergência o Ministro Luís Roberto Barroso, à compreensão

RE 635546 / MG

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

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

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

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

Peço vênia à divergência para acompanhar o Ministro Relator.

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

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

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

A estrutura normativa da Constituição Federal de 1988, em suas dimensões social e humanística, fruto dos anseios democráticos da sociedade brasileira, constitui um dos mais expressivos emblemas do

RE 635546 / MG

processo de construção da cidadania na história da República.

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

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

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

“[...] a reunião das duas figuras em um só inciso implica não apenas a igual dignidade de ambas, mas também que a interpretação a ser dada ao dispositivo não pode ser extraída isoladamente, do valor social do trabalho ou da livre-iniciativa. Dito de outra forma, a técnica legislativa demonstra a importância conferida pelo constituinte à *inter-relação* dos valores. Nesse sentido, compreende-se que a Constituição garante a liberdade de iniciativa como uma forma de valorizar o trabalho humano, permitindo seu livre desenvolvimento, por sua vez, aquela liberdade só é exercida legitimamente se der ao trabalho seu devido valor”¹.

1 BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula. Os valores sociais da livre-

RE 635546 / MG

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

“A fase histórica que precedeu à universalização do Direito do Trabalho revelou que inúmeros empregadores davam acentuada preferência ao trabalho das mulheres e dos menores, visando à redução dos custos da mão de obra, eis que lhes pagavam salários inferiores aos desejados pelos trabalhadores adultos. Essa praxe, embora em menor escala, continuou a ser empregada depois do advento do Direito do Trabalho, exigindo das respectivas legislações normas especiais tendentes a reprimi-la. Por sua vez, diversas empresas sobretudo as de capital estrangeiro passaram a dar preferência aos empregados da nacionalidade dos correspondentes proprietários, pagando-lhes salários superiores aos demais empregados que realizavam tarefas análogas².”

Conforme tenho ressaltado nesta Suprema Corte, o Direito do Trabalho, com suas regras e princípios, representa o rompimento com “o *tênue fio do individualismo jurídico (fundado no axioma: ‘quem diz contratual diz justo; depende do indivíduo assumir ou não obrigações’)*”³ e o início de um novo “*regime de Direito*”. Alicerçada em princípios de solidariedade e de justiça social, a proteção dos direitos dos trabalhadores assegura a realização da igualdade material, ao viabilizar a equalização de forças materialmente desiguais dentro da relação contratual e, conseqüentemente, a evolução das condições econômico-sociais dos

iniciativa. In CANOTILHO, J. J. Gomes [et all.] (Org.), **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), p. 137.

2 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12ª edição. São Paulo: LTR, 1991. Vol. 1, p. 409.

3 CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. São Paulo:

LTTr, 2016, p. 23

RE 635546 / MG

trabalhadores na concretização de verdadeira liberdade.

Como bem destaca Luigi Ferrajoli, a falta de garantia dos direitos fundamentais pela sua submissão à propriedade significa transformá-los em mercadorias *“cuja produção é decidida e gerenciada pela propriedade: são, de fato, direitos e bens patrimoniais confiados à dinâmica do mercado e da política.”*⁴

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

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

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

4 FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

RE 635546 / MG

3º :

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

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

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

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

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

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

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

Nesse contexto, a importância na concretização do direito fundamental do cidadão- trabalhador de perceber igual remuneração por trabalho de igual valor assume maior relevância na dinâmica social e econômica pós-moderna, caracterizada pela crescente concorrência sobre os mercados, aceleração do progresso tecnológico com o recrudescimento do nível de exigência de qualificação dos trabalhadores. A pluralidade de modos de produção e organização empresariais traz profundos reflexos

RE 635546 / MG

nos modelos de relações de trabalho, especialmente no que diz com a redução dos custos da mão de obra por meio da terceirização da prestação dos serviços.

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

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

Não obstante esse quadro, descrito em inúmeras obras acadêmicas sobre o tema, frustra-se qualquer união dos terceirizados para eventual movimento reivindicatório, em face do “fracionamento” do coletivo de empregados da empresa contratada pelos diversos setores da(s) tomadora(s) de serviços.

Embora a terceirização, em todas as suas formas, implique, a rigor, na maioria das vezes, precarização, o fenômeno tem se ampliado “*como forma de diminuição de custos, prestação de serviços com maior eficiência, produtividade e competitividade, que são objetivos intensamente buscados em tempos de globalização*”⁵. Para atingir esses objetivos desconsideram-se, frequentemente, pelos empregadores e tomadores dos serviços, os limites legais impostos com o fim de resguardar os direitos sociais e o valor constitucional do trabalho (CF, artigos 1º, IV, e 170, caput) e assegurar, em última análise, a incolumidade do princípio da dignidade humana, que já se disse, com propriedade, ser o “direito fundamental de todos os direitos fundamentais”.⁶

Ante a constatação da irreversibilidade da terceirização,

5 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 5ª. ed. Rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 348.

6 MENDES, Gilmar. A Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal In A Constituição de 1988 na Visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Edição comemorativa. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013, p. 103 .

RE 635546 / MG

em qualquer uma das suas formas, não há como olvidar, nessa relação assimétrica e trilateral, a proteção dos direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores terceirizados - entre os quais o direito à contraprestação pela mão de obra despendida -, que é o aspecto essencial⁷ no debate surgido nesse novo contexto histórico-econômico-social. A força de trabalho, uma vez entregue, não pode ser reposta: não há retorno ao *status quo ante* no que se refere ao labor prestado. A falta da contraprestação devida, independentemente de quem arque com esse pagamento, transforma o terceirizado em escravo moderno.

Oportuna a lembrança, nesse quadrante, da doutrina de a de BARBOSA MOREIRA⁸ acerca do estudo sobre o abuso do direito, em que se pesquisam os encontros e ferimentos que os direitos se fazem: *“Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita⁹, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício”, em observância ao fim econômico ou social do direito exercido, boa-fé objetiva, bons costumes.”*. (grifei).

Forte nesse panorama diacrônico constitucional, bem como no cenário das normas internacionais, presente a identidade de funções entre os empregados diretamente contratados e os empregados terceirizados que prestam serviços no âmbito da mesma empresa tomadora dos serviços, o direito fundamental da não discriminação previsto no art. 7º, XXXII, em harmonia com os arts. 1º, IV; 3º, III e IV e 170, da Constituição Federal, assegura a isonomia remuneratória, mercê

7 PASTORE, José. Terceirização: uma Realidade Desamparada pela Lei. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5386/006_pastore.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

8 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do Direito. Novo Código Civil – Doutrinas (VII) in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano V – Nº 26 – nov/dez 2003, p. 134

9 Considerados, no caso, a meu ver, os direitos alusivos aos trabalhadores.

RE 635546 / MG

do princípio universal segundo o qual “para o mesmo trabalho, igual salário”.

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

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

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

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

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei Federal 13.429/2017. Trabalho temporário. Prestação de serviço a

RE 635546 / MG

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

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

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

“O direito fundamental da não discriminação previsto no art. 7º, XXXII, da Constituição Federal assegura a isonomia remuneratória entre os empregados terceirizados e os empregados do quadro funcional da empresa tomadora dos serviços, presente a identidade de funções.”

É o voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.546 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **FERNANDO TEIXEIRA ABDALA E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **ROSCH ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E
INFORMÁTICA LTDA**
ADV.(A/S) : **MAURÍCIO BENEDITO PETRAGLIA JÚNIOR**
RECDO.(A/S) : **JULIANA ROBERTI**
ADV.(A/S) : **RAFAEL ANDRADE PENA**
ASSIST.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDUSTRIA
DE ENERGIA ELETRICA DE CAMPINAS**
ADV.(A/S) : **MIKAEL LEKICH MIGOTTO**

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Na condição de Relator, fiquei vencido quando do julgamento, na Sessão de 11 a 21 de setembro de 2020, deste recurso extraordinário. O processo foi reinserido na pauta do Plenário Virtual, para deliberação quanto à tese a ser fixada.

Dirirjo da que foi proposta, forte no voto proferido, no sentido de ser viável o reconhecimento do direito à isonomia remuneratória quando o prestador de serviços, embora contratado por terceiro, atue na atividade-fim da tomadora, ombreando com trabalhadores do quadro funcional dessa última.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.546

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADV.(A/S) : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA (24797/DF, 367882/SP) E
OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ROSCH ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E INFORMÁTICA LTDA

ADV.(A/S) : MAURÍCIO BENEDITO PETRAGLIA JÚNIOR (95614/MG)

RECDO.(A/S) : JULIANA ROBERTI

ADV.(A/S) : RAFAEL ANDRADE PENA (83047/MG)

ASSIST.(S) : UNIÃO

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

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDUSTRIA DE ENERGIA
ELETRICA DE CAMPINAS

ADV.(A/S) : MIKAEL LEKICH MIGOTTO (71011/PR, 175654/SP)

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 383 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso. A Ministra Rosa Weber acompanhou o Relator com ressalvas quanto à tese. Os Ministros Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Luiz Fux (Presidente) davam provimento ao recurso com fixação de tese. Os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Gilmar Mendes também davam provimento ao recurso, mas com tese diversa. Nesse sentido, o julgamento foi suspenso para deliberação da tese de repercussão geral em assentada posterior. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 11.9.2020 a 21.9.2020.

Decisão: Em continuidade de julgamento, o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (tema 383): "A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratarem de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas". Votaram nesse sentido os Ministros Roberto Barroso, Redator para o acórdão, Cármen Lúcia, Nunes Marques e Luiz Fux (Presidente). Os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que também deram provimento ao recurso em assentada anterior, fixaram tese diversa. Os Ministros Marco Aurélio (Relator), Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e Rosa Weber, vencidos no mérito, fixaram tese nos termos de seus votos. Plenário, Sessão Virtual de 19.3.2021 a 26.3.2021.

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

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário