



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Procuradoria-Geral da República

19140 - OBF - PGR

**Recurso Extraordinário com Agravo 713.211**

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Celulose Nipo-Brasileira S/A

Recorridos: Ministério Público do Trabalho e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Guanhões e Região

<b>1. Ementa .....</b>	<b>4</b>
<b>2. Introdução .....</b>	<b>5</b>
<b>3. Do histórico do caso .....</b>	<b>5</b>
<b>3.1. As primeiras fases do processo .....</b>	<b>5</b>
<b>3.2. Do acórdão recorrido .....</b>	<b>6</b>
<b>3.3. Do recurso extraordinário .....</b>	<b>9</b>
<b>4. Da estrutura do acórdão recorrido .....</b>	<b>15</b>
<b>4.1. Dos fundamentos normativos do subitem I da Súmula 331 do TST .....</b>	<b>16</b>
<b>4.2. Dos fundamentos normativos do subitem III da Súmula 331 do TST .....</b>	<b>18</b>
<b>4.3. Do conjunto dos fundamentos a sustentar a tese do julgado recorrido .....</b>	<b>19</b>
<b>5. Da inviabilidade do conhecimento do recurso extraordinário: a incidência das Súmulas 283 e 636 do STF.....</b>	<b>20</b>
<b>5.1. Da ofensa indireta na Constituição de 1988 e no direito comparado: elementos essenciais da discussão .....</b>	<b>23</b>
<b>5.2. Da caracterização da ofensa indireta no caso .....</b>	<b>32</b>

**5.3. Princípios formais não se prestam à definição das margens estruturais de decisão do legislador ..... 35**

- 5.3.1. Outros supostos defeitos formais da Súmula 331, I, do TST .....37
- 5.3.1.1. Da fixação do parâmetro de competência não se segue o de controle.38
- 5.3.1.2. De critério que não encontra suporte na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal .....38
- 5.3.1.3. De pressuposto equivocado e irrevisível no recurso extraordinário: a generalidade excessiva da Súmula do TST .....40
- 5.3.1.4. Da tese da ilicitude do aumento da dificuldade do litigante que deseje contradizer as súmulas .....43
- 5.3.1.5. Da suposta ofensa à isonomia .....46
- 5.3.1.6. A generalidade não é o critério para aferição do caráter normativo de determinado enunciado .....48
- 5.3.1.7. Da incompetência do STF para verificar a necessidade de distinções na súmula fundada em lei ..... 51

**6. Da incompatibilidade material da terceirização de atividades finalísticas de empresas com a Constituição ..... 52**

**6.1. Do cuidado terminológico ..... 52**

**6.2. Dois caminhos metodológicos com a mesma conclusão: a incompatibilidade material da intermediação de mão de obra com a Constituição..... 56**

**6.3. O paradigma estruturante ..... 58**

- 6.3.1. O domínio normativo da relação de emprego.....60
- 6.3.2. O direito comparado como prova da correção do asserto do domínio normativo: a vinculação do empregado e quem tem sua necessidade suprida pelo trabalho .....75
- 6.3.2.1. Espanha.....75
- 6.3.2.2. França .....76
- 6.3.2.3. Alemanha .....78
- 6.3.2.4. O padrão da Organização Internacional do Trabalho .....79
- 6.3.2.5. O conceito de inserção do trabalhador como núcleo do emprego na doutrina contemporânea ..... 81

**6.4. Da interpretação segundo o modelo tradicional da cãnone hermenêutico: a constitucionalização do conceito de relação de emprego ..... 85**

**6.5. Da incompatibilidade da terceirização de atividades finalísticas com o sistema de proteção ao trabalho da Constituição de 1988..... 97**

- 6.5.1. Dos enunciados sobre o valor social do trabalho .....99

6.5.2. De regras de competência sobre o trabalho, fins educativos, direitos fundamentais clássicos aplicáveis ao trabalho, direitos conexos ao trabalho ..	101
6.5.3. Do emprego pressuposto nos direitos fundamentais sociais .....	103
6.5.3.1. Da incompatibilidade da intermediação com os elementos funcionais da relação de trabalho .....	105
6.5.3.2. Da incompatibilidade da intermediação com os elementos temporais da relação de trabalho .....	112
<b>6.6. Dos problemas gerados com a intermediação de mão de obra: a interpretação teleológica da Constituição .....</b>	<b>113</b>
<b>6.7. Da conclusão extraída dos critérios clássicos de interpretação constitucional.....</b>	<b>120</b>
<b>6.8. Dignidade humana.....</b>	<b>124</b>
<b>6.9. Da formação direta do vínculo entre verdadeiros empregador e empregado como decorrência evidente da fraude ao rol de direitos sociais .....</b>	<b>137</b>
<b>7. Da conclusão .....</b>	<b>140</b>
<b>8. Bibliografia.....</b>	<b>141</b>

### 1. *Ementa*

Recurso extraordinário. Direito do trabalho. Intermediação de mão de obra em atividade-fim de empresas. Súmula 331 do TST.

Impossibilidade de conhecimento do recurso extraordinário, em virtude da Súmula 283 do STF: o acórdão recorrido contém fundamento autônomo de direito ordinário – os arts. 2º, 3º e 9º da CLT –, capaz, por si só, de sustentar a conclusão do julgado e da Súmula 331 do TST.

Inviabilidade processual do recurso extraordinário por ofensa à Súmula 636 do STF: a alegação de ofensa à legalidade não permite a interposição dessa espécie de recurso, sobretudo porque critérios formais não se prestam à delimitação das margens de decisão do legislador. Exame do problema à luz do direito comparado com o emprego do critério preponderante para a verificação do caráter indireto de ofensas à Constituição na queixa constitucional de índole interpretativa.

Necessária distinção conceitual entre a terceirização de atividades empresariais e a intermediação de mão de obra no direito brasileiro.

Incompatibilidade material da intermediação de mão de obra em atividade-fim empresarial com a Constituição de 1988.

Parecer pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do recurso extraordinário.

## 2. Introdução<sup>1</sup>

Está em causa agravo em recurso extraordinário contra decisão do TST, que confirmou condenação de empregador por contratação ilegal de trabalhadores.

## 3. Do histórico do caso

A história do caso pode ser agrupada em tópicos, que lhe facilitam a compreensão.

### 3.1. As primeiras fases do processo

Por força de relatos do caráter inseguro, insalubre e precário das condições de trabalho em empresas extrativistas mineiras, o MPT instaurou inquérito civil. Os elementos ali colhidos levaram-no a aforar esta ação civil pública contra a Celulose Nipo Brasileira S/A. Apurou-se que a ré se valia de grupos de trabalho contratados por empreiteiros para o plantio, o corte e o transporte de eucalipto, apesar de essa atividade constituir seu objeto social<sup>2</sup>. Em suma, explorava propriedades rurais nos Municípios de Ipatinga, Santa Bárbara e Antônio Dias, mediante força de trabalho intermediada por terceiro, livrando-se da

---

<sup>1</sup> O intuito de simplificar as notas de rodapé aconselhou deixar as referências bibliográficas completas apenas no final do trabalho – cf. o tópico 8. Os títulos são citados abreviadamente, *em itálico*, segundo a convenção estabelecida na bibliografia. As traduções livres foram feitas pelo autor.

<sup>2</sup> Estatuto social, art. 3º, b: “serviços de florestamento e reflorestamento; preparo, beneficiamento e comercialização de toras de madeiras apropriadas para fabricação de celulose e para consumo energético”.

contratação direta de empregados, de forma fraudulenta, em violação dos arts. 3º e 9º da CLT.

Daí porque o MPT pediu, entre outros requerimentos, a condenação da empresa a se abster de contratar de terceiros serviços relacionados à sua atividade-fim, sob pena de multa<sup>3</sup>.

No primeiro grau, debateram-se os objetivos sociais da empresa, mas foi verificada a contratação fraudulenta, porque integrada à industrialização da celulose. O pedido inibitório foi por isso julgado procedente.

O TRT<sub>3</sub> confirmou a condenação, tanto em face do teor do estatuto social da empresa como porque provado o desvio de empregados antigos para prestadoras de serviços.

Em virtude da não admissão do recurso de revista da empresa, a demanda subiu ao TST em agravo de instrumento.

### **3.2. Do acórdão recorrido**

O acórdão do TST no agravo de instrumento, que visava à admissão do recurso de revista, partiu da situação de fato apurada nas ins-

---

<sup>3</sup> Pediu também a cessação de práticas contra atividades sindicais e provimento de condições adequadas de saúde, segurança e higiene para o trabalho das frentes de serviços florestais (vedar trabalho de menores, fornecer água potável e instalações sanitárias), conceder intervalo e descanso apropriados, não forçar trabalho de empregados em férias, além de garantir a observância e controle da jornada de trabalho dentro dos limites legais.

tâncias ordinárias, até porque o terceiro grau trabalhista não se pode ocupar com matéria fática.

O aresto do TRT, transcrito no julgado do TST, assentou que a recorrente subcontratava, de outras empresas, mão de obra destinada ao desenvolvimento de seu objeto social, a saber, a produção de celulose, por meio do florestamento e do reflorestamento. Reproduzindo o julgado de segundo grau, o TST afirmou:

Este procedimento de terceirizar parte das atividades da empresa teve início por volta de 1994. Os empregados que exerciam as funções de trabalhador florestal, operador de motosserra, entre outras funções na CENIBRA foram demitidos e contratados, na sua grande maioria, pelas empresas prestadoras de serviços (...). Nas áreas que o relevo permite a colheita totalmente mecanizada, tais atividades são realizadas por trabalhadores registrados na CENIBRA, onde são utilizadas máquinas modernas com alta produtividade, restando às terceirizadas os trabalhos em local de relevo acentuado e em atividades mais perigosas, insalubres ou penosas.

A par da demonstração da terceirização para atividades-fim da ré, o amplo conjunto probatório demonstra que a CENIBRA controlava as supostas empreiteiras, através de especificações técnicas e uma série de determinações por ela imposta, concluindo-se que a recorrente tinha pleno controle sobre as empresas terceirizada e seus ‘empregados’. Portanto, ao contrário do que ela pretendeu demonstrar, não se tratava simplesmente de ‘condições gerais de fornecimento de serviços’ [...], mas de verdadeira ingerência no trabalho da terceirizada e de seus empregados, com especificações minuciosas do objeto do contrato [...].

O TST ainda reproduziu do acórdão do TRT cláusulas contratuais, por cujo meio a recorrente se garantiu o direito de “afastar ou mandar que suas cessionárias e subcontratadas afastem dos serviços objeto deste trato [de cessão de mão de obra], tão logo instada pela contratante [CENIBRA], qualquer empregado ou preposto, cuja permanência seja julgada inconveniente” e de “fiscalizar, a todo tempo, não só a forma como vem sendo executados os serviços objeto deste trato”.

Por fim, a mais alta instância trabalhista endossou a seguinte conclusão do segundo grau:

Verificou-se que a intermediação de mão de obra teve nítido intento de transferir a terceiros, ilegalmente, a atividade-fim da reclamada, porquanto o processo produtivo da madeira é tarefa imprescindível à consecução do seu objetivo social (produção de celulose), e, por isso mesmo, há previsão expressa no estatuto da ré no sentido de ser seu objetivo o reflorestamento (art. 3, b). Some-se a isto a reprovável constatação de que todo esse procedimento, sem delongas, teve o nítido propósito de reduzir custos de produção, colocando em risco e em xeque, a vida e a condição social de toda uma classe trabalhadora.

O fundamento básico do julgado recorrido encontra-se na Súmula 331, IV, do TST, que entende caracterizada a relação direta entre o operário e a tomadora de serviços, quando as atividades por ele desenvolvidas se incluírem nas finalidades dessa empresa, apesar de o contrato formal de trabalho ser celebrado com a prestadora dos serviços.

Também se disse ali, por meio da incorporação dos fundamentos do acórdão do TRT, que a prática na qual surpreendida a recorrente



ofende a isonomia, na medida em que defere tratamento díspar a empregados que desempenham a mesma função na empresa.

### **3.3. Do recurso extraordinário**

Em razão do quadro fático estabelecido nas instâncias ordinárias, o TST validou-lhes as decisões. Ficou provada a transferência da execução da atividade da empresa para terceiros, com intenção fraudulenta. Enfatizou-se o aspecto de a empregadora manter controle das empresas terceirizadas e de seus empregados, apesar de a contratação comercial querer aparentar relatividade de obrigações.

O TST não emitiu juízo sobre a suposta violação do art. 5º, II, da Constituição, porque constituiria ofensa reflexa, se tanto.

Os embargos declaratórios foram acolhidos, embora sem alterações substanciais no julgamento.

Daí a interposição de recurso extraordinário, com fundamento do art. 102, III, a, da Constituição. Diz-se violado o art. 5º, II, da Constituição: a decisão recorrida proibiria a contratação de prestadoras de serviços, supostamente sem fundamento em previsão legal. A Constituição, ao contrário, garantiria a liberdade de contratação, ao menos até que lei dispusesse em sentido contrário. Tal norma determinaria a prevalência do negócio jurídico, desde que houvesse agente capaz, objeto lícito e a forma prescrita, se existente (art. 104 do CC).

Agrega-se discussão sobre o que seria o atual conceito de “atividade-fim”: a Justiça do Trabalho teria compreensão defasada, em virtude das evoluções tecnológicas. Nesse passo, o fato de a atividade terceirizada constar do estatuto social da empresa não teria o peso da-

do pelas decisões até aqui proferidas. Pode-se ter configurada atividade-meio, apesar de relacionada como objeto social, segundo afirma a recorrente.

Diz-se ainda que o art. 97 da Constituição foi violado. Isso porque o TST teria escamoteado a declaração de inconstitucionalidade do art. 104 do CC, sem observar a reserva de plenário.

O recurso extraordinário não foi admitido, do que decorreu a interposição de agravo.

Num primeiro momento, o em. Relator notou a inviabilidade técnica do recurso do empregador. A falta de prequestionamento, do revolvimento fático e da ofensa indireta à Constituição seriam obstáculos ao exame da articulação recursal. Eis a ementa da decisão monocrática:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. AUSÊNCIA DE EFETIVO DEBATE PELO TRIBUNAL A QUO. FALTA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. INTERPRETAÇÃO DE MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF.

1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF).

2. Os requisitos de admissibilidade consistentes na regularidade formal, no prequestionamento e na ofensa direta à Constituição Federal, quando ausentes, conduzem à inadmissão do recurso interposto.
3. No caso *sub examine*, verifica-se a ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos constitucionais aos quais se alega violações no recurso extraordinário, o que atrai a incidência da Súmula 282 do STF.
4. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 596.682, Rel. Min. Carlos Britto, Dje de 21/10/10, e o AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje de 08/09/10.
5. A Súmula 279/STF dispõe: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”
6. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional.
7. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependente do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária. Precedentes: AI n. 804.854- AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 24/11/2010 e AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje de 22/10/2010.

8. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE. A matéria relativa à fixação da competência territorial em sede de ação civil pública já não comporta discussão nesta Corte, em face do entendimento consubstanciado na OJ nº 130 da SBDI-2. Agravo de instrumento não provido. 2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Concluiu o Regional que a prova produzida continha elementos fáticos e técnico-científicos suficientes para formação do convencimento do julgador, sendo desnecessária e dispendiosa a inspeção judicial requerida. Por tais motivos, os arestos trazidos a cotejo são inespecíficos, pois discutem a necessidade de juntada de documentos para contrapor aditamento feito em razões finais e a nulidade surgida em face da ausência de oitiva das partes. Óbice da Súmula 296, I, do TST. Agravo de instrumento não provido. 3. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. A presente ação civil pública propõe-se à defesa de típicos interesses coletivos, tais como, a terceirização ilícita, a tutela da segurança do meio ambiente do trabalho e a proibição de atitudes antissindiciais pela ré. Portanto, o direito é transindividual, de natureza indivisível, relativo aos integrantes de uma categoria ou grupo de pessoas ligadas entre si, ou seja, refere-se a interesses coletivos de natureza trabalhista. Assim, conforme dispõe o artigo 83, III, da Lei Complementar nº 75/93, compete ao Ministério Público do Trabalho, junto aos órgãos da Justiça do Trabalho, promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Agravo de instrumento não provido. 4. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. A legitimidade para a causa, segundo a teoria da asserção adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para a verificação das condi-

ções da ação, é aferida conforme as afirmações feitas pelo autor na inicial. No caso, depreende-se do acórdão que a ré foi indicada pelo autor para figurar no polo passivo da ação, em razão de ser considerada devedora do crédito pleiteado nestes autos, do que resulta sua legitimidade passiva *ad causam*. Agravo de instrumento não provido. 5. NULIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. Na hipótese em análise, conforme decidido pelo Regional, o provimento jurisdicional não ensejaria decisão uniforme para a ré e para as empresas terceirizadas, uma vez que se postula tutela inibitória em desfavor somente da CENIBRA. A natureza jurídica da relação deduzida em juízo não é indivisível, pois a condenação não imporá obrigação àquelas empresas que não estão presentes no processo. Saliente-se, ainda, que inexiste lei em sentido contrário, obrigando todas a compor o polo passivo da demanda. Agravo de instrumento não provido. 6. DANO MORAL COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO. A questão não foi dirimida sob a ótica dos artigos 104, 421 e 422 do Código Civil e 5º, XXXVI e XXXVIII, da Constituição Federal. Óbice da Súmula 297 do TST. A alegação de afronta ao art. 5º, II, da *Carta Magna* não impulsiona o recurso, por tratar este dispositivo de princípio genérico. Quanto ao valor do dano moral coletivo, apesar de elevado, o recurso não alcança conhecimento porque a divergência trazida à colação não trata da situação específica dos autos, sendo inespecífica a teor da Súmula 296 do TST. Quanto à terceirização, a decisão recorrida está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência deste Tribunal Superior, sedimentada na Súmula nº 331, IV, do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.”

9. Nego seguimento ao agravo.

A interposição de agravo interno não alterou o entendimento do Relator, que viu seu ponto de vista inicial confirmado pela Turma.

A sorte da recorrente alterou-se nos embargos declaratórios. Apesar de antes refutada em razão da generalidade da alegação, o argumento de que o STF ainda não havia se manifestado acerca da suposta violação do art. 5º, II, da Constituição, foi acolhido, dando-se por isso seguimento ao recurso extraordinário. Eis a ementa do julgado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. OMISSÃO. DISCUSSÃO SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA DAR SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.
2. O *thema decidendum*, *in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. Patente, outrossim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão de obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

3. Embargos de declaração providos, a fim de que seja dado seguimento ao Recurso Extraordinário, de modo que o tema possa ser submetido ao Plenário Virtual desta Corte para os fins de aferição da existência de Repercussão Geral quanto ao tema ventilado nos termos da fundamentação acima.

Neste novo impulso, a relevância da matéria constitucional acabou reconhecida no plenário virtual, malgrado os votos vencidos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Teori Zavascki, e o silêncio dos em. Ministros Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa.

#### **4. Da estrutura do acórdão recorrido**

O exame do julgado recorrido deve principiar-se pela fixação de seus fundamentos.

O aresto impugnado é longo, embora tenha estrutura simples, no capítulo ora sujeito ao recurso extraordinário, relativo ao art. 5º, II, da CR. Nada nele se encontra a respeito do art. 170 da CR, pela evidente razão de que esse assunto foi abordado, pela primeira vez, no recurso extraordinário.

O acórdão recorrido valeu-se da técnica de fundamentação *per relationem*, com o auxílio do julgado de segunda instância e de outros nele citados, aos quais agregou, ao final, seu ponto de vista. Tendo recapitulado os fatos indicados no histórico do caso, o TST entendeu pela existência de relação de emprego travada entre a empresa recorrente e os trabalhadores, malgrado a interposição de outra pessoa jurídica entre ambas as partes do verdadeiro contrato de trabalho. Concluiu, assim, pela incidência do art. 9º da CLT, como norma impeditiva da de-

fraudação dos direitos daquela consolidação legislativa (f. 860). Em apoio a essa conclusão, indicou a Súmula 331, tanto em seu aspecto geral, como no particularizado em seus subitens I e IV (f. 862 e 891; e 864-865, 890 e 891, respectivamente).

A verificação do fundamento normativo do julgado do TST submetido ao recurso extraordinário depende, assim, da remissão a precedentes, por intermédio dos enunciados da Súmula 331.

#### **4.1. Dos fundamentos normativos do subitem I da Súmula 331 do TST**

O subitem I da Súmula 331 fixa o entendimento de que “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)”. Esse enunciado aponta incidente de uniformização de jurisprudência como origem do enunciado básico da jurisprudência<sup>4</sup>. O voto condutor do julgado, do em. Min. *Marco Aurélio*, foi minucioso, ao ponto de listar a base normativa sobre a qual ergueu sua conclusão da formação do vínculo de emprego entre a empresa que se beneficia do labor e o empregado que o presta. Eis as referências legislativas:

Referências: Convenção Internacional nº 122 de 1964 – OIT (Decreto nº 66.499, de 27 de abril de 1970).

Constituição Federal – artigos 153 - § 36, incisos II, IV e VI, 165, inciso v.

---

<sup>4</sup> TST-IUJ-RR 3.442/84.



Consolidação das Leis do Trabalho, artigos 2º, § 2º, 3º, 9º e 442 a 444.

- Lei nº 6.019/74

- Lei nº 7.102/83

- Decreto-Lei 200/67, artigo 10, §§ 7º e 8º.

- Lei nº 5.645/70, artigo 3º, parágrafo único.

O voto principia pela recordação de que ao pacto celebrado entre o trabalhador e a “empresa prestadora de serviço falta, pelo menos, um desses requisitos essenciais [do art. 2º da CLT]: a assunção dos riscos da atividade econômica. Justamente esse que é o cerne das relações de trabalho numa economia de cunho capitalista”. O Relator prossegue interpretando o art. 2º da CLT, de modo a assentar que o mencionado contrato tampouco satisfaz o requisito da personalidade: “a empresa prestadora de serviço não encontra, na qualidade de empregadora, guarida na ordem jurídico-trabalhista vigente, pois somente repassa o salário ao empregado e não se apropria, nem se beneficia do resultado do trabalho por ele prestado”. Mais adiante, depois de notar que o vínculo de emprego estabelece com a empresa beneficiadora pelo trabalho, o voto condutor extrai a consequência normativa dessa premissa: “interpretação contrária compromete a liberdade do trabalho, o equilíbrio da ordem econômica instituída, a integração do trabalhador na vida da empresa (que são garantias constitucionais e frustra as conquistas da legislação do trabalho, esbarrando assim, na Carta Política [de 1969] e no salutar preceito do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho: ‘serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a

aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação’. Ainda nesse contexto de fundamentação ampla, cujo arco vai do direito internacional ao legal, também comparecem com destaque as normas do art. 160, I, II, IV e V, da Carta de 1969 a respeito do direito do trabalho na ordem pretérita, que têm homólogas na atual.

#### **4.2. Dos fundamentos normativos do subitem III da Súmula 331 do TST**

Conquanto não tenha sido mencionado de forma destacada no acórdão recorrido, o subitem III da Súmula 331 do TST parece integrar o cerne das preocupações do em. Relator, como se infere da decisão de reconhecimento da repercussão geral do tema. Então parece ser o caso de também pesquisar os fundamentos normativos desse subitem, assim concebido: “não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

Ao contrário da base do enunciado anterior, os fundamentos do ora em pauta somente se referem à matéria legal. Sua recapitulação pode ser feita de modo breve. No precedente mais antigo, negou-se o vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador de serviço, porque ausentes daquele caso os requisitos do emprego, consagrados no art. 2º da CLT, porque em causa a limpeza de estabelecimento bancá-

rio<sup>5</sup>. O mesmo pano de fundo foi discutido no acórdão seguinte, no qual se apontou a existência de lei a autorizar a contratação de prestadoras de serviços de conservação<sup>6</sup>. Também noutro dos arestos de base do enunciado, a inexistência dos requisitos da pessoalidade e da subordinação determinou a negação do vínculo<sup>7</sup>. Nos três casos remanescentes, foi decisiva a interpretação de leis extravagantes para se admitir a contratação, pela administração direta e indireta, de serviços de vigilância e de limpeza; estavam em causa o DL 200/1967 e as Leis 5.645/1970 e 7.102/1983<sup>8</sup>.

#### **4.3. Do conjunto dos fundamentos a sustentar a tese do julgado recorrido**

A rememoração dos precedentes originadores da Súmula 331 revela que o julgado recorrido invoca, por meio da fundamentação *per relationem*, normas de direito constitucional e de direito legal, como base de suas conclusões.

O conjunto de prescrições constitucionais incidentes no caso, ao ver do julgado recorrido, diz respeito à valorização do trabalho como condição de dignidade humana, assim como à relação entre o capital e o trabalho na ordem social e à proteção ao emprego.

---

<sup>5</sup> ERR 211.52.1990.5.12.5555.

<sup>6</sup> RR 226-34.1989.5.02.5555.

<sup>7</sup> RR 24086-98.1991.5.09.5555.

<sup>8</sup> RR 41486-28-1991.5.09.5555, RR 43279-06.1992.5.04.5555 e RR 45956-68.1992.5.09.5555.

Já no plano do direito ordinário, o julgado recorrido apoia-se fundamentalmente nos conceitos estruturais da relação de emprego: as definições de empregado e empregador e a cominação de nulidade às tentativas de burla dos direitos trabalhistas, encontráveis respectivamente nos arts. 2º, 3º e 9º da CLT.

### **5. Da inviabilidade do conhecimento do recurso extraordinário: a incidência das Súmulas 283 e 636 do STF**

Com as vênias do ponto de vista contrário, a primeira decisão do em. Relator e a colegiada que lhe seguiu os passos estavam corretas, ao reconhecerem a impossibilidade de conhecimento deste recurso extraordinário. Nesse sentido, também se contam as manifestações dos em. Ministros *Ricardo Lewandowski*, *Rosa Weber* e *Teori Zavascki* pela rejeição da existência de viabilidade técnica do recurso extraordinário.

A apreciação de seu mérito parece vedada pelo entendimento mais do que pacífico externado nas Súmulas 283 e 636 do STF.

O tópico precedente demonstrou que o acórdão recorrido se assesta tanto em normas calcadas na Carta de 1969 que encontram pares e símiles em diversas regras da Constituição de 1988, como nas disposições estruturais da legislação ordinária trabalhista, nas quais definidas as partes do contrato de trabalho e as sanções para as tentativas de ladear as garantias dela decorrentes. Por outras palavras, o julgado recorrido contém dupla fundamentação autônoma e suficiente à manutenção de suas conclusões. Logo, nos termos da Súmula 283 do STF, apenas a impugnação de ambos os fundamentos do julgado,

na via do recurso extraordinário, permitiria a reforma da decisão do TST.

Sucedo que o recurso não impugnou os fundamentos relativos à CLT declinados no julgado do TST, por meio da remissão à Súmula 331 daquele órgão. Nem o poderia fazer, porque evidentemente o recurso extraordinário não se presta à revisão de matéria legal.

Na tentativa de contornar tal inviabilidade técnica do recurso extraordinário, alegou-se a suposta ofensa à legalidade no acórdão recorrido. É claro, todavia, que tal intento não passa pelo critério da Súmula 636 do Supremo Tribunal Federal: “não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Isso ocorre no caso. A reforma do julgado trabalhista demandaria a revisão dos conceitos de empregado e de empregador da CLT, para assim se afastar a incidência da consequência jurídica de se reputar estabelecido o contrato de trabalho entre o operário e a empresa que de seus serviços se vale para o desenvolvimento do núcleo de sua atividade finalística.

Uma vez que o recurso extraordinário se assenta apenas na suposta ofensa à legalidade do art. 5º, II, da Constituição, tem-se, quando muito, apenas ofensa indireta à Constituição. À falta de outro fundamento apreciável no caso, a questão da conformidade do ato questionado à lei se resolve em termos definitivos pelo TST.

Nesse sentido, confira-se não apenas o acórdão do agravo regimental neste caso, mas também o seguinte precedente desse Tribu-

nal, em que esclarecida a relação de controle entre o STF e os demais Tribunais. O em. Min. *Sepúlveda Pertence* esclareceu o aspecto do problema, em tudo repetido neste caso:

... sob a Lei Fundamental de 1988, a estrita observância dos limites constitucionais do recurso extraordinário se tornou ainda mais imperativa, na medida em que, com a criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial – salvo os casos enumerados taxativamente no rol da nossa competência –, a palavra definitiva sobre a inteligência do direito infraconstitucional foi subtraída, em princípio, da órbita da Corte Suprema e confiada, em cada área, ao respectivo Tribunal Superior.

[...]

Se um fundamento suficiente da decisão recorrida, de base infraconstitucional, já se tornou definitivo, com o julgamento do recurso especial que o impugnara, não se conhece, por perda do objeto, do recurso extraordinário relativo ao outro fundamento do julgado, de alçada constitucional: aplicação do princípio da Súmula 283<sup>9</sup>.

Dá-se precisamente isso neste caso: o fundamento do acórdão recorrido extraído da CLT já foi confirmado pelo TST, de sorte que não pode ser aqui reapreciado.

As incompreensões que cercam a categoria da transgressão indireta da Constituição aconselham que se estenda um pouco mais a apreciação do ponto, em busca da demonstração do caráter indireto

---

<sup>9</sup> RE 147.684, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.

da ofensa aqui em pauta, considerado o fundamento único do recurso extraordinário.

### **5.1. Da ofensa indireta na Constituição de 1988 e no direito comparado: elementos essenciais da discussão**

Talvez a maior prova heurística de que a ofensa indireta à Constituição exista está no fato de ter sido objeto das considerações de Kelsen, já no delineamento da jurisdição constitucional. Logo após ter notado a existência de inconstitucionalidade “imediate”, decorrente do conflito direto entre ato normativo ou concreto com a constituição, o autor prossegue: “deles se distinguem de modo claro os atos constitucionais mediatos, que por isso só podem também ser mediate ou indiretamente inconstitucionais. Na medida em que a constituição erija expressamente o princípio da legalidade da administração em geral e, de modo especial, a exigência da legalidade dos regulamentos, a legalidade da administração significa simultânea – e indiretamente – a constitucionalidade e vice-versa”<sup>10</sup>.

Apesar de constantemente insultada em passagens menos inspiradas da doutrina nacional, o em. Min. Sepúlveda Pertence fez ver que a ofensa indireta é:

---

<sup>10</sup> VVDStRL 1929, p. 39-40 e 59-60: “Von ihnen heben sich deutlich die verfassungsmittelbaren Akte ab, die daher auch nur mittelbar, indirekt verfassungswidrig sein können. Sofern die Verfassung ausdrücklich den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung im allgemeinen, und im besonderen die Forderung der Gesetzmäßigkeit der Verordnungen aufstellt, bedeutet die Gesetzmäßigkeit der Vollziehung zugleich – indirekt – Verfassungsmäßigkeit und umgekehrt”.

... verdadeiro axioma da nossa jurisprudência. Afirmou-o o Tribunal, sem vacilações, desde quando, a partir da EC 16/65, se iniciou, nas áreas da Justiça Eleitoral (onde os textos anteriores eram ainda mais restritivos; CF 34, art. 83, § 1º; CF 46, original, art. 120) e da Justiça do Trabalho, a tendência – universalizada pelo regime atual –, de circunscrever o recurso extraordinário à hipótese de contrariedade à Constituição<sup>11</sup>.

No Brasil, pouco se estuda a dificuldade na separação dos campos das violações direta e indireta da Constituição, embora o desenvolvimento do tema tenha redundado na Súmula 636.

O auxílio do direito comparado tem valia. O recurso à Suprema Corte americana não conta nesse contexto, porque nela, como no antigo recurso extraordinário, o Tribunal decide com base na Constituição e na lei, e, portanto, a distinção pesquisada não se põe.

Assim, no panorama internacional, o tema parece mais bem estudado no direito alemão. O cenário na Alemanha revela-se, entretanto, o inverso do brasileiro, nenhuma das muitas soluções sugeridas pela doutrina reuniu consenso, em todos os seus aspectos<sup>12</sup>. De modo similar, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal variou na eleição do modo pelo qual tenta demarcar os limites de conhecimento da queixa constitucional, que parece o termo de comparação mais próximo ao recurso extraordinário brasileiro<sup>13</sup> para o fim em causa.

---

<sup>11</sup> RE 147.684, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, com a transcrição da ementa do RE 79.959 – cf. a nota 23.

<sup>12</sup> ALLEWELDT, *Bundesverfassungsgericht*, p. 8-9 e 160 e segs., por exemplo.

<sup>13</sup> Cf., por todos, o minucioso inventário da jurisprudência federal alemã em AL-



Atualmente, o TCF já abandonou dois critérios de delimitação dos domínios das ofensas direta e indireta da Lei Fundamental outrora importantes: a determinação da amplitude da revisão da atividade da jurisdição ordinária, em função da intensidade da intervenção estatal em determinado direito fundamental, e a chamada fórmula de Heck, assim batizada em homenagem ao relator do caso onde estabelecida<sup>14</sup>. Nesse contexto, parece muito mais relevante ter presentes as esclarecedoras críticas da doutrina comparada do que o apego às vacilações da jurisprudência alheia. O motivo do abandono contemporâneo de ambos os parâmetros parece radicar-se afinal em motivo similar, a saber, a falta de relação entre o critério sugerido em ambas as iniciativas e a intensidade do controle a ser realizado na jurisdição constitucional.

Parece haver ao menos relativo consenso de que a intensidade com que se afeta determinada norma constitucional – no caso, direito fundamental – nada tem a ver com a possibilidade de seu controle pelos Tribunais encarregados da última palavra em matéria constitucional, porque assim se confundem o parâmetro do controle com o âmbito do referido teste<sup>15</sup>. Eles são distintos. Do fato de se agredir com maior ou menor intensidade um direito não se segue a competência desse ou daquele Tribunal para a solução do caso. Se o problema não se põe em termos de disjunção rigorosa, ao menos deverá ser solvido

---

LEWELDT, *Bundesverfassungsgericht*, p. 83-138.

<sup>14</sup> ALLEWELDT, *Bundesverfassungsgericht*, p. 891 e segs.

<sup>15</sup> Cf., por todos, JESTAEDT, *DVBl*, p. 13; ALLEWELDT, *Bundesverfassungsgericht*, p. 91, para a ausência de clareza no raciocínio que delimita o âmbito do controle da intensidade da agressão à norma de direito fundamental.

com base na determinação de competência jurisdicional, segundo critérios processuais, e não de direito material<sup>16</sup>.

Menos correto, em geral e no caso, parece ser o emprego da “Fórmula de Heck”, mesmo em sua forma revista<sup>17</sup>. Segundo decisão de 1964 do TCF alemão, que gerou a fórmula aludida, a condução do processo, a verificação e a apreciação de fatos, a interpretação e a aplicação do direito ordinário ao caso são temas dos Tribunais comuns e, portanto, subtraídos do exame da jurisdição constitucional<sup>18</sup>. Nela também se lê que o direito constitucional não é ofendido, apenas porque uma decisão é equivocada, segundo o direito ordinário; o erro deve atingir direito fundamental, que lá é o parâmetro de controle. Até aqui, tem-se a base consensual da jurisprudência, desde o início das atividades daquele Tribunal. A novidade da fórmula está na afirmação seguinte de que a via do controle pelo TCF estaria aberta, quando a decisão recorrida se apoiar em concepção basicamente errônea do direito fundamental, particularmente da extensão de seu âmbito de proteção, ou de seu significado material para o caso, quando ambos de seus elementos tiverem algum peso. Apesar dessa abertura, o Tribunal tornou a restringir a fórmula, ao notar na frase seguinte que ofensa constitucional não se configura, apenas porque a ponderação realizada pelo juízo recorrido possa ser questionada, por ter deferido mais ou menos peso ao interesse de uma ou de outra parte. Essa tentativa de demarcar os limites da revisão pelo TCF dos julgados das instân-

---

<sup>16</sup> JESTAEDT, DVBl, p. 6.

<sup>17</sup> ZUCK, *Verfassungsbeschwerde*, p. 215, nº 599, para quem já passa do tempo de os resilientes se despedirem da referida fórmula.

<sup>18</sup> BVerfGE, v. 18, p. 85 [92 e seg.].

cias inferiores segundo critérios do direito material encontra-se superada.

A doutrina objeta, com razão, que o julgado não passa de “fórmula oca” ou de “arcano do Tribunal”, capaz de “permitir, em qualquer caso, qualquer resultado desejado”<sup>19</sup>. Mais preciso e incisivo, Jestaedt observa: “hoje se pode dar por certo que os problemas de parâmetro e alcance do controle das decisões dos Tribunais ordinários pelo Tribunal Constitucional, decorrentes da constitucionalização da ordem jurídica, não podem – ao menos adequadamente – ser resolvidos com os meios da interpretação constitucional. A chamada abordagem de direito material fracassa”<sup>20</sup>. Daí serem errôneas as teses que medem o âmbito de controle diretamente pela eficácia dos direitos fundamentais no direito privado<sup>21</sup>. O motivo é evidente: uma vez que “espécie e conteúdo da interpretação constitucional são igualmente causas do problema”, “como então poderiam contribuir para sua solução?”<sup>22</sup>. De fato, se as dificuldades na determinação do sentido das normas de

---

<sup>19</sup> As críticas são respectivamente de ZUCK, BÖCKENFÖRDE e ROTH, *apud* ALLEWELDT, *Bundesverfassungsgericht*, p. 88.

<sup>20</sup> JESTAEDT, *DVBl*, p. 6: “Heute darf es als ausgemacht gelten, dass das mit der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung einhergehende Problem von Maßstab und Reichweite der Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht sich nicht – oder nicht zulänglich – mit den Mitteln der Verfassungsauslegung lösen lässt. Der – wie es heißt – materiell-rechtliche Ansatz versagt”.

<sup>21</sup> JESTAEDT, *DVBl*, p. 6.

<sup>22</sup> JESTAEDT, *DVBl*, p. 6: “Denn Art und Inhalt der Grundrechtsauslegung sind gleichsam die Verursacher des Problems. Wie sollten sie dann aber zu desse Lösung beitragen können?”.

direito constitucional causam, em certos casos – mas não neste, como se verá no tempo oportuno – o problema da discriminação da competência da jurisdição constitucional em face das demais, não se pode esperar que daí surja a solução do impasse. Pelo contrário, só gerará mais confusão.

Não por outro motivo, já em 1966, o STF recusou-se a apreciar o mérito de recurso extraordinário, a partir da premissa que mais tarde designaria ofensa reflexa da Constituição:

Por igual, não há como acolher o argumento de que se trata de matéria constitucional, só porque o agravante pede indenização relativa a estabilidade e isso, que a invocada lei ordinária regula, está previsto na constituição (art. 157 n. XII).

A argumentar-se assim, todas as matérias reguladas em lei ordinária como desdobramento de princípios gerais contidos na Constituição, seriam de ordem constitucional, o que não há como admitir. Recurso extraordinário não conhecido<sup>23</sup>.

Alleweldt nota, em sua tese de cátedra, que a “Fórmula de Schumann” experimenta ressurreição, desde o meio da década de 1990, a ponto de o Presidente do TCF alemão indicá-la como praxe jurisprudencial dominante<sup>24</sup>. Razões não faltam para a retomada do prestígio

---

<sup>23</sup> RE 57.656, rel. Min. LUIS GALLOTTI, que, no RE 72.959, de 1971, generalizaria a fórmula: “não há como acolher o argumento de que se trata de matéria constitucional, só porque se invoca lei ordinária que regula matéria prevista na Constituição”.

<sup>24</sup> ALLEWELDT, *Bundesverfassungsgericht*, p. 143; entre tantos outros exemplos do acolhimento da Fórmula de Schumann como critério básico de aferição do caráter

desse primeiro aporte doutrinário para a definição da competência da jurisdição constitucional, que completou meio século em 2013<sup>25</sup>. Entre outras qualidades, a fórmula engendrada por Schumann tem a vantagem de oferecer critério claro para a determinação da licitude de revisão pelo TCF e, *mutatis mutandis*, para o STF rever a interpretação do direito infraconstitucional realizada nas instâncias inferiores.

A revalorização da Fórmula de Schumann está sobretudo na redescoberta de que a abordagem processual – e não material – do problema mostra-se capaz de resolver o impasse dos casos, nos quais se pretende submeter à jurisdição constitucional decisões judiciais de interpretação do direito ordinário. A fórmula estrutura-se a partir do caráter objetivo da queixa constitucional, agora tornado explícito para o recurso extraordinário no art. 102, § 3º, da CR: ambos os institutos processuais não se prestam só à tutela de direitos subjetivos dos recorrentes, mas ao esclarecimento, desenvolvimento e do direito constitucional<sup>26</sup>. Segue-se disso que a queixa aludida não é meio de revisão de ofensa de lei ordinária, mas apenas dos aspectos da atividade judicante inferior que ofendam diretamente direito fundamental, sob pena de se frustrar aquela finalidade do instituto<sup>27</sup>, além de transformar

---

direto da ofensa, confirmam-se o atual Presidente do TCF alemão, VOSSKUHLE, *apud* ROTH, , p. 20, que diz ser ela a praxe dominante naquele órgão; e, no âmbito teórico, STARCK, *Formel*, p. 42, 45 e 47, com indicação de diversos autores de tomo no mesmo sentido.

<sup>25</sup> Cf. o volume editado por ROTH para celebrar a data com conferências a respeito da atualidade da “Fórmula de SCHUMANN”.

<sup>26</sup> SCHUMANN, *Verfassungsbeschwerde*, p. 113.

<sup>27</sup> SCHUMANN, *Verfassungsbeschwerde*, p. 116.

os órgãos de cúpula mencionados em instâncias super-revisoras de julgados de graus inferiores<sup>28</sup>. No Brasil, ademais, a admissão de critério material implodiria a divisão de competência entre os Tribunais Superiores e o STF. Em especial a existência do recurso especial para o STJ tornar-se-ia de todo inexplicável, pois interposto simultaneamente com o extraordinário.

Portanto, vários motivos determinam que a revisão de julgados na via do recurso extraordinário se oriente por critério processual – e não material –, em decorrência de mais de um motivo. Em primeiro lugar, pela função do recurso extraordinário, destinado a corrigir ofensas ao direito constitucional, e não a promover a defesa de qualquer direito subjetivo do recorrente, num quase controle de normas de interesse individual<sup>29</sup>. Além disso, a competência do STF há de ser contrabalançada com a dos demais Tribunais, que também possui estatura constitucional, diversamente do termo de comparação germânico. Por fim, como desde o juiz de primeiro grau no Brasil vela pela inteireza do direito nacional, aí incluído o constitucional, tem pouco sentido transformar o recurso extraordinário, agora com a nota objetiva do art. 102, § 3º, da CR, em mero dúplice da proteção jurisdicional comum<sup>30</sup>.

Independentemente do direito material aplicável ao caso, há mais de meio século a *Fórmula de Schumann* assim delimita a competência da jurisdição constitucional: “a queixa constitucional interpretativa me-

---

<sup>28</sup> SCHUMANN, *Formel*, p. 66.

<sup>29</sup> JESTAEDT, DVBl, p. 19 e 21, em relação naturalmente à queixa constitucional.

<sup>30</sup> JESTAEDT, DVBl, p. 21.

rece provimento, se a decisão judicial atacada admitir uma consequência jurídica que o legislador não poderia editar como norma”<sup>31</sup>.

O motivo está em que o alcance processual do controle difere do parâmetro material pelo qual se realiza<sup>32</sup>: a jurisdição constitucional existe para a defesa da Constituição, e não para a salvaguarda do direito legal. Não se quer com isso dizer que o descumprimento do direito legal seja desprovido de consequências; apenas se afirma assim que a atribuição de reprimir, em última instância, os atos ilegais recai na esfera dos Tribunais Superiores da União, e não no STF. Logo, apenas a extrapolação dos limites constitucionais impostos ao legislador – e não apenas ao juiz – dá margem ao recurso extraordinário.

A razão parece simples e evidente: o conteúdo imputado por sentença à lei, quando de impossível adoção até pelo Legislativo, já não representará apenas defeito de compreensão ou de aplicação da lei, mas já interferirá no direito superior da Constituição. E aqui o fundamental da fórmula: a competência da jurisdição constitucional não depende do exame da correção, perante a lei, das premissas utilizadas no julgamento recorrido. Basta verificar se seu resultado, generalizado como norma, passa pelo teste do controle de constitucionalidade – as normas constitucionais.

---

<sup>31</sup> SCHUMANN, *Verfassungsbeschwerde*, p. 207: “Die InterpretationsVB ist erfolgreich, wenn der angefochtene Richterspruch ein Rechtsfolge annimmt, die der einfache Gesetzgeber nicht als Norm erlassen dürfte”.

<sup>32</sup> Para a distinção entre ambos os conceitos, cf., por todos, JESTAEDT, DVBl, 2001, p. I.309-I.322.

Daí o outro modo pelo qual Schumann enunciou sua regra: “uma (suposta) interpretação equivocada do direito ordinário é irrelevante, para o Tribunal Constitucional Federal, se o legislador ordinário, na disciplina da matéria em causa, também pudesse, sem lesar direito fundamental, ter chegado à mesma consequência jurídica da interpretação (supostamente) errônea”<sup>33</sup>.

Portanto, resta saber se o juízo do Tribunal recorrido acerca da legislação ordinária pode, agora, ser revisto pelo Supremo Tribunal Federal, na via do recurso extraordinário, ou se representa mais um caso a ser resolvido com a Súmula 636 do STF.

## 5.2. Da caracterização da ofensa indireta no caso

De posse desses elementos, já se pode retornar ao raciocínio exposto no recurso extraordinário como razão para a reforma do entendimento do TST.

Após reproduzir o art. 5º, II, da CR e de recordar que a validade de atos jurídicos depende, nos termos do art. 104 do CC, de agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei e objeto lícito, a recorrente afirma que “a jurisprudência trabalhista, consubstanciada na Sú-

---

<sup>33</sup> SCHUMANN, *Verfassungsbeschwerde*, p. 206: “Eine (angebliche) Fehlinterpretation einfachen Gesetzesrechtes ist für das BVerfG irrelevant, wenn der einfache Gesetzgeber bei der Regelung der betreffenden Materie ohne grundrechtliche Beanstandung zu derselben Rechtsfolge wie die (angeblich) unrichtige Auslegung hätte kommen können”. – A diferença de que apenas os direitos fundamentais são defensáveis pela queixa constitucional, parece irrelevante no caso, sobretudo em face da ampliação do parâmetro de controle no célebre “Caso Elfes”.



mula 331 do TT, estabeleceu, sem lei a justificá-la, que existiriam duas situações jurídicas da terceirização”, a saber, a lícita e a ilícita, respectivamente, das atividades-meio e das finalísticas da empresa (f. 1.001). A ofensa à Constituição decorreria, assim, do fato de que “foi a recorrente proibida de firmar contratos de prestação serviço, a despeito de inexistir questionamento quanto à licitude de seu objeto” (f. 1.000). Daí a ofensa ao direito fundamental da legalidade. De resto, afirma-se com base em suposta evolução dos fatos tecnológicos do mundo que a solução encontrada no acórdão recorrido não seria “exata, possível ou recomendável” (f. 1.002).

Desde logo, afastem-se os parâmetros discricionários invocados pelo recorrente. Estando em pauta apreciar decisão judicial segundo parâmetros jurídicos, não cabe ao Judiciário determinar qual a melhor solução para o problema, mas apenas verificar se a oferecida nas instâncias inferiores se encontra nos limites do direito constitucional.

Também parece de fácil constatação o erro primordial de perspectiva da recorrente. Ao dizer que a subcontratação de pessoas para atividades finalísticas da empresa não impede a formação de vínculo de emprego entre o trabalhador e a tomadora de serviço, o TST proclamou a nulidade, por fraude, do contrato de trabalho, nos termos do art. 9º da CLT, pois ladeados os conceitos de empregado e de empregador dos arts. 2º e 3º da CLT. A jurisprudência do TST afirma a nulidade do contrato celebrado com pessoa interposta. A recorrente até pode discordar da conclusão espelhada na Súmula 331 do TST, mas não tem razão ao lhe imputar o defeito de haver negado validade a determinado pacto, sem que lei o vede. Bem ao contrário, a instância recorrida entendeu que o referido acordo de vontades não surte o efeito

desejado pelas prestadora e tomadora de serviços, porque viola as referidas regras da CLT, além de ofender normas da Constituição. O TST afirmou existir lei formal a determinar o desprovimento do recurso de revista – os arts. 2º, 3º e 9º, da CLT.

Portanto, a verificação da licitude do controle do resultado a que o TST chegou no caso, ao interpretar a lei ordinária, depende, em última análise, de se generalizar a afirmação contida no acórdão recorrido. Retiradas as particularidades relativas a certas categorias laborais, os subitens I, III e IV da Súmula 331 do TST afirmam que a pessoa contratada para o desenvolvimento de atividades da área-fim da empresa concretiza o conceito de empregado do art. 3º da CLT, pela natureza não eventual, subordinada e assalariada da prestação de serviços, da mesma forma que a empresa tomadora dos serviços se subsume ao conceito de empregador do art. 2º da CLT, porque dirige a atividade econômica na qual inseridos os trabalhadores. Resulta de tudo isso a formação direta do vínculo de trabalho entre quem presta e toma o serviço, porque, nestes casos, a interposição da pessoa jurídica prestadora dos serviços é mecanismo de fraude coibido no art. 9º da CLT.

Só estaria caracterizada, assim, a invalidade da interpretação dada pelo recorrente, acaso se pudesse mostrar que alguma norma constitucional impediria a subsunção dos trabalhadores e da empregadora em causa às respectivas categorias da CLT. Ou que a sanção cominada a tal infração à lei transgredisse norma constitucional.

O momento apropriado do trabalho demonstrará que, ao contrário, existe plena compatibilidade material entre a Constituição e o resultado da interpretação a que o TST chegou<sup>34</sup>.

### **5.3. Princípios formais não se prestam à definição das margens estruturais de decisão do legislador**

A tese defendida pela recorrente incide em erro estrutural ou lógico. As margens estruturais de decisão do legislador – coincidentes na “Fórmula de Schumann” com os limites de atuação da jurisdição constitucional – nem em tese limitáveis por meio de princípios meramente formais, como é o caso da legalidade, invocada pela empresa.

Segundo a melhor doutrina, as constituições abrem ao legislador dois grandes gêneros de margem de decisão ou de configuração das relações jurídicas: as estruturais e as epistemológicas. Ao caso, interessam apenas as estruturais.

As margens estruturais de decisão decorrem da ausência, na Constituição, de deveres e proibições impostas ao Legislativo em determinada matéria<sup>35</sup>. A margem de decisão estrutural começa lá, onde a “normatividade material” da Constituição termina<sup>36</sup>, e abrange o que ela cria como espaço livre de ação do Congresso Nacional<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Cf. o tópico 6.

<sup>35</sup> ALEXY, *VVDStRL 2002*, p. 16; e KLATT e SCHMIDT, *Spielräume*, p. 5.

<sup>36</sup> ALEXY, *VVDStRL 2002*, p. 16.

<sup>37</sup> KLATT e SCHMIDT, *Spielräume*, p. 5. Já o gênero das margens de decisão epistêmicas diz respeito ao estado de insegurança sobre as premissas da decisão legislativa. Tem-se a margem de epistêmica empírica, quando a insegurança do conhecimento relacionar-se aos fatos, como frequentemente ocorre com as decisões ba-

Uma vez que os princípios formais – como a legalidade – não têm nenhum conteúdo substancial, por só estabelecerem *quem* pode, por *que modo*, fixar algo<sup>38</sup>, é evidente que tais regras nada esclarecem sobre qual o teor que determinada lei deve possuir. “Considerações jurídico-funcionais ou princípios formais não desempenham nenhuma função, na margem de liberdade estrutural” [da Constituição], observou Alexy<sup>39</sup>. Mais enfáticos, Klatt e Schmidt notam: “questões de competência e princípios materiais devem ser estritamente separados uns dos outros”<sup>40</sup>.

Precisamente porque regulam apenas aspectos formais do problema, as regras da Constituição que permitem ao Congresso Nacional editar leis sobre o direito do trabalho (arts. 5º, II; 22, I; e 48 da CR) não servem de critério para a determinação do conteúdo da lei trabalhista e, por conseguinte, do acerto ou do erro da decisão do TST que lhe fixou o sentido, por meio da interpretação. A verificação de que eventualmente o legislador e juiz tenham ultrapassado os limites das margens estruturais de decisão impostos pela Constituição dependeria sempre da contraposição de norma de cunho material à solução encontrada pelo legislador, na visão do Tribunal recorrido.

---

seadas em prognósticos científicos não de todo conclusivos. Será, em contrapartida, normativa, quando o próprio conteúdo da Constituição for incerto.

<sup>38</sup> KLATT e SCHMIDT, *Spielräume*, p. 57.

<sup>39</sup> *VVDStRL 2002*, p. 16-17: “Beim stukturrellen Spielraum spielen funktionell-rechtliche Erwägungen oder formelle Prinzipien keine Rolle”.

<sup>40</sup> KLATT e SCHMIDT, *Spielräume*, p. 64: “Festzuhalten bleibt also an dieser Stelle, dass Kompetenzfragen und materielle Prinzipien strikt voneinander zu trennen sind”.

Mas nada disso foi feito no caso. A recorrente limitou-se à invocação do princípio de ordem formal da legalidade. Dele não se pode extrair nenhum conteúdo de mérito acerca de determinada matéria tratada na Constituição, de sorte que aí está a primeira razão autônoma e suficiente a determinar a rejeição da tese do recurso.

### 5.3.1. Outros supostos defeitos formais da Súmula 331, I, do TST

A doutrina nacional documenta a tentativa de desautorizar o Enunciado I da Súmula 331 do TST com apelo a argumentos de cariz procedimental, em seu sentido mais amplo.

Malgrado reconheçam que o enunciado da norma com ela não confunde, Luís Roberto Barroso e Ana de Barcellos divisam no particular enunciado referido ofensa ao devido processo legal, invasão de competência legislativa e negligência da função judicial de concretização de normas legais que lhe dariam suporte<sup>41</sup>.

O cerne do trabalho desenvolve a tese de que a súmula em pauta teria nível demasiado genérico, funcionando como lei e, assim, invadiria a competência do legislador, além de negligenciar a concretização judicial. A consequência seria ofensa à isonomia.

---

<sup>41</sup> Súmula, *passim*.

### 5.3.1.1. Da fixação do parâmetro de competência não se segue o de controle

Em prol do trabalho mencionado, diga-se logo que nele não se advogam repercussões processuais advindas das conclusões de direito material ali defendidas.

Também se mencione em benefício do escrito aludido que ele só se ocupa de um dos itens da Súmula 331 do TST, que se revela, afinal, um dos problemas de sua argumentação.

Como o trabalho se dedica apenas à explanação de pontos de vista de direito material, discute-se aqui a validade da transposição, quiçá extrapolação, de seus conteúdos para o direito processual.

### 5.3.1.2. De critério que não encontra suporte na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Argumenta-se, de início, que o tom geral do enunciado I da Súmula 331 seria inválido, por ultrapassar os limites da atividade jurisdicional de resolução de casos.

Antes de mais nada, a tese destoa da jurisprudência cinquentenária do STF. Nunca o STF reputou suas súmulas mais amplas como incidentes nos defeitos apontados. Mesmo ao tempo em que os enunciados que editava versavam sobre temas legais. Bem ao contrário, o Tribunal sempre as teve como as corretas extrações jurisdicionais de conteúdos legais.

Assim, por exemplo, a própria Súmula 636 do STF não desce aos pormenores do que se há de entender por “interpretação dada a normas infraconstitucionais”, impeditiva do conhecimento do recurso

extraordinário. E não é preciso explicar quantos e quão variados são os métodos e critérios de interpretação do direito abarcados no enunciado referido.

A situação torna-se ainda mais rarefeita, embora válida, quando se recorda a SV 10 do STF. Aquele verbete não desce às minúcias sobre como identificar a decisão relativa à lei que “afasta sua incidência, no todo ou em parte”, embora múltiplas sejam as causas para tanto imagináveis.

O mesmo se diga em relação à Súmula 101: “o mandado de segurança não substitui a ação popular”, que não especifica quais os pontos de semelhança a serem considerados para impedir o uso do mandado de segurança.

A Súmula 719 determina que “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a penas aplicada permitir exige fundamentação idônea”, mas não esclarece no que ela consiste.

Para encerrar a lista, recordem-se as ubíquas Súmulas 279 e 356: a primeira não esmiúça no que consiste a “revisão de prova”, ao passo que a última não fixa o sentido do termo “prequestionamento”, a cujo respeito se trava discussão até aqui em aberto.

Todos esses exemplos indicam que o nível de abstração das súmulas não pode ser elevado à categoria de critério pelo qual se lhes afere a validade. O critério deve ser outro, que se abordará mais adiante. Por ora é o momento de se enfrentarem os motivos pelos quais se pretende desabonar a prática do STF.

### 5.3.1.3. De pressuposto equivocado e irrevisível no recurso extraordinário: a generalidade excessiva da Súmula do TST

A principal objeção levantada pelo trabalho examinado está em que o nível de generalidade do primeiro dos enunciados da Súmula 331 usurparia a função legislativa, negligenciaria a judicial de concretização do direito no caso e dificultaria a defesa de quem tem interesse contraposto ao que nele se contém.

A suposta abstração excessiva do enunciado não parece configurada, em primeiro lugar, em decorrência da particular forma pela qual se compõem os enunciados do TST. A técnica de redação dos enunciados da Súmula de Jurisprudência do TST tem característica que os distingue de seus homólogos de outros Tribunais.

A súmula trabalhista apresenta nítida vantagem, em relação ao modelo praticados à sua volta, por agrupar em torno do enunciado básico sobre um assunto, numerado com algarismos arábicos, outras conclusões da jurisprudência, que desdobram aspectos do tema principal e recebem numeração romana. O ganho sistematizador desse modo de exposição é evidente, quando contrastado com seus similares: um só capítulo da súmula concentra tudo aquilo que o aplicador da lei deve conhecer acerca da jurisprudência do mais elevado Tribunal trabalhista, ao passo que, nos demais, a distribuição da mesma matéria em ordem aleatória na sequência numérica única dispersa o mesmo assunto por centenas de enunciados desconexos.

Assim, a correta apreensão do tratamento de certo tema na jurisprudência do TST depende, em grande medida, da consideração da íntegra do contexto onde tratado, até em decorrência desse sistema de mútuo esclarecimento dos enunciados referidos.



Exatamente isso ocorre com a Súmula 331, cujos termos hão de ser reciprocamente considerados, para que tenham seu sentido e alcance apreendidos de forma fiel ao pensamento do Tribunal. Assim, para além do item I, a Súmula 331 contém outros enunciados, nos quais especificadas as relações lícitas de intermediação de mão de obra e as ilícitas – itens II e III<sup>42</sup>. A generalidade da súmula é, assim, meramente aparente, quando considerada no todo. Até por serem todos enunciados agrupados em torno de tema comum e sujeito à mes-

---

<sup>42</sup> “SÚMULA 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

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

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

ma numeração, parece remota a ocorrência de situação de seu emprego isolado. Ao contrário, a consideração do todo é o natural nessa técnica de elaboração da súmula subdivida em enunciados.

Ademais, a tese poderia ter mais peso, acaso estivessem em pauta normas estritas, de alta densidade material, das quais a súmula tivesse feito generalizações. Mas, não é esse o caso. A súmula não se legitima como processo indutivo, mas dedutivo, a partir das três normas mais gerais da CLT. Os elementos da hipótese de incidência de duas delas são amplíssimos, porque calcados nas partes do contrato - empregador e empregado -, enquanto a outra, igualmente geral, veda a fraude à configuração desse vínculo. Tal é a generalidade da consequência jurídica referida no item I da Súmula 331, que se encontra no direito romano<sup>43</sup>.

Sobretudo quando lidos em conjunto, os enunciados I e III da súmula não representam generalização, mas particularização das regras legais da CLT: a intermediação em atividades finalísticas da empresa não impede a formação do vínculo entre o tomador dos serviços e o trabalhador. Essa conclusão é mais concreta do que os conceitos legais de empregado e de empregador e de fraude aos direitos trabalhistas, porque particulariza o sentido geral daquelas normas para uma categoria que, embora composta por vasto número de pessoas, ainda permanece espécie dos gêneros legais “empregado” e “empregador”. O gênero “empregado”, por exemplo, abrange todos os trabalhadores contratados diretamente e os admitidos por interposta pes-

---

<sup>43</sup> Cf. o item 6.º.

soa para as atividades-fim e os empregados de áreas-meio, além de todos os empregados admitidos por pessoas naturais, como os domésticos. Portanto, os enunciados promovem a especificação, ao invés da generalização, do nível de abstração da jurisprudência, em relação à lei na qual a súmula se funda.

#### 5.3.1.4. Da tese da ilicitude do aumento da dificuldade do litigante que deseje contradizer as súmulas

Tampouco parece correto o argumento de que o nível de abstração das súmulas tenha como resultado a ilícita sobrecarga imposta à parte interessada em sua revisão.

Em suma, a tese parece provar demasiado, além de partir de pressuposto não demonstrado.

Nenhuma das garantias processuais da Constituição vai ao ponto de dizer que a tarefa do interessado na revisão de jurisprudência consolidada, em súmula ou fora dela, tenha que ser facilitada ou que mereça encontrar a mesma facilidade dos assuntos inéditos num determinado tribunal. Desde seus primórdios constitucionais norte-americanos, a garantia do devido processo teve a tônica na notificação e na audiência das partes<sup>44</sup>. O mesmo decorre da especificação mais

---

<sup>44</sup> SIQUEIRA CASTRO, *Devido Processo*, p. 42, anotou: “sabido, contudo, que o poder de polícia não é absoluto, como de resto não pode ser absoluto qualquer expressão da soberania estatal, isto em virtude da submissão do Estado e seus agentes às limitações constitucionais que partilham competências e ressalvam os direitos individuais contra ingerências indevidas das autoridades constituídas, exerceu a cláusula *due process of law* relevante papel no controle da atuação do poder de polícia. Nesse sentido, firmou-se desde cedo o entendimento na jurisprudência

pormenorizada da jurisprudência do STF, que engloba nas garantias processuais mencionadas o direito da parte de ser informada, de se manifestar e de ter seus argumentos considerados<sup>45</sup>. A ampla defesa

---

norte-americana de que a validade do exercício do *police power* na esfera jurídica individual depende sempre do prévio conhecimento e da audiência do interessado (*notice and hearing*), a fim de que o ato do poder público não seja arbitrário ou carente de justificativa. Como esclarece ERNST FREUND em obra clássica, a garantia do devido processo legal ‘requires that the individual affected have an opportunity to be heard; this hearing affords him some assurance that the act will not be entirely arbitrary or without cause’”.

<sup>45</sup> MS 25.787, rel. Min. GILMAR MENDES, com razão de decidir repetida em outros julgados: “Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte - Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional — BVerfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-*

não vai ao ponto de equiparar o ônus de fundamentação da parte nos casos objeto de repetidas decisões do Tribunal àqueles inéditos.

O imperativo da diversidade de tratamento de tais casos está na base da súmula, como o notou seu inventor – Victor Nunes Leal: “em relação a esse exame casos típicos, uma vez definida a nossa orientação [do STF], impunha-se adotar um método de trabalho que permitisse seu julgamento seguro, mais rápido, abolindo formalidades e desdobramentos protelatórios”<sup>46</sup>. Em julgado recente, o Tribunal dedicou-se à análise pormenorizada da expansão da função dos precedentes na ordem jurídica brasileira<sup>47</sup>, a que corresponda naturalmente mecanismo de seu prestígio e, por consequência, de ônus argumentativo da parte interessada em sua revisão. Tais dificuldades iniciam-se no clássico despacho de admissibilidade do recurso extraordinário, nos primeiros estádios da evolução do emprego das súmulas até seu píncaro – a revisão das súmulas vinculatórias do STF. Portanto, a dificuldade oposta ao recorrente que deseja se contrapor a determinado enunciado jurisprudencial é conatural à adoção desse modo de decidir causas. Em muitos casos, ao reverso, a súmula será até mesmo de auxílio ao próprio recorrente, por lhe pôr nas mãos o entendimento condensado de certo tribunal a respeito de determinada matéria, antes disperso no amorfismo dos repertórios cronológicos de jurisprudência.

O argumento adicional de que a súmula pode levar a julgamentos descuidados, em ritmo fabril, também não parece acertado. De um

---

Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 97)”.  
<sup>46</sup> Atualidade, p. 41.  
<sup>47</sup> Voto vogal na Rcl 4.335.

lado, o defeito não estará na edição da súmula, mas em julgamentos realizados com negligência de sua aplicação quotidiana e automatizada. De outro, a objeção aos modos de proceder dos tribunais terá a nota das distorções da sociologia judiciária, sem repercussão na validade do enunciado. Por fim, o argumento parece falhar, por extrair a ilicitude da súmula de eventos que lhe são posteriores e, portanto, não explica a causa da invalidade do ato, que lhe há de ser contemporânea.

De qualquer maneira, o aumento da dificuldade argumentativa em sentido contrário é efeito insuprimível das súmulas, de sorte que o argumento prova demasiado, além de afetar negativamente a igualdade, garantida por meio dos enunciados.

#### 5.3.1.5. Da suposta ofensa à isonomia

A tese concernente à isonomia, ao menos nos termos genéricos em que posta, encerra petição de princípio, na medida em que tem como provado, no início do raciocínio, justamente aquilo que só poderia ser sua conclusão – a quebra da igualdade pela diferença entre as atividades-meio e as finalísticas da empresa.

Incorreu-se ali, com a devida vênia, num raciocínio circular, em que a quebra da isonomia funciona simultaneamente como premissa maior e conclusão. Postula-se, de início, que o suposto caráter demasiadamente genérico do subitem I da Súmula 331 atentaria contra a igualdade, para se concluir que peculiaridades relevantes de certos casos teriam sido desconsideradas. Sucede que não se indicam quais seriam essas particularidades, mas são apenas supostas ou postuladas.

A tese é inválida, pelo defeito apontado por Müller noutras espécies de “raciocínio circular”, consistente em se operar com base em duas suposições: uma delas refere-se ao caso concreto e assevera haver situações a merecer tratamento diverso, enquanto a outra diz mesmo com a formulação ampla de que a igualdade é ofendida pelo nível de abstração da súmula<sup>48</sup>. Nenhuma das premissas é, contudo, demonstrada, mas apenas pressuposta.

A alegada ofensa à isonomia na súmula esbarra noutro defeito, decorrente da dedução de conclusão de cunho material, a partir de premissa meramente formal. Nessa espécie de silogismo, a conclusão há de se relacionar com a força persuasiva da premissa maior. Do suposto caráter demasiadamente genérico da súmula – um critério formal –, infere-se que ele ofende a igualdade. A quebra da isonomia, contudo, só pode decorrer da apreciação do problema, segundo algum parâmetro material, sob pena de se incorrer na falácia dos quatro termos, na qual se encobre o critério regente da decisão<sup>49</sup>.

Da qualidade geral de uma regra não decorre nada a respeito da validade do tratamento nela dispensado. Certa regra ampla pode ser válida, como a afirmação de que brancos e negros podem sair às ruas, assim como regra particular pode ser nula, como a que diga que os negros residentes em determinado andar de edifício devem usar o elevador de serviço. Apenas a elaboração de raciocínio com base em cri-

---

<sup>48</sup> *Methodik*, p. 252, nº 373.

<sup>49</sup> Cf. MÜLLER, *Methodik*, p. 251, nº 370, para a necessidade de superação do argumento formal, rumo ao material na exposição do critério definidor da sentença.

tério material permite conclusão a respeito da licitude do tratamento dispensado, em face das exigências da isonomia.

Ocorre que o estudo mencionado não se ocupou do critério material de decisão do problema, mas pretendeu resolvê-lo, apenas a partir do dado formal da suposta abstração excessiva da súmula. No entanto, a revisão de eventual ofensa à isonomia jamais poderia decorrer da legalidade. Em primeiro lugar, porque “considerações jurídico-funcionais ou princípios formais não desempenham nenhuma função, na margem de liberdade estrutural” [da Constituição], como observou Alexy<sup>50</sup>. É o que ocorre com a legalidade: seu caráter formal nada diz a respeito do modo pelo qual se devam separar as classes de pessoas.

A isonomia depende, antes, da existência de enunciado claro, para o qual colaboram as súmulas. Ademais, nada disso se alegou no recurso, de sorte que o juiz não pode suplementar as deficiências de fundamento do recurso extraordinário, como se aqui se cuidasse da velha remessa de ofício.

#### 5.3.1.6. A generalidade não é o critério para aferição do caráter normativo de determinado enunciado

A circunstância de a interpretação de determinada norma ser feita na súmula, a invés de caso a caso, não altera a substância da atividade estatal que a produziu – continua-se ali com a interpretação jurisdici-

---

<sup>50</sup> VVDStRL 61, p. 16-17: “Beim stukturellen Spielraum spielen funktionellrechtliche Erwägungen oder formelle Prinzipien keine Rolle”.



onal do direito, e não com norma judicial, no sentido de substituta da lei.

Exceto quando se refira a situação individual e única<sup>51</sup>, a qualidade normativa de determinado ato não advém do tom geral em que concebido, mas de sua estrutura, do esquema de fontes de direito de determinado sistema e dos efeitos que produz.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de destacar o critério da eficácia do comando, ao decidir sobre a validade dos velhos prejulgados do TST, no controle abstrato de constitucionalidade. O STF entendeu que, “não constituindo [o prejulgado] ato normativo [...], não pode ser objeto de representação por inconstitucionalidade”<sup>52</sup>. Naquele caso, também se tratava de enunciado geral, porque nele se dizia que as horas extras habitualmente prestadas se computam no cálculo do repouso remunerado, nada importando outras características dos casos, como a categoria profissional, o tempo de prestação para a configuração da habitualidade e assim por diante.

O Supremo Tribunal entendeu que os prejulgados não se prestavam ao controle abstrato, por lhes faltar justamente o caráter normativo, aferido por meio do critério de sua eficácia vinculatória. O voto condutor do Min. Xavier de Albuquerque assentou: “carece o prejulgado trabalhista, qualquer seja ela, da força vinculativa ou normatividade, não estando obrigados a respeitá-lo os demais órgãos da Justiça do

---

<sup>51</sup> São diversos os exemplos disso na história do controle de constitucionalidade abstrato no Supremo Tribunal Federal.

<sup>52</sup> Trecho da ementa da Rp. 946, rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE.

Trabalho”. A consideração da eficácia, para a determinação do caráter normativo dos prejulgados, à semelhança das súmulas, também ficou expressa no voto do Min. *Moreira Alves*: “seria inconstitucional essa imposição, se ela se fizesse por meio de ato normativo. Se houvesse, por exemplo, um ato normativo que dissesse que os prejulgados se impunham necessariamente à observância do juiz, aquele ato é que seria inconstitucional”<sup>53</sup>.

O parâmetro da eficácia vinculatória ressurge em precedente bastante novo do Tribunal, para a verificação do cabimento da reclamação: “efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão”<sup>54</sup>. A negativa do cabimento da reclamação para a preservação da autoridade de decisões do STF fundou-se, em última análise, na ausência de vinculação de quem não foi parte ao processo pela declaração incidental de inconstitucionalidade, à falta da intervenção do Senado. Mais uma vez, a eficácia do ato determinou-lhe a natureza.

Portanto, a súmula aludida não pode ser considerada usurpação da competência legislativa, por lhe faltar o básico para invadir a atribuição do Congresso Nacional: o poder de vincular quem não foi parte no processo e mesmo os magistrados de instâncias inferiores.

---

<sup>53</sup> Voto vogal na Rp. 946.

<sup>54</sup> Rcl 4.339, rel. Min. GILMAR MENDES.

### 5.3.1.7. Da incompetência do STF para verificar a necessidade de distinções na súmula fundada em lei

Não cabe ao STF dizer se a solução encontrada pelo TST distinguiu corretamente as categorias constantes dos arts. 2º e 3º da CLT, fundada basicamente na subordinação direta e na inserção do trabalhador no núcleo das atividades empresariais.

O pressuposto, não demonstrado, da existência de categorias de pessoas ou de situações que haveriam de ser distinguidas nos enunciados na Súmula 331 do TST parece ter o defeito, acaso transposto para o recurso extraordinário, de provocar o deslocamento da competência para a última palavra em tema de direito legal trabalhista para o STF.

Toda sentença reúne dois critérios de justiça – a material e a isonômica –, numa norma do caso: “se o direito apanha determinado elemento de fato em uma norma é uma questão do tratamento igualitário ou díspar de situações de fato”<sup>55</sup>. Mas é certo, de outro lado, que “tais tratamentos igualitários ou díspares de situações de fato só obtêm seu sentido na perspectiva de um determinado juízo *material*”<sup>56</sup>. São, portanto, aspectos materiais e isonômicos que decidem sobre a composição da premissa maior dos raciocínios jurídicos”, esclarece Fikentscher<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> *Methoden*, v. 4, p. 185.

<sup>56</sup> *Methoden*, v. 4, p. 185: “Ob das Recht ein Tatbestand in eine Norm aufnimmt, ist eine Frage des Gleich- und Ungleichbehandels von Sachverhalten. Derartige Gleich- oder Ungleichbehandlungen von Sachverhalten ergeben aber nur im Hinblick auf eine bestimmte *sachliche* Beurteilung von Sachverhalten einen Sinn”.

<sup>57</sup> *Methoden*, v. 4, p. 185.

Considerando que o TST, ao interpretar a CLT, não viu motivos para aprofundar o corte da justiça isonômica do caso, por ter atingido o “ponto de viragem hermenêutica”, a partir do qual já não há relevância jurídica em se pormenorizar a norma do caso, somente a interpretação da lei ordinária autorizaria tal medida.

Isso esbarra, contudo, nas Súmulas 283 e 636 do Supremo Tribunal Federal.

## **6. Da incompatibilidade material da terceirização de atividades finalísticas de empresas com a Constituição**

A decisão do TST ainda deveria ser mantida, acaso se pudesse apreciar o recurso extraordinário. O motivo principal para tanto está no fato de que nela se concretizam normas materiais da Constituição a respeito do trabalho no sistema jurídico brasileiro.

### **6.1. Do cuidado terminológico**

Um cuidado inicial importante diz respeito à terminologia envolvida pelo conceito central a ser examinado – a terceirização. Malgrado já integre o Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, editado pela Academia Brasileira de Letras, o fato de o vocábulo ter há pouco perdido o caráter neológico cobra seu preço, em termos de ambiguidade<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> HOUAISS, *Dicionário*, p. 2700, verbete *terceirização*, aponta 1991 como o ano do surgimento, entre nós, do termo.

O étimo novo reparte-se entre ao menos dois significados. Embora o mais moderno tenha originado a necessidade de se criar nova palavra em Português, subsiste a acepção antiga, para cuja denotação é melhor usar outro termo. Trata-se de elementar imperativo lógico, anotado por *Aristóteles* já no pórtico do *Organon*: a correção do pensar recomenda que se busque a univocidade, para que num mesmo raciocínio não se misturem os dois sentidos de um só termo equívoco.

A novidade do termo *terceirização* deve-se preponderantemente ao intento de designar nova técnica de administração, assim definida por *Houaiss*: “forma de organização estrutural que permite a uma empresa transferir a outra suas atividades-meio, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade-fim, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração”<sup>59</sup>. A concisão do enunciado corresponde àquilo que a literatura especializada em administração tem apontado como sendo a essência da técnica de transposição parcial de atividades de certa empresa a outra, como meio de se concentrar em sua finalidade precípua. Em escrito destinado a encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, *Ronaldo Silva* e *Myrian Almeida* definiram a *terceirização* como o “recurso administrativo no qual as atividades secundárias passam a ser exercidas por terceiros, permitindo à empresa concentrar esforços na atividade principal. [...]. *Terceirização* é: [...] transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenha esta atividade terceirizada como sua atividade-fim,

---

<sup>59</sup> HOUAISS, *Dicionário*, p. 2700, verbete *terceirização*.

liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando em competitividade”<sup>60</sup>.

A ideia nasceu da alteração do modelo de empresa. Ao invés dos grandes conglomerados verticais do passado, que se encarregavam de todas as etapas da cadeia produtiva, a empresa contemporânea especializou-se em determinada atividade finalística, com a horizontalidade da produção<sup>61</sup>. Esse arquétipo administrativo ficou conhecido nos meios internacionais por “toyotismo”, malgrado seja rara a menção a fato muito indicativo do problema aqui estudado: a Toyota é a dona das empresas para as quais transferiu parte de suas etapas produtivas<sup>62</sup>. Tem-se aí uma técnica gerencial de dispersão de etapas do processo produtivo em empresas menores para melhor gestão dos recursos materiais e do trabalho prestado.

Não por acaso, o exemplo clássico desse modelo administrativo é a indústria automotiva. Os motivos acima declinados convenceram, ao menos momentaneamente, as empresas de que melhor fariam, se comprassem insumos prontos de outras indústrias do que se os produzissem por si mesmas. Assim, a fábrica de automóveis adquire pneus, faróis e tantas outras autopeças como produtos acabados e se concentram na construção dos veículos, sua atividade-fim.

---

<sup>60</sup> Apud VITOR FILGUEIRAS, *Terceirização*, p. 4, nota 9.

<sup>61</sup> POCHMANN, *Relações*, p. 1 e segs., DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 13 e segs.

<sup>62</sup> VITOR FILGUEIRAS, *Terceirização*, p. 4.

Este é o sentido novo da palavra, decorrente da aplicação de técnicas empresarias nascidas no oriente para a gestão moderna de empresas.

Sucedede que o termo *terceirização* tem sido empregado – inclusive ao longo desta causa – num sentido diverso do acima apontado, para designar o ajuste, por cujo meio determinada empresa contrata outra, encarregada de lhe fornecer mão de obra, para que a tomadora desenvolva sua própria atividade finalística.

Enunciando sinteticamente a situação de fato encontrada por todas as instâncias recorridas, a empresa tomadora dos serviços – produtora de celulose dona de florestas próprias – contratou a fornecedora de mão de obra, para que esta pusesse lenhadores sob seu comando, no desenvolvimento de sua atividade-fim, a saber, o cultivo de árvores, para subsequente produção da polpa de celulose, a matéria-prima do papel.

A diferença entre ambas as acepções é imensa, embora sejam ambas tratadas como sinônimo, na discussão jurídica<sup>63</sup>. A acepção advinda da nova técnica empresarial designa contrato para a aquisição de produtos e serviços acabados utilizados por determinada pessoa jurídica. Já o sentido em causa neste processo denota o pacto, por cujo meio a empresa fornecedora de mão de obra coloca pessoas à disposição da tomadora, para que esta, com o auxílio desses seres humanos,

---

<sup>63</sup> CARELLI, *Formas*, p. 47 e segs.

desenvolva a própria atividade-fim designada em seus estatutos. Essa acepção é sinônima do velho termo francês *marchandage*<sup>64</sup>.

A disparidade de sentidos recomenda a utilização de uma palavra para cada um deles. Assim, este texto circunscreve o objeto do litígio com a locução *intermediação de mão de obra* ou de trabalho e reserva o termo *terceirização* apenas à técnica administrativa apontada. As exceções ficam por conta das transcrições, que não se pautam por esse critério.

A intenção é evitar que argumentos, em geral lembrados em prol da terceirização no sentido estrito, sejam, inadvertida ou abusivamente, transpostos para o campo da intermediação de trabalho. A providência procura evitar o erro lógico da falácia dos quatro termos, decorrente do uso do mesmo termo num silogismo com sentidos diferentes<sup>65</sup>.

### **6.2. Dois caminhos metodológicos com a mesma conclusão: a incompatibilidade material da intermediação de mão de obra com a Constituição**

A validade da Súmula do TST pode ser demonstrada, ainda que se utilizem dois métodos de interpretação constitucional bastante distintos entre si, com o que se obtém o reforço da confiabilidade do resultado.

---

<sup>64</sup> EVARISTO DE MORAIS, *Trabalho*, p. 146.

<sup>65</sup> COPI, *Lógica*, p. 184.



O percurso de ambos os caminhos demonstrará ademais, a impropriedade de se tentar solver o caso, por meio da fórmula de Heck, sob o rótulo de suposta desconsideração de dado essencial de direito fundamental em juízo de ponderação.

A *ratio* do julgado e dos enunciados sumulares que o embasam representa a fiel concretização da Constituição, em particularidade na qual, em rigor, nem sequer a margem de decisão do legislador existe.

A demonstração da perfeita sintonia material entre a solução do caso encontrada no Judiciário trabalhista e a Constituição de 1988 pode iniciar-se com teoria constitucional que privilegia a interação entre o domínio e o programa normativos dos direitos fundamentais. Demonstra-se depois que esse modo de interpretação constitucional recebe a confirmação de teorias que se pode chamar de mais tradicionais na visão das relações entre norma e intérprete.

A compatibilidade entre o acórdão e os enunciados da Súmula 331 com a ordem constitucional decorre, sobretudo, do art. 7º, I, da Constituição da República, entre outras normas. Essa norma será doravante interpretada segundo duas propostas metodológicas bastante distintas, embora redundem no mesmo resultado. A Constituição instituiu o seguinte direito fundamental social:

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

### 6.3. O paradigma estruturante

A interpretação das normas constitucionais – particularmente das definidoras de direitos fundamentais – deve estar atenta ao domínio normativo a que se refere.

A teoria jurídica estruturante, de Müller, tem obtido prestígio na hermenêutica constitucional, por sua capacidade de fazer frente às exigências impostas pelas características das constituições: temas complexos são disciplinados por meio de normas amplas, embora não vagas, cujos enunciados também se valem de termos de uso corrente, em atenção à necessidade de compreensão generalizada do texto básico da coletividade.

Constitui mérito da teoria estruturante destacar a relação entre os conceitos-chave do programa normativo e o domínio normativo, em geral tratados de modo estanque na doutrina convencional, sob as rubricas de fato e norma<sup>66</sup>. Müller demonstrou que o domínio normativo se integra ao programa normativo para lhe dar sentido: “o domínio normativo não é uma soma de fatos, mas um contexto de elementos estruturais [...] retirados da realidade social nas perspectivas seletiva e valorativa do programa normativo e que, em regra geral, já são ao me-

---

<sup>66</sup> Os pormenores das diferenças entre os pares conceituais são irrelevantes para este caso. Não o é, todavia, a demonstração por MÜLLER da estreita interdependência de ambos os conceitos centrais da ciência jurídica, que costumam vir tratados de modo separado. – Para a recepção dessa teoria no direito constitucional luso-brasileiro, cf., por todos, o exemplo de CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1216.

nos em parte juridicamente conformados”<sup>67</sup>. O domínio normativo não é idêntico às unidades objetivas da hipótese de incidência; compõe ele mesmo a própria prescrição jurídica<sup>68</sup>. Aqui o dado da máxima importância para a interpretação de normas constitucionais, onde empregados conceitos densos, conquanto concisos: a estrutura da coisa real, do trecho da realidade referido na norma jurídica não é grandeza destacada da regra de direito<sup>69</sup>.

Especificamente no que tange ao direito do trabalho, *Maria Ramalho* identifica os problemas decorrentes da desconsideração do domínio normativo da relação por ele regulada: “as dificuldades de delimitação do conceito de actividade de trabalho em sentido jurídico resultam, na nossa perspectiva, da nem sempre reconhecida penetração de valências extrajurídicas na valência jurídica do fenómeno que decorre da sua riqueza de conteúdos e da sua importância social, económica e

---

<sup>67</sup> MÜLLER, *Methodik*, p. 177, nº 236: “Der Normbereich ist nicht eine Summe von Tatsachen, sondern ein als real-möglich formulierter Zusammenhang von Strukturelementen, die in der auswählenden und wertenden Perspektive des Normprogramms aus der sozialen Realität herausgehoben werden und im Regelfall zumindest teilweise rechtlich geformt sind”.

<sup>68</sup> MÜLLER, *Methodik*, p. 176, nº 235: “Der Normbereich ist also nicht mit den sachlichen Einzelheiten des Sachverhalts identisch. Er ist ein Strukturbestandteil der Rechtsvorschrift selbst”.

<sup>69</sup> MÜLLER, *Rechtstlehre*, p. 162-163, nota que as constituições, diferentemente das leis, configuram os domínios normativos de suas disposições por meio de técnica sintética, mas nem por isso carente de substrato certo. Disso decorre o engano de muitos autores no uso de “locuções imprecisas”, ao qualificarem as normas constitucionais, como “amplas, vagas, indeterminadas ou similares a cláusulas gerais”.

cultural”<sup>70</sup>. Por isso, a autora defende que “o sentido juridicamente relevante da ideia de actividade de trabalho tem exactamente que partir de um contributo extrajurídico: a valência sociológica do trabalho, que o reconduz à ideia de actividade humana de criação de utilidades implicando um certo esforço”.

É a consideração da realidade material do trabalho que permite sua separação de seu conteúdo jurídico das perspectivas moral e económica: “à valência moral do fenómeno do trabalho que o encara como forma de realização pessoal do sujeito, falta, pelo seu carácter intimista, a dimensão de exterioridade presente na ideia de actividade; à valência estritamente económica, que vê no trabalho um factor material de produção, falta a dimensão de humanidade inerente ao conceito de actividade”<sup>71</sup>. De outro lado, apenas a consideração do substrato social da relação jurídica do trabalho distingue-o de outras formas de produção de utilidades, caracterizadas pela entrega de coisas, e não propriamente pela prestação de actividade<sup>72</sup>.

### 6.3.1. O domínio normativo da relação de emprego

A história dos diversos regimes de trabalho é, em essência, a narrativa de como a equação de dois de seus elementos estruturais variou ao longo do tempo: nela se descrevem os sucessivos meios pelos quais

---

<sup>70</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 67, que, contudo, não lida nominalmente ao menos com as categorias de MÜLLER.

<sup>71</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 69.

<sup>72</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 69.

a inserção do trabalhador no projeto econômico alheio permitiriam que os dirigentes dessas atividades se creditassem os produtos de seu labor.

Em palavras sintéticas do jargão do direito do trabalho, cuida-se de ter em mente as sucessivas combinações pelas quais diferentes formas de subordinação geraram a alienidade dos frutos do trabalho. Se proporcionam clareza no tema, semelhantes abstrações encobrem o quanto de luta e de sofrimento houve ao longo de milênios nesse domínio.

Desde *Aristóteles*, pelo menos, a tradição contrapõe o trabalho à contemplação, quando o ser humano descansa, em si mesmo, da realização externa de atividades<sup>73</sup>. Além de ser exterior ao intelecto, *Alonso Olea* nota que o trabalho é ação de “comunicação interpessoal”, por se desenvolver no mundo sensível, e não apenas no pensamento ou na psiquê de quem o presta<sup>74</sup>. Trabalho é realização de atividade que põe seu prestador em contato com outrem, por formas variáveis ao longo do tempo. Sinteticamente, *Maria Ramalho* sublinha a “necessidade, inerente ao domínio jurídico, de apreender o fenômeno do trabalho numa dimensão externa e relacional”<sup>75</sup>.

Degradado o escravo à condição de coisa, os frutos de seu trabalho já nasciam alienados, isto é, imputados ao patrimônio de seu proprietário. As exceções, conhecidas no direito romano, por exemplo,

---

<sup>73</sup> ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, *Derecho*, p. 67.

<sup>74</sup> ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, *Derecho*, p. 67.

<sup>75</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 65.

apenas confirmam a regra de que o produto do trabalho do escravo tocava a quem era seu dono, frase que se grafa com aversão.

Depois de observar o imobilismo do sistema de trabalho ao longo da Antiguidade, que repousava na dicotomia entre seres livres e escravos, De Masi nota que motivos vários determinaram a transição da mão de obra escrava para a servil, ao tempo em que o Império Romano se despedaçava em reinos medievais, isto é, por volta do fim do séc. IV<sup>76</sup>. Entre as razões, contavam-se a pressão ética da igreja, mas também interesses pragmáticos: “antes de mais nada, o custo para manter os escravos nos latifúndios tornou-se cada vez mais elevado que o custo da subdivisão dos latifúndios em pequenas propriedades confiadas aos colonos. Assim como a fragmentação do poder central tornou progressivamente mais difícil manter sob controle as grandes massas de ‘gado humano’. [...]. Se, enfim, os escravos constituíam para o proprietário prejuízo certo quando adoeciam, envelheciam ou morriam, os rendeiros poderiam ser substituídos de um dia para o outro sem danos relevantes para o senhor”<sup>77</sup>.

Tais fatores aconselharam a superação paulatina do modelo escravagista pelo dos servos da gleba, a suscitar o seguinte comentário do autor, de inteira pertinência ao caso:

Consideradas as devidas diferenças, alguns desses motivos práticos que levaram à libertação dos escravos e à sua transformação em camponeses ou artesãos encontram-se ainda na filosofia das

---

<sup>76</sup> DE MASI, *Trabalho*, p. 85.

<sup>77</sup> DE MASI, *Trabalho*, p. 87.

modernas 'relações humanas' nos negócios e na tendência ainda mais recente de contratar trabalho em locação temporária ou por empreitada e terceirizar algumas tarefas administrativas (com estúdios de arte, agências de publicidade, escritórios de advocacia, empresas de processamento de dados etc.) Antes executadas pelo pessoal interno com altos custos, elevado absentéismo e baixa qualidade<sup>78</sup>.

Se a iniquidade da técnica já se fazia sentir nas atividades-meio destacadas pelo autor, imagine-se o que dizer das finalísticas, hoje protegidas pela Súmula 331 do TST.

Muito do esquema anterior permanece, quanto aos servos da gleba, embora já se lhes reconheça a qualidade de sujeitos de direito. Desde a época dos reinos francos distinguem-se os servos dos escravos<sup>79</sup>, mas pertence ao titular da terra parte do resultado de seus esforços, pois ainda assemelhados, em parte, aos equipamentos agropecuários ou instrumentos da atividade econômica alheia<sup>80</sup>.

Assim, a escravidão e a servidão permitiram a vinculação dos frutos do esforço do trabalhador a seu superior. Malgrado excluam o direito do trabalho, por lhes faltar a característica essencial da liberdade,

---

<sup>78</sup> DE MASI, *Trabalho*, p. 88.

<sup>79</sup> WILLOWEIT, *Verfassungsgeschichte*, p. 41; sobre a situação no séc. X, cf., por exemplo, ENGELMANN, *Untertanen*, p. 44 e 49.

<sup>80</sup> O movimento de aproximação do status jurídico de servos e homens livres foi bilateral, pois RADBRUCH, *Ursprung*, *passim* e sobretudo na p. 10 e segs., indica que a origem do direito penal moderno está no longo percurso histórico que redundou na aplicação das penas da categoria então tida como inferior de pessoas à superior.

ambos os modelos confirmam que o beneficiário do trabalho é alguém com poder de subordinação sobre o operário, quer inicialmente, em relação real, quer depois, em termos mistos pessoais e reais.

“Próximo ao fim da Idade Média, começaram a se esboçar, junto com a divisão de trabalho entre o campo e a cidade (produção de bens agrários e de bens manufaturados), também alguma concentração de atividades mais propriamente industriais nas áreas rurais e o desenvolvimento desse fenômeno que será chamado de protoindustrialização”<sup>81</sup>. Ainda marcada pelo tempo cíclico do ano litúrgico e do dia monástico<sup>82</sup>, todas as pessoas que não eram guerreiros, caçadores, pastores e marinheiros “sempre trabalharam em casa, interagindo com a família”<sup>83</sup>. “Antes do advento industrial, a oficina do artesão constituía a célula primária e o modelo mais difundido da organização do trabalho”, cujas características de maior importância para o problema estudado são:

- A habitação e oficina conviviam sob o mesmo teto e muitas vezes ocupavam o mesmo espaço.
- Os trabalhadores eram também, em grande parte, os próprios membros da família artesã e proprietários da casa-oficina e dos poucos meios de produção.

---

<sup>81</sup> DE MASI, *Trabalho*, p. 105.

<sup>82</sup> DE MASI, *Trabalho*, p. 97.

<sup>83</sup> DE MASI, *Trabalho*, p. 110.



- O chefe da família era também o chefe do negócio, detinha os seus segredos de produção, o poder de decidir, de formar e disciplinar.
- A aculturação acontecia pelo aprendizado; o aluno, mesmo quando estranho à família, era afiliado a ela e compartilhava os seus modelos de vida e de trabalho.
- As tarefas domésticas e profissionais confundiam-se tanto no plano temporal como espacial.

[...]

- Na vida laborativo-familiar, a dimensão afetiva e emocional prevalecia sobre a racional, dando vida àquele sistema que Tönnies chama de “comunidade” [...].
- Os parâmetros de referência eram constituídos por uma tecnologia ainda rudimentar [...] <sup>84</sup>.

Também o labor protoindustrial, realizado na oficina artesanal doméstica, confirma a existência de relação jurídica entre quem se beneficia, ao menos em parte, do trabalho e quem o presta. Mestres companheiros e aprendizes, de hábito parentes ou assemelhados por inserção no ambiente doméstico, já operam, em diversa medida, de modo autônomo e isso afasta a ideia de direito do trabalho: se o adquirente do trabalho é parte da comunidade familiar, estamos ainda no seio do trabalho por conta própria. O trabalho em família caracteriza-se precisamente por se trabalhar para os integrantes dela e para si

---

<sup>84</sup> DE MASI, *Trabalho*, p. 110-111.

mesmo, de sorte que todos são os proprietários imediatos do fruto do trabalho<sup>85</sup>. Nessa fase de transição entre a plena autonomia do trabalhador e a prestação do trabalho no âmbito doméstico, a confusão entre a subordinação laboral e a familiar justifica a apropriação pelo chefe do agrupamento de parcela do labor dos operários. Continua a existir, todavia, a relação direta entre o trabalhador e quem se beneficia de seu esforço, tal como em ambas as fórmulas precedentes.

Muitos desses parâmetros desaparecem na era industrial, fruto do Iluminismo e de suas radicais mudanças na sociedade, em torno do projeto de racionalidade. Já ao tempo de Adam Smith, o foco para a determinação da riqueza das nações deixa de ser a agricultura e passa à indústria. “No século XVIII, a difusão das indústrias desloca posteriormente a atenção para a liberação dos mercados, o capital fixo, o capital variável, o trabalho assalariado, a circulação e a riqueza”<sup>86</sup>. O aumento da complexidade dos produtos e a necessidade de somas cada vez mais altas para a industrialização geraram a completa mudança nas condições sob as quais prestado o trabalho. De um lado, o empresário passa a dominar a direção do empreendimento e a dirigir a prestação do trabalho em esquema hierárquico racionalizado; de outro, o operário insere-se na cadeia de produção da empresa sob ordens.

Enquanto o distante sonho da sociedade pós-industrial não se materializa no “Brasil do Terceiro Mundo”, as relações jurídicas de emprego dos milhões de trabalhadores nacionais continuam no seguinte quadro delineado por *De Masi* para sociedade moderna:

---

<sup>85</sup> ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, *Derecho*, p. 70.

<sup>86</sup> DE MASI, *Trabalho*, p. 121.

- Concentração de grandes massas de trabalhadores assalariados nas fábricas e empresas financiadas e organizadas pelos empresários segundo o modo de produção industrial.

[...]

- Progressiva racionalização e atualização científica da organização do trabalho.

- Divisão social do trabalho e sua parcelização técnica cada vez mais capilar e programada.

- Separação entre local de vida e local de trabalho, entre sistema familiar e sistema profissional [...].

[...]

- Convivência conflitante, nas fábricas e na sociedade, de duas partes sociais.

- Empregadores e empregados – distintas, reconhecíveis e contrapostas<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> DE MASI, *Trabalho*, p. 150-151. Sob o signo da “ruptura” com “toda a milenária ordem rural e artesanal da sociedade, a industrialização provocou mudanças radicais do trabalho e na vida”. Estes autos bem documentam a mais importante delas, assinalada por DE MASI (*Trabalho*, p. 151-152): “os proprietários dos meios de produção não têm mais pontos de coincidência com os trabalhadores. Entre os dois blocos criam-se condições objetivamente conflitantes que alimentam a solidariedade no interior de cada uma das classes e o conflito entre as duas. Resultou disso uma polarização e a contraposição frontal entre empregadores (burgueses) e empregados (proletários)”

Na era industrial, dois sujeitos de direito, formalmente iguais, pactuam o fornecimento de trabalho por meio de contrato, no qual se assegura remuneração ao empregado que, em contrapartida, insere-se na organização do empregador. Este fica autorizado, pela alienidade, a fruir do resultado prático da atividade laboral prestada. A relação humana de trabalho faz mais do que envolver duas pessoas de modo vago. Por seu meio, produzem-se efeitos muito particulares, argutamente observados por Alonso Olea: “do trabalho produtivo resultam certos frutos que são ‘sua recompensa natural’, que, ‘no estado natural das coisas’, pertenceria ao executor do trabalho. E, sem embargo, o Direito do Trabalho tem como base justamente o contrário, isto é, uma realidade social na qual os frutos do trabalho são atribuídos inicial e diretamente a pessoa distinta de quem executou o trabalho”<sup>88</sup>. Daí o conceito do autor de “alienidade”, para designar a atribuição inicial e originária dos frutos do trabalho a um terceiro, desde o início, ou seja, desde o momento de sua produção<sup>89</sup>. Eis a síntese de Maurício Delgado:

O elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgiria, entretanto, séculos após a crescente destruição das relações servis. De fato, apenas já no período da *revolução industrial* é que este trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de um relação de produção

---

<sup>88</sup> ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, *Derecho*, p.

<sup>89</sup> ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, explica ter preferido o termo *ajenidad*, embora *alienación* fosse linguisticamente mais correto, porque assim se evita a carga da filosofia política de que a última palavra se encontra impregnada (*Derecho*, p. 70).

inovadora, hábil para combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto, juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos séculos<sup>90</sup>.

Diversamente do que sucedia no trabalho artesanal ou protoindustrial, o trabalhador chefe de família já não labora em fim determinado por si mesmo e por sua conta e risco, mas se insere em organização alheia, para realizar tarefas das quais depende a obtenção dos fins da empresa. De modo sintético, o empregado renuncia à autodeterminação da finalidade na qual trabalha, para contribuir em prol dos fins estabelecidos por outrem – seu empregador.

A relação de emprego mantida *facie ad faciem* de quem presta o trabalho e dele recebe os benefícios é, do ponto de vista histórico, o meio técnico de se impedir a reificação das pessoas, quer por meio da escravidão, quer pela degradação do ser humano a insumo empresarial. A vinculação entre essas duas partes específicas pelo direito do trabalho é o meio pelo qual se permitiu, nas sociedades de massas e de or-

---

<sup>90</sup> MAURÍCIO DELGADO, *Introdução*, p. 35. Desdobrando tais características, GABRIELA DELGADO nota: “estavam lançados, pois, os ‘pressupostos’ ou ‘elementos fático-jurídicos’ para a configuração da relação empregatícia: ao contratar sua força de trabalho pessoalmente (‘pessoalidade’), o trabalhador, pessoa física, subordinava-se (‘dependência jurídica’) aos comandos dos proprietários dos meios de produção. Deveria prestar seus serviços de modo permanente e habitual (‘não eventualidade’), a fim de receber contraprestação pecuniária pelos serviços prestados (‘onerosidade’)” (*Paradoxo*, p. 38).

ganização produtiva complexas, superar a incapacidade de pequenas organizações de trabalho por conta própria para a realização de objetivos complexos sem, de outro lado, reincidir nas formas de supressão e degradação do ser humano à situação de insumo da atividade alheia. Portanto, a inserção do trabalhador no programa finalístico da empresa – sob pena de degradá-lo a insumo – gera vínculo jurídico direto entre dirigente e auferidor das vantagens do trabalho e seu prestador.

A relação de emprego da era moderna, acolhida pela ordem de 1988, é assim o meio técnico-jurídico de se permitir a atribuição dos frutos do trabalho de alguém a outrem, com a particularidade fundamental de não reificar o trabalhador, isto é, de não o degradar à condição de coisa, pela supressão total ou parcial de sua liberdade, como ocorria nos sistemas de trabalho precedentes<sup>91</sup>. O contrato de trabalho insere voluntariamente o trabalhador na organização econômica do empregador que, por lhe pagar salário, adquire duas prerrogativas fundamentais, a saber, passa a ter relação hierárquica com o trabalhador e a ter justa causa para se tornar o titular do fruto de seu trabalho.

Esse trabalho, cujo perfil data da era moderna, é o padrão eleito pela ordem constitucional brasileira e estrangeiras para a definição da relação jurídica laboral básica. A interpretação do art. 7º, notadamente do inc. I, da Constituição depende de se ter presente essa memória do domínio normativo a que se refere, no qual os diversos elementos do trabalho se articularam ao longo da história para desaguar na “realidade social sobre a qual o Direito do Trabalho repousa, [que] é pre-

---

<sup>91</sup> BORRAJO DACRUZ, *Introducción*, p. 63, para o título jurídico moderno da alienidade do trabalho.

cisamente o trabalho humano, produtivo, livre e por conta alheia”, na precisa definição de *Alonso Olea*<sup>92</sup>.

Existe, portanto, pertinência subjetiva estrutural da relação de emprego entre as pessoas que põem seus esforços a serviço de outrem e aqueles que se apropriam dos frutos de seu trabalho, para a satisfação de necessidade social. A relação de emprego vincula a pessoa, cujo trabalho produz frutos àquela que deles se apropria para o desenvolvimento de utilidade social, isto é, para a satisfação de necessidades humanas, irredutíveis ao mero interesse em obter ganhos com o trabalho alheio<sup>93</sup>. Nesse sentido parece a doutrina de *Borrajo Dacruz*, para quem uma das dimensões do labor está em que “o trabalho pode alcançar uma compensação econômica, paga ou satisfeita pela pessoa a quem se cede e que dele se beneficia”<sup>94</sup>. Ainda se chegará ao ponto da demonstração de que outras normas constitucionais impedem o propósito de transformação do trabalhador em mero mecanismo de satisfação do interesse de lucro de outrem.

Por ora, no entanto, basta notar que a longa evolução do trabalho sempre ligou quem o presta àquele que de seus frutos se serve para a satisfação de necessidade social. Sempre houve e há vínculo direto entre tais elementos, embora sob variadas formas: da reificação do escravo até o pacto entre dois sujeitos de direito. A diferença fundamental do contrato moderno não está na alteração subjetiva dessa relação,

---

<sup>92</sup> ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, *Derecho*, p. 71.

<sup>93</sup> Cf. ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, *Derecho*, p. 67 e 70-71, apenas para a definição de produtividade do trabalho.

<sup>94</sup> *Introducción*, p. 38.

mas no título hábil a permitir a alienidade do produto do labor. O “personalismo ético”<sup>95</sup> é avesso a recaída nos esquemas anteriores de desconsideração da pessoa do trabalhador na relação jurídica com empregador, sob cujas ordens é realizado o trabalho.

Hoje – como sempre – é da estrutura do domínio normativo a que se refere o art. 7º, I, da CR que o trabalhador se insira no projeto econômico de outrem para a consecução de objetivos heterônomos de satisfação do interesse social e que ambas as pessoas mantenham relação ente si:

Por essa razão, Hugo Gueiros Bernardes notou que “o contrato de trabalho que se conhece no mundo e no Brasil [...] denota apenas a prestação de trabalho não eventual em proveito daquele que a assalaria e dirige”<sup>96</sup>. Após ter arrolado sete caracteres doutrinários do conceito de relação de emprego, o autor frisou que somente dois deles “são realmente diferenciadores do contrato de trabalho”, quais sejam, a subordinação e a continuidade ou permanência<sup>97</sup>. “É impensável o contrato de trabalho sem a ideia da continuidade, inerente à empresa em cujo seio se celebra o contrato [...]: essa vocação é peculiar ao contrato de trabalho, porque [...] há, na própria empresa, em regra, uma exigência de permanência razoável no ‘quadro’ de empregados, como condição de sua eficiência produtiva”<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> A expressão é de LARENZ, *Allgemeiner Teil*, p. 29.

<sup>96</sup> *Direito*, p. 136.

<sup>97</sup> *Direito*, p. 141-142.

<sup>98</sup> *Direito*, p. 143; também no sentido da duração e da sucessividade, por exemplo, PÉLISSER, SUPLOT E JEAMMAUD, *Droit*, p. 189.



O direito comparado, ao lado da história, demonstra que o conceito de emprego da era moderna pressupõe o vínculo jurídico entre o trabalhador e o empregador, por cujo meio o primeiro se insere no projeto econômico do segundo, que, por sua vez, remunera-o em troca dos frutos produtivos do trabalho que recebe. Numa palavra, a pertinência subjetiva apontada é da essência do domínio normativo do emprego, regulado na Constituição de 1988.

Daí que a inserção do trabalhador na atividade finalística da empresa, tal como se lê na Súmula 331 do TST, implica a existência da relação de trabalho entre quem presta o labor e quem dele se serve em seu projeto econômico, para a realização de atividade produtiva, isto é, capaz de gerar bens e serviços aptos à satisfação de interesses sociais.

Crucial na correta apreensão do ponto se mostra a observação de Maria Ramalho, no sentido de que, “para que a actividade produtiva em que se consubstancia o fenómeno do trabalho tenha relevo jurídico autónomo, é pois necessário que esteja *ab initio* vocacionada à satisfação de necessidades de outrem”<sup>99</sup>. A autora portuguesa prossegue: “dentro das várias modalidades de comportamento prestativo, trata-se, de acordo com a classificação comum na doutrina civilista, de uma prestação *de facere*, já que é o próprio serviço ou comportamento humano positivo em que se consubstancia a actividade que é valorizado pelo direito como bem jurídico”<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 71-72.

<sup>100</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 72.

É evidente, assim, que dois motivos estruturais afastam qualquer tese que veja na intermediação de mão de obra óbice ao estabelecimento direto do vínculo de emprego entre o trabalhador e a empresa que lhe toma os serviços. Em primeiro lugar, a atividade desempenhada pelo trabalhador não visa a satisfazer nenhuma necessidade do intermediário, entendida no direito do trabalho em função da produtividade, isto é, o fruto do trabalho é um bem ou serviço que, em si mesmo, supre uma lacuna do empregador. O intermediário, contudo, não precisa de nenhum bem ou serviço de utilidade pelo trabalhador, quer de natureza prática, estética ou de qualquer outra índole. O intermediário visa a que o empregado satisfaça necessidade do tomador, para que dele, depois, receba dinheiro. O labor do empregado não supre um estado de falta de bem ou serviço do seu contratante formal, característico do trabalho.

No caso em discussão, é a indústria de celulose quem necessita dos serviços dos lenhadores para elaborar seus produtos industriais. A empresa intermediária não precisa de insumos florestais para nada; quer apenas o montante pago pela tomadora, de sorte que nenhum liame racional há entre a prestação do trabalho e a produção de bem ou serviço de interesse das partes formais do contrato de trabalho.

A equação tampouco fecha em termos da técnica jurídica civilista ressaltada pela doutrinadora lusa. A prestação de trabalho, como obrigação de fazer, estabelece-se, na verdade, entre o empregado e a empresa, cuja necessidade finalística é suprida por sua atividade produtiva. Do ponto de vista da estrutura das obrigações, há um fazer do empregado em prol da tomadora dos serviços e um sucessivo dar desta empresa à encarregada do agenciamento dos trabalhadores. Nunca

há um fazer do empregado em prol da satisfação de interesse do empregador formal.

*6.3.2. O direito comparado como prova da correção do asserto do domínio normativo: a vinculação do empregado e quem tem sua necessidade suprida pelo trabalho*

O direito comparado parece abonar a vinculação entre quem trabalha na atividade finalística de certa empresa e esta, como elemento estrutural do emprego.

6.3.2.1. Espanha

A experiência espanhola parece ter duplo interesse na análise de nosso problema, tanto do ponto de vista legal como do jurisprudencial no esclarecimento dos traços essenciais da relação de emprego. Em ambas as perspectivas, volta-se às características da subordinação e da inserção do trabalhador nos propósitos do empregador.

O art. 11 da Lei do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha estabelece que “será de aplicação a todos os trabalhadores que voluntariamente prestem seus serviços retribuídos por conta alheia e dentro do âmbito de organização e direção de outra pessoa física ou jurídica denominada empregador”. Rojo Torrecilla indica decisão do Tribunal Supremo espanhol, na qual assentados os indícios pelos quais se adensam os conceitos de dependência e alienidade, que suas decisões an-

teriores estabeleceram como marcas da relação de trabalho em sentido estrito<sup>101</sup>.

Concedendo que nem sempre se tem a certeza da tradução do conceito de dependência, equivalente ao nosso de subordinação, o Tribunal mencionado afirma que “a inserção do trabalhador na organização de trabalho do empregador ou empresário, que se encarregou de programar sua atividade [...] e, ao reverso, a ausência de organização empresarial própria do trabalhador” são mostras do contrato de emprego, ao lado do critério mais habitual de frequência ao centro de trabalho do empregador ou ao local por este designado<sup>102</sup>.

Por isso, Borrajo Dacruz aponta: “o trabalhador por conta alheia se integra numa exploração, cuja organização não domina [...]; entra na organização alheia e se lhe subordina”<sup>103</sup>.

#### 6.3.2.2. França

O direito do trabalho francês parece bem ilustrativo do vínculo a unir o trabalhador e quem se beneficia de sua atividade, também porque nele a definição de tal relação não consta da Constituição, nem é objeto de pormenorização legal; cuida-se, antes, de tarefa jurisprudencial<sup>104</sup>, que parte, assim, da essência do instituto do emprego.

---

<sup>101</sup> *Fragmentación*, p. 12 e segs., com extensas transcrições do Recurso 4.883/2005.

<sup>102</sup> *Apud* ROJO TORRECILLA, *Fragmentación*, p. 13.

<sup>103</sup> *Introducción*, p. 39.

<sup>104</sup> SUPIOT, *Critique*, p. 113; PÉLISSER, SUPIOT E JEAMMAUD, *Droit*, p. 188.

Supiot esclarece serem três as características cumulativas do emprego na França, das quais as duas primeiras parecem importantes no caso: a execução de uma prestação em prol de um beneficiário; a direção da prestação do trabalho por esse beneficiário e o caráter oneroso da prestação<sup>105</sup>.

Eloquente no sentido aqui defendido o seguinte trecho de Pélisser, Supiot e Jeammaud acerca da orientação predominante na jurisprudência da Corte de Cassação francesa: “a Corte de cassação teve que admitir que as sujeições periféricas (de lugar, de horários, obrigação de prestar contas etc.), afetas à prestação de trabalho de um profissional autônomo na dimensão técnica de sua atividade (médico ou outro profissional de saúde, em virtude de regras de deontologia, artista ou atleta profissional), bastam a constituir um liame de subordinação. Ela considerou que esse liame se encontra caracterizado, desde que a prestação de trabalho seja realizada ‘no quadro de um serviço organizado’ pelo contratante beneficiário dessa prestação”<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> SUPIOT, *Critique*, p. 113-114.

<sup>106</sup> PÉLISSER, SUPIOT E JEAMMAUD, *Droit*, p. 190-191: “La Cour de cassation devait admettre que des sujétions périphériques (de lieu, d’horaires, obligation de rendre compte, etc.), affectant la prestation de travail d’un professionnel autonome dans la dimension technique son activité (médecin ou autre professionnel de santé, en vertu des règles de deontologie, artist, sportif professionnel), suffisaient à constituer un lien de subordination. Elle allait considérer que ce lien se trouvant caractérise dès lorsque que la prestation de travail était fournie ‘dans le cadre d’un service organisé’ par le cocontractant bénéficiaire de cette prestation”. – Os mesmos autores informam ainda que nem mesmo a edição da Lei de 16.1.1994 fez retroceder em grandes linhas a orientação mencionada no texto: se a Corte retrocedeu na concepção mais extensa do liame de subordinação, nem por isso se constata redução notável da categoria; ao contrário, a análise da jurisprudência ressalta a impor-

### 6.3.2.3. Alemanha

Os critérios para o reconhecimento do vínculo de trabalho elaborados pela doutrina e jurisprudência alemãs parecem não destoar do padrão assinalado nos demais países europeus.

A ciência jurídica alemã e a jurisprudência germânicas foram instadas a desenvolver os conceitos básicos do direito do trabalho – empregado, empregador e relação de emprego –, porque a legislação alemã não contém definições similares às da CLT. Também naquele país se vê esforço de abstração dos traços dessa atividade humana a partir de seu exame direto e da sedimentação de indicações esparsas da legislação trabalhista e previdenciária da Alemanha.

Vale como ponto de partida consensual a noção de que o “direito do trabalho pode ser definido de modo geral como o direito do trabalho dependente em base de direito privado”<sup>107</sup>. Por consequência, o “empregado é quem, com fundamento num contrato de direito privado, obriga-se à prestação de serviços em dependência pessoal”<sup>108</sup>.

Tal como sucede noutras ordens jurídicas, torna-se, por vezes, necessário especificar o critério pelo qual se afere a dependência jurí-

---

tância, entre outros índices, da subordinação e da integração do interessado para o reconhecimento do vínculo num serviço organizado pelo patrão (p. 191-193 e 206).

<sup>107</sup> OTTO, *Arbeitsrecht*, p. 38, n. 70: “Arbeitsrecht lässt sich umfassender als Recht der abhängigen Arbeit auf privatrechtlicher Grundlage definieren”

<sup>108</sup> OTTO, *Arbeitsrecht*, p. 38, n. 69: “Arbeitnehmer ist, wer auf Grund privatrechtlicher Vertrages zur Leistung von Diensten in persönlichen Abhängigkeit verpflichtet ist”; no mesmo sentido, por exemplo, RÜTHERS. *Arbeitsrecht*, p. 14, n. 49, modo de citação: *Arbeitsrecht*.

dica demarcadora do vínculo de emprego. Além de outras características, como a submissão do empregado a instruções relativas ao tempo, local e conteúdo da prestação do trabalho, Rütters nota: o critério decisivo para a diferença do contrato de trabalho do contrato de prestação de serviço livre é a dependência. “A jurisprudência do Tribunal Superior [do Trabalho] assenta a relação de trabalho numa dependência pessoal típica; esta decorre primordialmente do âmbito da vinculação a diretivas [...]. Um outro indício importante é a inserção do empregado numa organização de trabalho dirigida por outrem”<sup>109</sup>.

Também na Alemanha, a participação do empregado nas atividades finalísticas de organização empresarial denota a existência da relação de emprego direta entre quem presta o trabalho e quem de suas utilidades se beneficia. Nesse sentido, nota-se a aproximação da jurisprudência superior brasileira e alemã, à semelhança dos demais países mencionados.

#### 6.3.2.4. O padrão da Organização Internacional do Trabalho

Mais que da incursão em cada país mencionado, a determinação das características essenciais da relação protegida no art. 7º da CR advém consolidação internacional dessa soma de experiências parcelares.

---

<sup>109</sup> RÜTHERS, *Arbeitsrecht*, p. 15, n. 50: “Die höchstrichterliche Rspr. stellt für das Arbeitsverhältnis auf eine typische persönliche Abhängigkeit ab, diese ergibt sich in erster Linie aus dem Umfang der Weisungsgebundenheit [...]. Ein weiteres wichtiges Indiz ist die Eingliederung des Beschäftigten in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation [...]”.

Muito instrutiva é a Recomendação 198/2006 da Organização Internacional do Trabalho cujos pressupostos são os fatos de “que leis e regulamentos e suas interpretações devem ser compatíveis com os objetivos do trabalho decente” e de que há “as dificuldades de estabelecer se existe ou não uma relação de trabalho em situações onde os respectivos direitos e obrigações relativas às partes não estão claras, onde houve uma tentativa de disfarçar as relações de trabalho, ou onde existam inadequações ou limitações na estrutura legal, ou em suas interpretações ou aplicações”.

Daí deverem os países membros “considerar a possibilidade de definirem em suas leis ou regulamentos, ou por outros meios indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho”. “Estes indicadores”, prossegue o ato aludido, “podem incluir: o fato de que o trabalho: é realizado de acordo com as instruções e sob o controle de uma outra pessoa, que implica a integração do trabalhador na organização da empresa; é executado única ou principalmente para o benefício de outra pessoa, é realizado dentro de horas de trabalho específicas ou dentro do local de trabalho especificado ou acordado pela pessoa que requisitou o trabalho; é de uma duração particular e tem uma certa continuidade; requer a disponibilidade do trabalhador; ou envolve a provisão de ferramentas, materiais e maquinário pela pessoa que requisitou o trabalho”<sup>110</sup>.

Interpretando a legislação nos termos da recomendação da OIT, por sua vez, apoiada nos conhecimentos internacionalmente reconhe-

---

<sup>110</sup> item 13. a.



cidos como indicativos da relação de emprego, a Súmula 331 do TST entendeu os conceitos legais da CLT e o constitucional da relação de emprego com base em dados do domínio normativo do trabalho. Tais conhecimentos afirmam sua caracterização, quando o trabalhador se insere na organização da empresa, pelo desempenho constante de atividades inerentes ao fim da pessoa contratante, que se beneficia dos frutos do labor do empregado.

A Súmula do TST e a decisão recorrida harmonizam-se com o direito comparado, na qualificação da relação de emprego, em decorrência do fato de o trabalhador se inserir na organização da pessoa jurídica, especialmente nas atividades finalísticas da empresa. Tem-se aí um traço do domínio normativo de todo avesso ao abuso do critério formal do direito civil.

A interação entre o art. 7º, I, da CR e o domínio por ele regulado – a relação entre empregador e empregado – contribui para esclarecer a estrutura do vínculo humano e para sua distinção de outros laços regulados pelo direito. É claro que as palavras empregadas na norma constitucional citada lhe delimitem o conteúdo mínimo, de sorte a retirá-lo do poder de disposição do legislativo a respeito.

#### 6.3.2.5. O conceito de inserção do trabalhador como núcleo do emprego na doutrina contemporânea

Não apenas de coisas passadas fica a depender a demonstração de que a inserção do trabalhador, no núcleo das atividades finalísticas da empresa, gera o vínculo de trabalho entre ele e quem o emprega. A autonomia dogmática do próprio direito do trabalho parece hoje funda-

da em concepção da relação de trabalho, em novas bases que reforçam a pertinência subjetiva defendida ao longo deste escrito.

Motivos ponderáveis, além das dificuldades técnicas intransponíveis de lidar com os problemas trabalhistas com as categorias do direito civil, impuseram novo modelo teórico para tal relação. Também “a desastrosa situação econômica e social da maioria dos trabalhadores subordinados no final do séc. XIX [...] demonstra, à evidência, que os princípios da liberdade e da igualdade eram profundamente ilusórios quando aplicados à relação laboral”<sup>111</sup>. Como correção da posição de inferioridade do trabalhador é “que se vai cimentar aquele que será reconhecido pela generalidade da doutrina como objectivo norteador de toda a evolução do direito laboral [...]: o objectivo de proteção do trabalhador subordinado”<sup>112</sup>.

Ambos os fatores impuseram a reconstrução da relação de emprego, por meio da “deslocação definitiva do âmago do vínculo laboral do binômio de troca entre duas prestações patrimoniais (o trabalho e a remuneração) para o binômio pessoal dever de lealdade – dever de assistência”. Superou-se, assim, o primitivo enquadramento obrigacional, incapaz, por exemplo, de explicar a contento os poderes diretivo e sobretudo o disciplinar entre iguais<sup>113</sup>. Na impossibilidade de recordação aqui de todos os seus termos, indica-se que a moderna relação de trabalho se assenta na “projectão da ideia de personalidade

---

<sup>111</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 192.

<sup>112</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 196.

<sup>113</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 279.

nos deveres de lealdade e de assistência e a sua justificação na empresa como comunidade de trabalho”<sup>114</sup>.

Toda a relação de trabalho passa a ser dominada pelo dever de lealdade entre as partes, que deixa de ser apenas uma entre várias obrigações recíprocas daquele pacto<sup>115</sup>. Hoje, o contrato de emprego encontra-se informado por duas grandes ordens de deveres pessoais multifacetados. “O conteúdo do dever de lealdade em sentido amplo é feito decorrer da conjugação do elemento da pessoalidade com o elemento da inserção na empresa – ou seja, partindo da indeterminação inicial da prestação e da sua inseparabilidade da pessoa do prestador para valorizar seu envolvimento pessoal no vínculo, por um lado e, por outro, valorizando a integração do trabalhador na organização do credor (seja ele uma organização de maior dimensão, como a empresa, ou uma organização mais simples como a comunidade familiar do empregador) num sentido comunitário, para justificar seu empenhamento integral nos respectivos objetivos”<sup>116</sup>.

Nesse novo contexto de cooperação, capaz de superar as antinomias irreduzíveis de empregado e empregador acantonados em posições conflitantes, “o dever de lealdade do trabalhador [...] reporta-se à exigência de seu empenhamento pessoal e integral na prosecução dos objetivos e dos interesses da organização em que está inserido – conteúdo que vai para muito além do conteúdo do dever de lealdade que assiste aos devedores comuns de não actuarem [...] de forma a não

---

<sup>114</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 279.

<sup>115</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 279-280.

<sup>116</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 280.

frustrar as expectativas e os interesses da contraparte. Mais do que lealdade ao contrato, trata-se aqui de lealdade à empresa”<sup>117</sup>.

“Por seu turno”, completa a autora lusa, “o dever de assistência do empregador manifesta-se numa obrigação positiva de cuidado em relação à integridade física e ao bem-estar do trabalhador e é justificado pela natureza fiduciária e comunitária do vínculo laboral: da integração do trabalhador na comunidade empresarial decorre a sua disponibilidade acrescida para com o empregador e o seu empenhamento integral na prossecução dos objectivos empresariais; mas porque essa disponibilidade e esse empenhamento determinam prejuízos para a personalidade e a vida do trabalhador, os deveres assistenciais do empregador têm a função de compensar esses prejuízos”<sup>118</sup>.

Especialmente à nova dogmática do direito do trabalho, fundada em relação, cujo foco é a relação de recíproca lealdade – e não de meras trocas patrimoniais –, repugna a interposição de terceiro entre o empregado e a pessoa natural ou jurídica que de seu trabalho se beneficia, como causa impeditiva da formação do vínculo direto. Se a síntese entre o capital e o trabalho se dá no âmbito cooperativo da empresa, ao empenho do trabalhador deve corresponder a contrapartida do real beneficiário desses esforços, na forma do dever de lealdade, sob as formas da assistência do empregador.

No microcosmo do intercâmbio de lealdade entre um empregador e um empregado, o degrau mais elementar de assistência do primeiro

---

<sup>117</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 280-281

<sup>118</sup> MARIA RAMALHO, *Autonomia*, p. 281.

ao segundo consiste no estabelecimento formal da relação laboral, que funciona no direito do trabalho como o pressuposto da aquisição de toda a sorte de direitos subjetivos. A empresa que nega a existência de vínculo com o empregado, embora lhe use os frutos do trabalho, em sua finalidade social, trai o dever primordial de assistência que lhe toca nessa relação. Também no plano geral, similar atitude contradiz, por meio de artifício da interposição de contrato de direito civil, o intuito protetivo indiscutível do direito do trabalho.

A Súmula 331 do TST promove, então, a coincidência entre os aspectos material e formal da relação de emprego, entendido sobretudo como pacto de colaboração entre duas pessoas, com base na ideia de lealdade recíproca.

#### **6.4. Da interpretação segundo o modelo tradicional da cãnone hermenêutico: a constitucionalização do conceito de relação de emprego**

A constitucionalização do conceito de emprego parece decorrer da interpretação histórica, tanto em seu aspecto panorâmico da tradição constitucional brasileira, como no foco do critério genético do texto de 1988. A invocação de experiência bastante próxima do direito comparado também colabora no entendimento das normas constitucionais aqui discutidas.

Veja-se primeiro o passado mais remoto e mais amplo dos antecedentes dos direitos do art. 7º da Constituição de 1988.

As prescrições relativas à proteção do trabalho, no sentido social característico dessa relação jurídica<sup>119</sup>, iniciam-se com a Carta de 1934, pois suas duas antecedentes dele só cuidaram no âmbito clássico de liberdade de escolha de profissões<sup>120</sup>. O art. 121 da Carta de 1934 determinava que a legislação deveria amparar os trabalhadores e lhes deferia desde logo rol de direitos, situados em capítulo relativo à “ordem econômica e social”. Isso se transformaria em tradição do direito constitucional brasileiro. O art. 121, i, da Carta de 1934 cuidava da indenização do trabalhador despedido sem justa causa. O art. 137 da Carta de 1937 aumentou o rol de direitos e continha a alínea f, que acenava com a possibilidade de a lei deferir estabilidade no emprego aos trabalhadores ou indenização em caso negativo, embora tais direitos tenham, na prática, perdido estatura constitucional, por meio do Dec. 10.358/1942, que os suspendeu. O art. 157, XII, da Constituição de 1946 permanece nos termos gerais de suas duas antecessoras, com a previsão de vários direitos, entre os quais o da estabilidade do emprego ou indenização. O art. 158, XIII, da Carta de 1967 mantém a estabilidade, mas estende os direitos trabalhistas, que congloba com prestações de ordem previdenciária. Até por se pretender mera emenda da Carta antecedente, o art. 158, XIII, da Carta de 1969 não altera o panorama do trabalho, embora tenha acrescentado o fundo de garantia substituto de estabilidade.

---

<sup>119</sup> LARENZ, *Allgemeiner Teil*, p. 46, nota, por todos, que o direito do trabalho só se tornou ao domínio jurídico autônomo, porque, nele, o princípio social possui importância exponencial.

<sup>120</sup> Art. 179 da Constituição de 1824 e art. 72, § 24, da Constituição de 1891.

A disciplina constitucional do tema na ordem de 1988 sofreu alterações de monta não apenas em relação a seus textos antecedentes, mas também no decorrer dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, motivo pelo qual vale a pena examinar como se estabeleceu o texto da Constituição vigente<sup>121</sup>.

A Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte assim concebeu o art. 7º, I, do Substitutivo 1:

Art. 7º. Além de outros, são direitos dos trabalhadores:

I – o contrato de trabalho protegido contra despedida imotivada ou sem justa causa, nos termos da lei.

O Substitutivo 2 da mesma comissão manteve intacto o *caput* da norma renumerado como art. 6º, mas modificou-lhe os incisos, que passaram a dispor:

I – garantia de emprego protegido contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em [...].

O Projeto A, do Plenário da ANC, retomou a numeração ao art. 7º e deu ao *caput* da norma a forma que permaneceu até o texto vigente hoje:

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

---

<sup>121</sup> A evolução do texto pode agora ser perfeitamente rastreada, graças ao primoroso trabalho de LIMA, PASSOS e NICOLA, *Gênese*, v. 1, p. 87, sequências 135 e 136.

I – garantia de emprego protegido contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em [...].

A grande modificação digna de nota no contexto aqui estudado ocorreu no Projeto B do Plenário, que deu a redação do texto incorporado à Constituição de 1988 e vigente até hoje:

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Dois traços têm especial relevo na comparação diacrônica do direito do trabalho nas Constituições brasileiras, com relevo para o entendimento do problema discutido.

Em primeiro lugar, os direitos sociais tornaram-se fundamentais, com todas as consequências dogmáticas daí decorrentes. Se direitos como a propriedade desde sempre constaram dos catálogos brasileiros fundamentais, os de proteção dos trabalhadores integravam a ordem econômica e social<sup>122</sup>.

Ademais, e aqui o ponto decisivo, os capítulos relativos à ordem social nas Constituições brasileiras, diferentemente da vigente, preo-

---

<sup>122</sup> Embora sempre citada como paradigma das brasileiras no particular, a Constituição de Weimar delas se distanciava, porque, por exemplo, a propriedade e os direitos sociais integravam o mesmo capítulo, e não como se viu nas ordens nacionais antecedentes.



cuparam-se com o direito ao “emprego”, entendido como posto de trabalho, como direito a ter onde trabalhar.

Num quadro de persistente mora do Congresso Nacional em se editar a lei requerida pela parte final do art. 7º, I, da CR, não se tem dado a devida importância à parte inicial da norma referida. A discussão adjetiva de proteção contra a despedida arbitrária obscurece a alteração substantiva da garantia mencionada, que deixou de ser a pretensão apenas ao posto de trabalho e passou a representar sobretudo o direito a ver preservado – como direito subjetivo fundamental – o instituto da “relação de emprego”, à semelhança do que acontece com a propriedade ou com outros tantos conceitos, outrora apenas do direito ordinário, mas hoje elevados à dignidade superior do texto constitucional<sup>123</sup>.

A mesma conclusão vale para a garantia institucional do art. 7º, xxxiv, da CR, ao se falar ali em “vínculo empregatício”. Aliás, seria paradoxal que os trabalhadores avulsos ali equiparados aos empregados permanentes tivessem a garantia daquela espécie de relação, mas os paradigmas, não. Em rigor, nem seriam paradigmas.

Também se fixou o sentido próprio da relação de emprego, entre outros, na regulação de temas da administração pública, na competência da Justiça do Trabalho, na definição dos contribuintes da seguridade social (arts. 37, I, II, IV, XI, XV; 40, § II; II4; 195 da CR).

---

<sup>123</sup> Cf. a nota 129.

A consideração do sentido técnico da relação de emprego foi determinante no aresto do Supremo Tribunal Federal, na qual declarou a inconstitucionalidade de extensões legais do conceito de empregado contribuinte para a seguridade social: “a relação jurídica mantida com administradores não resulta de contrato de trabalho e, portanto, de ajuste formalizado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Daí a impossibilidade de se dizer que o tomador dos serviços qualifica-se como empregador e que a satisfação do que devido ocorre via folha de salários”<sup>124</sup>.

A diferença de sentido fica sobremodo clara na comparação do art. 7º, I, da CR com as normas das Constituições antecedentes, com as das fases anteriores da ANC e com outras regras da própria Constituição vigente. A interpretação sistemática da Constituição sublinha a diferença entre a garantia institucional da própria “relação de emprego” e as normas voltadas para a proteção do emprego, na acepção de direito subjetivo ao posto de trabalhado. Além da menção ao trabalho

---

<sup>124</sup> RE 166.772, rel. Min. MARCO AURÉLIO: “[...]. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - TOMADOR DE SERVIÇOS - PAGAMENTOS A ADMINISTRADORES - REGÊNCIA. A relação jurídica mantida com administradores não resulta de contrato de trabalho e, portanto, de ajuste formalizado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Daí a impossibilidade de se dizer que o tomador dos serviços qualifica-se como empregador e que a satisfação do que devido ocorre via folha de salários. Afastado o enquadramento no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, exsurge a desvalia constitucional da norma ordinária disciplinadora da matéria. A referência contida no § 4º do artigo 195 da Constituição Federal ao inciso I do artigo 154 nela insculpido impõe a observância de veículo próprio - a lei complementar. Inconstitucionalidade do inciso I do artigo 3. da Lei n. 7.787/89, no que abrangido o que pago a administradores. Declaração de inconstitucionalidade limitada pela controvérsia dos autos, no que não envolvidos pagamentos a autônomos e avulsos”.

no rol dos direitos sociais gerais do art. 6º, o próprio art. 7º, XVIII, da CR instituiu a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário”, no sentido de posto de trabalho. Também possuem tal significado em muitas outras passagens da Constituição. Assim, na competência da União para “organização do sistema nacional de emprego”; em diversas menções aos empregos da administração pública, como na reserva de vagas a pessoas portadoras de deficiência, na proibição de acumulação de empregos e, enfim, no objetivo da ordem econômica e financeira de “busca do pleno emprego” (arts. 22, XVI; 37, VIII, XVI, XVII; 38; 170, VIII, da CR).

O art. 7º, I, da CR promoveu aí a constitucionalização do conceito de relação de emprego, antes confinado especialmente à CLT e à legislação previdenciária. Confira-se a lição de Raul Machado Horta:

A linha inspiradora do constituinte de 1988 foi a de constitucionalizar ao máximo os direitos sociais, com o propósito de projetar nesses direitos a intangibilidade e a supremacia da matéria constitucional. O objetivo de política constitucional foi alcançado. Não se pode ocultar o outro lado da questão. A constitucionalização de muitas regras que tiveram origem na legislação ordinária do trabalho conduziu à substituição das vantagens decorrentes do aperfeiçoamento evolutivo da lei pela rigidez e imodificabilidade de regra constitucional, cuja mudança requer o complexo processo de emenda<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> HORTA, *Constituição*, item 11. Se divisou com perfeição a constitucionalização de conceito de emprego, o autor mencionado não foi ao ponto de ver que seu argumento dispensaria, em rigor, qualquer direito fundamental; que o processo evolutivo pode tomar rumos involutivos com a atenuação ou a eliminação da pro-

Outra prova da constitucionalização do conceito de emprego encontra-se na ordem constitucional portuguesa, a quem a brasileira, de 1988, tanto deve. Além de haverem notado que os direitos fundamentais da Constituição lusitana abarcam sucessivamente direitos de todas as pessoas, dos cidadãos e dos trabalhadores, *Canotilho e Vital Moreira* esclarecem: “diferentemente do que sucede com as duas primeiras categorias, os direitos dos trabalhadores não são direitos universais, mas sim direitos apenas dos que ocupam determinada posição no processo produtivo, a saber, o lugar de *trabalhador por conta de outrem* (sendo este indubitavelmente o conceito de trabalhador da Constituição, aliás coincidente com o que é utilizado no direito do trabalho)”<sup>126</sup>. O ponto é pormenorizado de modo ainda mais claro na seguinte passagem:

Os direitos previstos neste capítulo [os direitos sociais] [...] são direitos específicos dos *trabalhadores*, e só a eles serão constitucionalmente reconhecidos e garantidos. Saber qual é a *noção constitucional de trabalhador* é, por isso, de importância primordial. Não contendo a Constituição nenhuma definição expressa, o conceito há-de ser definido a partir do conceito jurídico comum, salvo se algo na Constituição o impedir. Não é o caso, havendo por isso de considerar-se trabalhador para efeitos constitucionais o *trabalhador subordinado*, o *trabalhador por conta de outrem*, ou seja, aquele que trabalha ou presta serviços por conta e sob direção e autoridade de

---

teção; e que finalmente o emprego “é uma espécie de direito à vida do próprio trabalhador”, como observam com precisão *Canotilho e Vital Moreira*, *Constituição*, v. I, p. 120.

<sup>126</sup> CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição Anotada*, v. I, p. 120-121.

outrem, independentemente da categoria deste (entidade privada ou pública) e da natureza do vínculo (contrato de trabalho privado, função pública etc.)<sup>127</sup>.

Nada na Constituição de 1988 autoriza supor que o sentido estrito da relação de emprego divirja daquele básico anteriormente fixado na legislação nacional e, de modo mais amplo, com variações irrelevantes para o aspecto aqui decisivo da controvérsia no direito comparado das nações mais evoluídas no ponto. Pelo contrário, o sentido de trabalho subordinado por conta de outrem, em cujo interesse se desenvolve o trabalho do empregado e com quem se mantém a relação jurídica, é a conclusão natural da constitucionalização de diversos institutos do direito do trabalho ordinário anterior a 1988. Ainda que possam variar os requisitos mencionados, os dados elementares da relação de emprego apontados estão fixados no texto constitucional.

O fenômeno da constitucionalização direta é bem conhecido no direito nacional e estrangeiro. A doutrina brasileira, bem como a internacional, sublinha dois aspectos fundamentais para essa discussão na constitucionalização direta. De um lado, os traços essenciais do instituto passam a ser de direito constitucional e como tal devem ser tratados. De outro, tais traços do instituto, por vigerem no nível mais elevado da Constituição, deixam de estar à disposição do legislador e, com mais razão, da disponibilidade hermenêutica dos Tribunais<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição Anotada*, p. 290.

<sup>128</sup> PONTES DE MIRANDA (*Comentários*, v. 1, p. 103): “quando a regra de direito constitucional usa conceito que foi buscado ao direito público não-constitucional, ou ao direito privado, tal conceito não fica dependente das mutações do direito

Ao menos em suas linhas essenciais, o art. 7º, I, da CR se informa, delimita e protege certo conceito de derrogação por autoridade inferior. A identidade de razão faz valer, também em relação ao direito fundamental da “relação de emprego”, o mesmo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal proclama a respeito do direito de propriedade – a impossibilidade da erosão de suas características básicas, sob pena de sanção. Verificado o “esvaziamento do direito de propriedade”, o STF nunca titubeou em sancionar o poder público com a

---

público não-constitucional ou do direito privado. Passa a ser conceito de direito constitucional, e como tal deve ser tratado”. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, v. 1, p. 17, são expressos: “Parece evidente que quando a Constituição recebe um determinado conceito legal com um certo sentido, este fica, por assim dizer, ‘constitucionalizado’, deixando de estar à disposição do legislador. [...] se o conceito [...] foi recebido na Constituição [...] com um certo sentido, não pode a lei vir alterar o conceito, de modo a modificar significativamente o sentido do preceito constitucional”. Da mesma maneira, KIRCHHOF, *Rechtsquellen*, p. 73: “o constituinte atribui aos princípios do direito anterior continuidade de vigência com um nível mais elevado. Institutos criados pela lei determinam o conteúdo principal de uma proposição constitucional, quando a Constituição protege o cerne de uma realidade jurídica, como a propriedade, o funcionalismo público, os municípios. O preceito constitucional exige que uma realidade social legalmente estruturada seja desenvolvida, de sorte que o conteúdo central dos princípios estruturantes legais sejam conservados. Razão de existência deste direito é o direito legal conformador da ordem social; razão de validade é a Constituição” (“Der Verfassungsgeber verschafft den Grundsätzen früheren Rechts Weitergeltung mit erhöhtem Rang. Gesetzlich geschaffene Rechtseinrichtungen bestimmen den Hauptinhalt einer Verfassungsaussage, wenn das Grundgesetz eine Rechtsrealität – etwa das Eigentum, das Berufsbeamtentum, die Gemeinde – in ihrem Bestand schützt. Der Verfassungssatz fordert, dass eine gesetzlich strukturierte soziale Wirklichkeit so entwickelt wird, dass der kernbestand der gesetzlichen Strukturprinzipien erhalten bleibt. Entstehungsgrund dieses Rechts ist das die soziale Ordnung formende Gesetzrecht; Geltungsgrund das Grundgesetz”).

consequência jurídica da indenização, por meio do instituto da desapropriação indireta<sup>129</sup>.

O direito brasileiro migrou da proteção só do posto concreto de trabalho para a criação de direito fundamental de perfil institucional, sem perda das características de direito subjetivo<sup>130</sup>. Os trabalhadores passaram a ter o direito a certa relação jurídica fora da disponibilidade do legislador. Assim, nem o legislador poderia delinear-la de modo a permitir que trabalhador integrado à empresa, no desenvolvimento de atividade finalística, tenha seu contrato de emprego formado com terceiro intermediário da prestação da mão de obra. Isso contrariaria o cerne da relação de emprego, tal como estruturada na lei e, sobretudo, o instituto constitucionalizado segundo os padrões reconhecidos internacionalmente como as elementares que o definem.

Segue-se da constitucionalização do instituto da relação de emprego a validade da Súmula 331 do TST, ao definir a impossibilidade

---

<sup>129</sup> Cf., para a expressão do texto o RE 361.127; na mesma linha, por exemplo, o AI 529.698 ArRg, entre tantos outros.

<sup>130</sup> Instrutiva nesse sentido a passagem de CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, v. 1, p. 131: “os preceitos que reconhecem direitos sociais também não se reduzem a *garantias institucionais*. Impondo ao Estado o respeito e a promoção de determinada instituição (v. g., a família), as garantias institucionais podem certamente fundamentar medidas de intervenção e de prestação social do Estado; mas também não conferem directamente aos cidadãos interessados nenhuma protecção jurídica subjectiva. Os direitos sociais coenvolvem em alguns casos certas garantias institucionais – a família (art. 67º), a maternidade e a paternidade (art. 68º), etc. –, mas estas são instrumentos de garantia dos direitos fundamentais que cabem aos titulares dessas instituições (os direitos das famílias, os direitos dos pais e das mães)”.

de se dissociar o vínculo de emprego entre quem institui a organização, na qual o trabalhador se insere, e o empregado que lhe satisfaz necessidade da cadeia de produção ou de serviços finalísticos.

Na concepção contemporânea do direito do trabalho, menos espaço haverá para se duvidar da conclusão da súmula. Entendido não mais em termos de relação de troca patrimonial de trabalho por salário, mas de relação pessoal, por cujo meio o empregado tem o dever de lealdade na realização das atividades da empresa e, como decorrência do desgaste daí sofrido, dela recebe em contrapartida o dever de lealdade na forma de assistência, a interposição de agenciador de mão de obra não cumpre nenhuma função. Representa, antes, elemento estranho ao conceito constitucional de emprego, que artificialmente afasta suas efetivas partes. *Gabriela Delgado e Helder Amorim* observam ser “a terceirização na atividade-fim [...] prática [...] vedada pela Constituição, constituindo-se fraude ao sistema jurídico de proteção social do trabalhador, porque violadora do núcleo essencial do regime de emprego protegido pela Constituição”<sup>131</sup>.

Não bastasse o fato de atentar contra o conceito constitucional de relação de emprego, a intermediação de mão de obra em atividade fim de empresas apresenta graves incongruências com diversas normas da Constituição. Noutras palavras, não passa no teste da interpretação sistemática.

---

<sup>131</sup> DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 76.



### **6.5. Da incompatibilidade da terceirização de atividades finalísticas com o sistema de proteção ao trabalho da Constituição de 1988**

Häberle nota que, embora as características da regulação do trabalho nas constituições variem em razão da cultura de cada povo, um mínimo dela é indispensável à sobrevivência do Estado constitucional, considerando-se o quão profundamente o problema do trabalho se encontra interligado com o ser humano e com o cidadão inserido na sociedade política e o quão central ele é hoje para a legalidade e a legitimidade daquele modelo de organização estatal, em qualquer de suas manifestações nacionais<sup>132</sup>. Por isso, o autor mencionado vê no tratamento político e ético social e individual do trabalho uma das provas de fogo do Estado constitucional<sup>133</sup>.

Mais do que em qualquer das muitas Constituições estudadas por Häberle, a brasileira vigente confirma sistematicamente a interligação

---

<sup>132</sup> HÄBERLE, *Verfassungslehre*, p. 850-851.

<sup>133</sup> HÄBERLE, *Verfassungslehre*, p. 848. HÄBERLE, *Verfassungslehre*, p. 28-29, define o Estado constitucional objeto de seus estudos com os seguintes elementos: tem a dignidade humana como premissa; preenchido pela cultura de um povo e pelos direitos humanos universais; vive da individualidade de um povo que encontra sua identidade nas tradições e esperanças e na vontade de plasmar seu futuro; assenta-se no princípio da soberania popular, entendida não como competência para arbitrariedade ou como medida mítica acima dos cidadãos, mas como fórmula de renovado acordo público; a constituição funciona como pacto, em cuja moldura fins educativos e valores de orientação são possíveis e necessários; contém o princípio da separação de poderes, o Estado de direito e o social e também o princípio cultural do Estado; garantias fundamentais, independência judicial etc. Tudo isso, resume, aglutina-se numa democracia de cidadãos com o pluralismo como princípio.

entre a legitimidade e a legalidade do sistema político e o trabalho e a imprescindibilidade da proteção do trabalho subordinado, como condição para a sobrevivência do Estado constitucional entre nós. A proteção ao trabalho, na modalidade do emprego, permeia, de alto a baixo, a organização constitucional brasileira relativa tanto à sociedade como ao Estado, em indicação clara de ser pressuposto da manutenção de nossa ordem como um todo.

O estudo comparado de Häberle estabeleceu o espectro ao longo do qual o trabalho merece tratamento constitucional e, assim, mapeou os pontos relevantes para a interpretação desse tema segundo o critério sistemático<sup>134</sup>. Os polos entre os quais as técnicas de proteção do trabalho variam são os direitos fundamentais e as regras de competência<sup>135</sup>. Entre os dois extremos mencionados, existem diversas regras intermediárias, na forma de preâmbulos, fins educativos, enunciados de ética social sobre o valor do trabalho, tarefas e fins estatais, deveres constitucionais, garantias conexas, direitos fundamentais clássicos de defesa até as normas de competência<sup>136</sup>.

Quando se percorre toda a Constituição vigente, percebe-se que ela não adotou apenas uma ou algumas das técnicas indicadas por Häberle para a proteção do trabalho, mas se valeu de todas elas e de outras mais, em evidente mostra de que desejou cercá-lo de regime abrangente de salvaguarda.

---

<sup>134</sup> HÄBERLE, *Verfassungslehre*, p. 850, nota 682.

<sup>135</sup> HÄBERLE, *Verfassungslehre*, p. 850, nota 682.

<sup>136</sup> HÄBERLE, *Verfassungslehre*, p. 850, nota 682.

O estudo sistemático do trabalho na Constituição de 1988 pode ser tripartido, em atenção às distinções entre os enunciados gerais sobre o valor ético do trabalho; às normas de competência, de deveres de proteção ao trabalho; e do polo dos direitos fundamentais do trabalho e as demais faixas do espectro da tipologia referida.

#### 6.5.1. Dos enunciados sobre o valor social do trabalho

Já no preâmbulo da Constituição, sublinhou-se o “exercício dos direitos sociais” como o primeiro dos fins do Estado.

Tal comando encontrou eco logo em seguida, no art. 1º, IV, da CR, que transformou o enunciado ético sobre “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” em fundamentos da República. Quando nada, assim se remediou desequilíbrio histórico no direito constitucional brasileiro, talvez herdado do modelo do art. 123 da Constituição do México, de 1917: os direitos liberais se compreendiam como direitos fundamentais, ao passo que os sociais eram ingredientes subjetivos da ordem econômica, disparidade que não havia na Constituição da Alemanha, de 1919, na qual a propriedade também integrava a ordem social. A Constituição brasileira vigente não apenas restaurou esse equilíbrio, por meio da transformação de ambas as espécies de direito em fundamentais, mas foi além, no que concerne à proteção do trabalhador, na medida em que vinculou ineditamente mesmo a livre iniciativa a um valor social<sup>137</sup>, desdobrado mais adiante, por exemplo, na função social da propriedade, do art. 5º, XXIII, da CR.

---

<sup>137</sup> Cf. DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 90, para essa conclusão, com indicação de bibliografia no mesmo sentido.

Referindo-se aos arts. 1º, IV, e 170 da CR, o Min. Eros Grau destaca que a “‘valorização do trabalho humano’ e o reconhecimento do ‘valor social do trabalho’ [...], em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam a prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica, prevalência que José Afonso da Silva reporta como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado”<sup>138</sup>.

Ainda no âmbito das normas mais gerais a respeito do trabalho, merece especial consideração o art. 193 da CR, assim concebido: “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Esses três enunciados de ordem mais geral não de ser compreendidos em sua inter-relação particular com outra norma constitucional de similar densidade normativa: o art. 3º, III, da CR, que elegeu como objetivo fundamental da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. O valor social do trabalho há de ser visto como meio para o fomento do fim de redução das desigualdades brasileiras.

Sem um dado de realidade, não se pode aquilatar com precisão mínima essa norma. Estudo do IPEA afirma que o Brasil, em 2011, ainda tinha uma das 12 mais altas desigualdades de renda do mundo, apesar de todas as políticas sociais implementadas desde 2000<sup>139</sup>. A

---

<sup>138</sup> ADI 1.721, rel. Min. AYRES BRITTO.

<sup>139</sup> Comunicado IPEA n. 155, p. 3.

alta concentração da riqueza no País contrapõe, assim, detentores dos meios de produção e quem vive de prestar trabalho subordinado.

Especialmente num País onde tantas pessoas dependem do trabalho subordinado, a debilitação do estatuto constitucional do emprego mina as bases do Estado constitucional de cidadãos livres, segundo padrões materiais que transcendam os parâmetros meramente formais do séc. XIX. O emprego pressuposto pelo sistema constitucional é o grande instrumento, por cujo meio a Constituição prevê a redução das desigualdades sociais, como se pode ver por sua presença ubíqua na ordem de 1988 e pela importância das normas que o protegem.

Atenta contra o valor social do trabalho a opção interpretativa que torne a desconectar o trabalhador da empresa, cuja necessidade satisfaz, voltando a ser mero elemento na paisagem econômica nacional. A regressão não se fará ao modelo jurídico dos direitos sociais como componentes incontornáveis da ordem econômica, mas regredirá o trabalho a mero fator de produção, a ser empregado por empresas, na persecução de suas finalidades.

*6.5.2. De regras de competência sobre o trabalho, fins educativos, direitos fundamentais clássicos aplicáveis ao trabalho, direitos conexos ao trabalho*

Em renovada prova do caráter crucial da matéria na Constituição, ali se editaram regras formais de competência, das quais se colhem indícios materiais de regulação. A Constituição encarregou a União de legislar sobre o direito do trabalho; de reprimir, pela Justiça Federal, os crimes contra a organização do trabalho; e instituiu a Justiça do

Trabalho e o Ministério Público do Trabalho (arts. 22, I; 109, VI; 114 e 128 da CR).

A demonstração de que o trabalho é o grande mecanismo para a superação das desigualdades se reflete nas normas sobre os fins educativos da sociedade. O art. 205 da CR define como uma das metas da educação a “qualificação para o trabalho”. Ainda mais concreto, o art. 214, IV, determina que o plano nacional de educação deve conduzir à “formação para o trabalho”. A minudente preocupação com o trabalho levou a ANC a impor a criação do SENAR, nos moldes do SESC e do SESI, no art. 62 do ADCT.

Nos direitos fundamentais clássicos, deferiu-se o mandado de segurança coletivo às organizações sindicais, e mesmo o direito de associação pode ser exercido por trabalhadores (art. 5º, XVII a XIX, e LXX, da CR).

A Constituição também possui extenso rol de direitos conexos ao domínio do trabalho. As entidades sindicais dos trabalhadores beneficiam-se da imunidade tributária (art. 150, VI, c, da CR); a grande massa de segurados da previdência social são os empregados (arts. 194 e seg. e 201) e a assistência social tem entre outros objetivos a “promoção da integração ao mercado de trabalho” de pessoas carentes (art. 203, III), com o que se fecha o círculo iniciado pelos fins gerais da República.

Diversos deveres especiais de proteção ao trabalho foram impostos na Constituição. Assim, o art. 21, XXIV, da CR determinou à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho. O art. 186, III e IV, da CR condicionou a função social da propriedade rural ao respei-

to às leis trabalhistas e às formas de exploração que favoreçam também o bem-estar do trabalhadores. O art. 200, II e VIII, impôs ao SUS a execução de ações em prol da saúde do trabalhador e do meio ambiente do trabalho. O art. 227, § 3º, I, II e III, da CR determina proteção especial ao trabalho dos jovens com diversos desdobramentos.

A presença ubíqua do trabalho na Constituição de 1988 indica com clareza a importância da relação de emprego para a estrutura da ordem jurídica brasileira e para a sociedade política nacional. A consequência evidente a se extrair daí é a impossibilidade de se admitir, no interior de sistema dotado de todas as técnicas de proteção do trabalho, prática contrária a seu espírito, mesmo quando encoberta sob a aparência de correção formal. Menos ainda, quando as estruturas nas quais o trabalho é prestado geram pequena categoria de pessoas dotadas de verdadeiros direitos de propriedade e de trabalho protegido, por oposição a pessoas degradadas à condição de mão de obra alocável aqui e ali, como meros meios de produção inertes, a meio caminho entre cidadãos e servos.

### 6.5.3. Do emprego pressuposto nos direitos fundamentais sociais

É mérito creditável sobremodo ao acurado trabalho de Gabriela Delgado e Helder Amorim a dedução sistemática da incompatibilidade entre a intermediação de mão de obra e o polo de maior densidade normativa do trabalho na Constituição: os direitos sociais, particu-

larmente os dos arts. 7º a 11 da CR, e de outros, de índole similar, dispersos pelo texto de 1988<sup>140</sup>.

A incongruência da prática aludida com o conceito constitucional de emprego também se confirma na impossibilidade de sua convivência sistemática com outros direitos sociais que desdobram aspectos daquele vínculo básico. A intermediação destoa de direitos sociais, por ser corpo estranho de direito civil inserido na relação de emprego do art. 7º, I, da CR, que sempre une quem se insere subordinadamente no projeto econômico de outrem e quem assim tem satisfeita necessidade finalística.

O estudo de ambos os autores prova o atrito da prática aludida com a Constituição, tanto do ponto de vista normativo estrito, como da ótica mais rara entre nós da obstrução de direitos fundamentais, isto é, do impedimento de seu exercício por meio de condições materiais inatingíveis, embora formalmente intactos.

A terceirização mostra-se incompatível não apenas com muitos dos direitos subjetivos constitucionais dos trabalhadores quando tomados em bloco, mas termina por minar outros tantos de modo específico, por lhes subtrair todo o substrato real. É ponto pacífico que os direitos fundamentais abrangem evidentemente os aspectos positivos, isto é, a atribuição de faculdades a seus titulares de exigir prestações do Estado, mas também comportam dimensão negativa, a saber, a proibição de que sejam eliminados<sup>141</sup>. Mas não apenas isso; o chama-

---

<sup>140</sup> *Limites*, p. 74 e segs.

<sup>141</sup> ALEXY, *Theorie*, p. 435.



do *status* negativo dos direitos fundamentais implica a “vedação de obstrução”<sup>142</sup>, entendida como a proibição de que determinado processo ou determinada organização seja de tal forma constituída, que torne a realização do respectivo direito fundamental impossível ou a dificulte substancialmente<sup>143</sup>.

Dois são os “elementos centrais da relação de emprego [...] profundamente esvaziados pela terceirização na atividade-fim [...]: a pretensão de integração do trabalhador ao empreendimento econômico (elemento espacial) e a pretensão de continuidade do vínculo de trabalho (elemento temporal)”<sup>144</sup>.

#### 6.5.3.1. Da incompatibilidade da intermediação com os elementos funcionais da relação de trabalho

Inicie-se pelo chamado elemento espacial que, talvez, melhor se denomine de funcional ou finalístico, porque nem sempre se define em termos de proximidade física do trabalhador ao ambiente de prestação do serviço da empresa, mas decorre da inserção subordinada do empregado à atividade precípua de quem tem sua necessidade por ele satisfeita.

Malgrado não tenham sido cogitados pelo estudo referido, dois direitos sociais funcionais da relação de emprego são de todo postergados pela intermediação. A mobilidade do trabalhador, com cons-

---

<sup>142</sup> SCHMIDT-ASSMANN, *Grundrechte*, p. 1002, n. 22, e p. 1008, n. 39.

<sup>143</sup> SCHMIDT-ASSMANN, *Grundrechte*, p. 1002, n. 22.

<sup>144</sup> DELGADO; AMORIM, p. 74.

tantes deslocamentos entre empresas, compromete o valor da igualdade, sob mais de um aspecto.

Está obviamente implícito no art. 7º, xxx a xxxii, da CR que o parâmetro para a aferição da admissão e da contraprestação do trabalho se assenta em padrões qualitativos e/ou quantitativos do trabalho. O critério de aferição do montante a ser pago ao trabalhador depende de sua posição formal no quadro da empresa, da real natureza do trabalho desempenhado e da qualidade *lato sensu* do fruto de seu labor, como também se lê nos requisitos da clássica ação de equiparação salarial, regulada no art. 461 da CLT. A intermediação de mão de obra contorna o traço elementar do contrato de trabalho – a inserção funcional do empregado na empresa – e assim desconsidera a isonomia, com apelo ao expediente formal de interposição de contrato civil entre as partes verdadeiras da relação de emprego. Postos os termos da equação em acordo com a Constituição, o resultado a que se chega é bem outro: a intermediação de empregos finalísticos desconsidera padrão constitucional do contrato de trabalho: a isonomia de ganhos; ela é inválida, por atingir a igualdade salarial.

A intermediação também ofende outro desdobramento da isonomia: a fixação do “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”, prevista no art. 7º, IV, da CR. Também aí, o artifício do contrato civil, agora a equiparar coisas díspares, agride outro direito fundamental social. O agrupamento formal dos operários numa empresa prestadora de serviço, que nada produz, impede a formação de termo de comprovação de valor do trabalho, porque prestado a diversas tomadoras de serviço. Equiparam-se, assim, coisas tão desi-

guais quanto o labor exercido numa empresa pequena ou média do comércio com emprego em grande conglomerado industrial.

Há outros problemas oriundos do desprezo da inserção do trabalhador na empresa, como fator de configuração do contrato de trabalho direto entre empregador e tomador do serviço. Na órbita individual, a intermediação de mão de obra destoa do direito do art. 218, § 4º, da CR, segundo o qual “a lei apoiará e estimulará as empresas [...] que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho”<sup>145</sup>. O padrão de comparação, demandado pela norma constitucional, desaparece pela intermediação. É impossível medir-se a produtividade de pessoas dispersas por várias empresas e que só têm em comum o vínculo formal com a prestadora de serviços. Na empresa tomadora de serviços, seu comportamento é irrelevante para aferição do rendimento da quantidade total de trabalho ali empregado. Na empresa prestadora, não há padrão de produtividade, porque os trabalhadores estão dispersos por vários locais, funções e inseridos em diversos tipos de empreendimento.

De forma geral, os direitos que pressupõem igualdade na relação de trabalho demandam pauta comum de avaliação, quer para equiparar trabalhos iguais, quer para distinguir com diferentes contraprestações os graus variados de produtividade, qualidade e complexidade dos serviços prestados. A admissão da formalidade do direito civil

---

<sup>145</sup> DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 103.

impede ambas as coisas, porque rompe com a essência do contrato de trabalho.

Segue-se daí, por sua vez, a dissonância entre o referido pacto civil e o direito social do art. 7º, XXXIV, da CR, no qual assegurada a igualdade entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Aplica-se aqui o argumento *a fortiori*: se até o trabalhador avulso deve ter reconhecido em seu benefício os mesmos direitos titulares de empregos permanentes, então, com mais razão, aberra do sistema constitucional um mecanismo do direito civil indutor de distinções entre os próprios empregados permanentes da atividade-fim.

Para encerrar a esfera dos direitos sociais lesados, a intermediação dispersa a presença física do empregado por diversos ambientes profissionais de empresas tomadoras de serviço, sobre os quais a fornecedora nenhum controle possui<sup>146</sup>. Tal diáspora dos trabalhadores impede a empresa formalmente contratante de controlar o respeito às normas sanitárias e de segurança do trabalho, ao mesmo tempo em que o beneficiário do labor do empregado não responde pelos acidentes ocorridos, por faltar o vínculo formal com o operário. Desrespeita-se, assim, o direito do art. 7º, XXII, da CR.

A intermediação de trabalho também apresenta repercussões inconciliáveis com a dimensão funcional dos direitos sociais de natureza coletiva. Na verdade, a admissão da validade desse instituto – na área finalística das empresas – implode o sistema sindical, porque de-

---

<sup>146</sup> DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 104.

senhado na Constituição com base na noção de categoria profissional, como se lê na letra expressa do art. 8º, II, da CR: “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica [...]”<sup>147</sup>.

Nas palavras de Arnaldo Süssekind, “o empregado [...] compõe a categoria profissional correspondente à categoria econômica a que pertence a empresa em que trabalha, pouco importando a função que nela exerce”<sup>148</sup>. Delgado e Amorim esclarecem as implicações da prática referida: “ao vincular o trabalhador a empresa diversa daquela que se situa no núcleo da organização econômica, a terceirização na atividade-fim da empresa enseja a desvinculação formal entre o trabalhador e o grupo profissional com o qual mantém o vínculo de solidariedade, expulsando-o da rede de relações sociais que configura a identidade coletiva do trabalho, o que esvazia a noção de categoria profissional, frustrando a eficácia dos instrumentos constitucionais de luta ‘pela melhoria de sua condição social’” do *caput* do art. 7º da CR<sup>149</sup>.

Também aqui a discussão transcende em muito a mera fixação de conceitos teóricos. Alonso Olea sublinha ser “a atuação coletiva [...] exigência da realidade social do trabalho livre”: “a conservação da liberdade a que estamos aludindo exige essa atuação coletiva, se quiser efetivamente compensar [...] o poder que ostentam as organizações

---

<sup>147</sup> DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 100 e segs.

<sup>148</sup> Apud DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 101.

<sup>149</sup> DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 101.

adquirentes dos resultados do trabalho e às quais é este prestado”<sup>150</sup>. O autor mencionado prossegue:

Essa atuação coletiva dos trabalhadores e as entidades que se organizam para torná-la possível são, quem sabe, a mais enérgica demonstração de que o trabalho é, efetivamente, livre. E é através de tais entidades que a liberdade tem, por assim dizer, emprestado a si mesma uma institucionalização capaz de mantê-la e de tornar eficaz o seu exercício, mesmo que, nessa mesma institucionalização e nos princípios majoritários que a regem, possam aparecer restrições à própria liberdade<sup>151</sup>.

O contrato formal de trabalho entre o empregado e a empresa prestadora de serviços alija o trabalhador de seu verdadeiro círculo de representação sindical, com a erosão de vários de seus direitos coletivos<sup>152</sup>.

Logo de saída, estão excluídos do âmbito de eficácia pessoal dos acordos e convenções coletivos de trabalho celebrados pelos sindicatos, nos termos dos arts. 7º, XXVI, e 8º, VI, da CR. Também dele se excluem a representação e a defesa judicial e administrativa dos interesses dos trabalhadores por meio das entidades sindicais, prevista no art. 8º, II. Fundamental nesse domínio se mostra ainda o direito de greve do art. 9º, cujas finalidades compete apenas à categoria decidir. As cláusulas gerais de poderes deferidos aos sindicatos encobrem bem mais do que sugerem à primeira vista, pois os instrumentos ali

---

<sup>150</sup> ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, *Introdução*, p. 45-46.

<sup>151</sup> ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, *Introdução*, p. 45-46.

<sup>152</sup> DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 100 e segs.

deferidos têm feições procedimentais em sentido amplo. A denominação ampla da negociação coletiva abrange temas que vão desde a saúde dos trabalhadores, passando pela remuneração até a proteção contra ameaças mais sofisticadas, como o assédio moral de empregados ou a defesa judicial de direitos. A menção a essas quatro faculdades coletivas desdobra-se em incontáveis campos de atuação em prol dos trabalhadores.

O argumento de que os empregados de empresas terceirizadas se podem sindicalizar, em função dessa qualidade, mais reforça a crítica à erosão dos direitos coletivos do que lhe demonstra a procedência.

De um lado, a caracterização do vínculo entre o empregado e quem tem necessidade suprida por seu trabalho prova que a sindicalização oblíqua assim sugerida já representa desvio do sistema constitucional coletivo, decorrente de outro, de ordem individual, a saber, a inserção de contrato civil onde não cabe.

Em segundo lugar, seria tendencialmente nulo o poder de pressão de direitos coletivos exercidos por intermédio de sindicatos dessa natureza. No quadro de suposta validade do pacto civil, o sindicato dos trabalhadores nada pode reclamar da empresa tomadora de serviço, ao mesmo tempo que tende a não obter nada da prestadora, pela evidente razão de que a elevação de custos implicará sua substituição por outra, que recuse a melhora das condições dos trabalhadores (*caput* do art. 7º da CR). Paradoxalmente, então, o sindicato não será meio de aprimoramento das circunstâncias do trabalho, mas instrumento de sua piora ou, quando nada, de sua manutenção em bases antigas. Sindicatos mais empenhados na defesa dos direitos dos trabalhadores

aumentarão o característico ciclo de degenerescência das empresas prestadoras de serviço, acelerando sua morte.

#### 6.5.3.2. Da incompatibilidade da intermediação com os elementos temporais da relação de trabalho

A pretensão de continuidade da relação de trabalho, típica das ordens jurídicas de todo o mundo economicamente adiantado, é ameaçada pela prática do emprego intermediado.

A estrutura de diversos direitos sociais brasileiros pressupõe a existência de relação de trabalho de mais longa duração entre o empregado e a empresa que o admite, em tudo contrário à experiência da volatilidade do emprego nas empresas de intermediação de trabalho<sup>153</sup>.

Mencionem-se apenas os mais importantes: a indenização compensatória pela dispensa imotivada, o seguro-desemprego, o montante do FGTS, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e aposentadoria, instituídos nos arts. 7º, I, II, III e XXI, e do art. 201, § 7º, da CR. Tais garantias constitucionais dependem de relação duradoura de trabalho, que não se dá nos meios do trabalho intermediado.

A prática combatida na Súmula 331 do TST atinge a essência da estrutura temporal de direitos sociais da Constituição de 1988, ao provocar a intermitência do trabalho dos empregados ditos terceirizados.

---

<sup>153</sup> DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 94-95.



### **6.6. Dos problemas gerados com a intermediação de mão de obra: a interpretação teleológica da Constituição**

O critério teleológico de interpretação parece de interesse para a solução do problema. As regras dos direitos constitucionais dos trabalhadores, em especial dos sociais, à semelhança de quaisquer outras, devem ser pensadas em termos de solução de um problema<sup>154</sup>. É preciso perquirir o motivo pelo qual a ANC estruturou a relação de emprego na Constituição segundo os mencionados padrões funcionais e temporais.

As razões conducentes à opção referida do constituinte são evidentes. A concessão desse rol de direitos decorrentes da relação de emprego decorreu da necessidade de proteção ampla do trabalhador em face do empregador: a manifesta disparidade de poderes sociais logo se converte em jurídica, por meio de contratos celebrados com base no pressuposto formal da autonomia das partes. A estrutura funcional e temporal da relação de emprego na Constituição de 1988 salvaguarda, até contra o legislador, direitos elementares dos trabalhadores atinentes às condições de saúde, perigo, morais e econômicas do contrato de trabalho, que não seriam atendidos, acaso deixada à liberdade formal das partes sua livre determinação.

Ocorre que a admissão do trabalho intermediado nas atividades finalísticas produz efeitos em tudo contrários aos desejados, pela Constituição, para o trabalho subordinado. Expressa a ideia de outro modo, a admissão da prática da intermediação de trabalho ofende a teleologia dos direitos constitucionais dos empregados.

---

<sup>154</sup> FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 364 e 365.

Com base em rica coleta de dados e nas credenciais acadêmicas de seu autor, as pesquisas de Marcio Pochmann destacam-se no cenário, sem demérito para os demais estudiosos do assunto. Especialmente atento às condições do Estado mais rico da federação, São Paulo, o autor registra, em trabalho relativo aos anos de 1985 a 2010: “apesar da elevação do salário médio dos terceirizados, desde a década de 1980, ele não representou mais do que 50% do valor estimado do salário médio real dos trabalhadores em geral”<sup>155</sup>.

Os trabalhadores chamados terceirizados também estão em desvantagem, quando comparados com paradigmas que exercem as mesmas funções, por meio de vínculos diretos com a pessoa, cuja necessidade suprem. Pesquisa realizada pelo DIEESE aponta que “a diferença de remuneração em dezembro de 2010 ficou em menos 27,1% para os trabalhadores terceirizados”<sup>156</sup>.

Aponta-se ali também que a distribuição de trabalhadores pelas diversas faixas salariais ocorre de modo mais homogêneo nas contratações diretas do que nas intermediadas; estas são reservadas às camadas salariais mais pobres, na medida em que 84% das pessoas assim empregadas auferem até 3 salários mínimos e nenhum mais do que 8 deles<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> POCHMANN, *Trajétória*, p. 21.

<sup>156</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 6; o estudo, p. 5, indica que suas análises tiveram como fundamento dados colhidos na Pesquisa de Emprego e Desemprego do DIEESE-SEADE-MTE-FAT e convênios regionais, na RAIS-CAGED do MTE e em pesquisas da CUT.

<sup>157</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 7.

O trabalho intermediado caracteriza-se também pela alta rotatividade, pois “o tempo médio de permanência no posto de trabalho terceirizado [...] se manteve ao redor dos 18 meses, o que equivale a um ano e meio de contratação”<sup>158</sup>. “Percebe-se, de maneira geral, a concentração dos contratos formais de curta duração nas empresas de terceirização. No ano 2000 havia 58% do estoque de trabalhadores terceirizados com contrato de trabalho com menos de 12 meses na mesma empresa. Trabalhadores com cinco anos e mais de tempo de serviço na mesma empresa mantiveram-se, no máximo, correspondendo a 7% do conjunto dos contratos de trabalho em regime de emprego formal”<sup>159</sup>. Em média, 8 de 10 empregados terceirizados são substituídos ao final de cada ano<sup>160</sup>.

Tal configuração de fatos traduz perdas para o trabalhador e para a sociedade em geral. Do ponto de vista individual, o empregado referido demora muito mais tempo para se aposentar, por força da perda da qualidade de segurado nos trabalhos intermitentes<sup>161</sup>. Seu FGTS e o aviso prévio sempre são pagos em níveis baixos<sup>162</sup>. Já no aspecto de interesse da coletividade, tal estado de coisas sobrecarrega os sistemas de seguridade e de assistência social, porque demandados mais

---

<sup>158</sup> POCHMANN, *Trajatória*, p. 29.

<sup>159</sup> POCHMANN, *Trajatória*, p. 30.

<sup>160</sup> DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 106, invocando outro estudo estatístico.

<sup>161</sup> POCHMANN, *Trajatória*, p. 31, nota: “a inegável descontinuidade dos contratos de trabalho faz com que o tempo de trabalho na mesma empresa seja relativamente baixo, o que dificulta, inclusive, a contribuição para o sistema de aposentadoria e pensão”.

<sup>162</sup> DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 107.

pagamentos de seguro-desemprego e, quando não se atinge o limiar de meses trabalhados para sua obtenção, o trabalhador deixa de verter contribuições para o custeio de eventos ligados à saúde. A manutenção da qualidade de segurado, mesmo no curso de desemprego, onera a coletividade, pois não há contrapartida do segurado para a fruição de benefícios, inclusive vitalícios, como a pensão por morte.

Tais fenômenos tornam-se mais agudos com o aumento da taxa de rotatividade, que era de 50,5% em 1985, e chegou a 63,6% em 2010<sup>163</sup>, época de baixo desemprego.

A rotatividade leva ainda à conversão de férias em pecúnia com o defeito de não permitir o descanso efetivo do empregado, quando, logo em seguida, consegue engajar-se noutra posto de trabalho<sup>164</sup>. Mas o direito constitucional de férias visa à recomposição física e psicológica do trabalhador.

Um dado empírico perceptível por todos que convivem na sociedade brasileira aparece na pesquisa sindical:

Além das desvantagens durante a execução dos serviços as quais os trabalhadores terceirizados estão expostos se comparados àqueles contratados diretamente, o fim dos contratos também costuma ser um momento especialmente difícil para trabalhadores terceirizados. Principalmente nos setores de vigilância e asseio e conservação os calotes são constantes, ou seja, a empresa “desaparece” e os

---

<sup>163</sup> POCHMANN, *Relações*, p. 14.

<sup>164</sup> DELGADO; AMORIM, *Limites*, p. 106.

trabalhadores(as) não recebem as verbas indenizatórias as quais tem direito com o fim do contrato<sup>165</sup>.

“Uma das repercussões mais contundentes da privatização do trabalho gerada pela terceirização é a elevada incidência de acidentes de trabalho graves e fatais entre trabalhadores terceirizados”, resume o estudo do DIEESE<sup>166</sup>. Os números mais precisos ainda não foram obtidos, por conta de defeitos dos critérios de estatística do MTE.

Pode-se, contudo, ter ideia do problema com auxílio de estudos setoriais. A pesquisa realizada no âmbito elétrico, entre 2006 e 2008, com base em dados reunidos pela Fundação COGE<sup>167</sup>, mostrou que 80,7% dos operários mortos em acidentes de trabalho do setor elétrico eram subcontratados<sup>168</sup>. O mesmo estudo indica que a taxa média de mortalidade naquele período foi de 15,06, enquanto tal cifra atingiu 55,53 entre os operários, cuja mão de obra era intermediada<sup>169</sup>. Agora com base nos anos de 2009 e 2010, ainda o estudo referido aponta que “o número de trabalhadores acidentados com afastamento das empresas contratadas é quase o dobro dos trabalhadores diretos”<sup>170</sup>. Também no setor industrial da produção de papel, “a taxa de frequência de acidentes entre os trabalhadores terceirizados é prati-

---

<sup>165</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 13.

<sup>166</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 14.

<sup>167</sup> Entidade privada constituída por 26 empresas do setor de energia elétrica brasileiro.

<sup>168</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 14.

<sup>169</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 14.

<sup>170</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 15.

camente o dobro [5,95%] da taxa dos acidentados diretos da tomadora [2,65%]”<sup>171</sup>.

“Ao terceiriza[rem] as empresas contratantes transferem para empresas menores a responsabilidade pelos riscos do seu processo de trabalho, isto é, terceiriza[m]-se, quarteriza[m]-se etc. os riscos impostos por sua atividade de trabalho para empresas que nem sempre têm condições tecnológicas e econômicas para gerenciá-los”<sup>172</sup>. Mais do que a crônica insolvabilidade das empresas intermediárias quanto aos aspectos financeiros, a intermediação produz o seguinte mecanismo de riscos a bens indisponíveis dos operários:

Um aspecto comum nas relações de terceirização de praticamente todos os segmentos produtivos, que repercute de forma importante na saúde dos trabalhadores, é o cumprimento de prazos contratuais entre a empresa principal e as terceirizadas, o que em si impõe ritmos e outras exigências que extrapolam os limites físicos e psíquicos dos trabalhadores<sup>173</sup>.

O estudo do DIEESE mostra ainda, por meio de exemplos e estatística, que a intermediação de mão de obra tem servido à burla de direitos, como a jornada de labor entre os bancários, com a supressão de empregos<sup>174</sup>. Ao invés de contratar bancários, ajusta-se a prestação de serviços bancários com a extensão da jornada e, “a cada 100 traba-

---

<sup>171</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 15.

<sup>172</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 16.

<sup>173</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 16.

<sup>174</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 17-18.

lhadores terceirizados, com jornadas de 44 horas semanais [ao invés das 30 dos bancários], são cerca de 47 empregos a menos gerados”<sup>175</sup>.

Vitor Filgueiras, aliás, põe em xeque toda a lógica da intermediação de mão de obra finalística fundada na suposta vantagem advinda da criação de postos de trabalho. O referido sociólogo nota: “todos os postos de trabalho terceirizados, por definição, são demandados pelos tomadores de serviços. A terceirização, *per se*, não cria nenhum emprego. Se a terceirização fosse extinta, a única consequência em termos de emprego seria a formalização de todos os contratos de trabalho com os tomadores dos serviços”<sup>176</sup>. Na linha do relatório do DIEESE, o autor mencionado afirma que os dados apontam no sentido da redução do número de empregos pela intermediação, na medida em que os contratos intermediados têm jornada de trabalho mais longa do que os diretos<sup>177</sup>.

Vitor Filgueiras sublinha, com base em dados oficiais que, “na média, nos quatro últimos anos [2010-2013], em 90% dos 10 maiores resgates, os trabalhadores submetidos a condições análogas às de escravos eram terceirizados”<sup>178</sup>.

O dado final – talvez o mais representativo de todos – tem a ver com a crescente existência de empresas sem empregados. Nisso reside a demonstração eloquente da intermediação de mão de obra como mecanismo artificial da exoneração do empregador real dos ônus da

---

<sup>175</sup> DIEESE, *Terceirização*, p. 18.

<sup>176</sup> VITOR FILGUEIRAS, *Terceirização*, p. 4, nota 9.

<sup>177</sup> VITOR FILGUEIRAS, *Terceirização*, p. 4, nota 9.

<sup>178</sup> VITOR FILGUEIRAS, *Terceirização*, p. 7.

relação de trabalho, em face daquele, cujo labor lhe serve. “Em 1985, por exemplo, o estado de São Paulo registrou que, para cada grupo de 30 empresas de terceirização, havia um estabelecimento sem empregado formal. No ano de 2010, para cada grupo de 6 empresas, havia um estabelecimento sem empregado formal”<sup>179</sup>.

### **6.7. Da conclusão extraída dos critérios clássicos de interpretação constitucional**

Afinal, os métodos clássicos de interpretação levam à mesma conclusão obtida com atenção ao domínio normativo do trabalho: a impossibilidade de se admitir a terceirização na atividade-fim da empresa, sob pena de esvaziar o conceito de relação de emprego do art. 7º, I, da Constituição e de criar instituto jurídico avesso a diversas outras normas do sistema de 1988 e de sua inspiração teleológica.

De modo breve, as categorias mais modernas do domínio e do programa normativo e o cânone de Savigny mostram que a intermediação de mão de obra aberra da Constituição, por agredir-lhe o intento básico de compensação da disparidade estrutural entre empregado e empregador, que perpassa toda a estrutura do sistema constitucional vigente.

A proteção constitucional de direitos – especialmente dos sociais – é o mecanismo mais eficaz para minorar os efeitos do “fracasso da ordem jurídica privada”, no âmbito do trabalho, como efeito da evidência de que o “princípio da autonomia, informador do direito pri-

---

<sup>179</sup> POCHMANN, *Relações*, p. 13.



vado, não tem condições de garantir nenhuma solução adequada de conflitos, em casos de disparidades estruturais”<sup>180</sup>. Não por outra razão, o Tribunal Constitucional Federal alemão notou, em célebre decisão sobre fiança, haver hoje extensa convergência no sentido de que a liberdade contratual só opera como meio de obtenção de adequada composição de interesses, em relações de força equilibradas e que uma das tarefas principais do direito civil é a compensação da disparidade contratual<sup>181</sup>. O motivo está nessa passagem do julgado:

Acaso uma das partes contratuais tenha tal preponderância que o conteúdo do pacto seja determinado unilateralmente, isso gera para a contraparte contratual uma determinação alheia. [...]. Se se trata [...] de casos, nos quais se reconheça típica subordinação estrutural de uma das partes contratuais e cujas consequências contratuais sejam incomumente prejudiciais para a parte subordinada, a ordem civil deve reagir a tanto e permitir correções. Isso decorre da garantia da autonomia privada [...] e do princípio do Estado social<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> SCHUPPERT e BUMKE, *Konstitutionalisierung*, p. 21: “... ein Versagen der Privatrechtsordnung vorliegt, weil das die Privatrechtsordnung bestimmende Prinzip der Privatautonomie in Fällen von strukturellen Paritätsstörungen keine angemessene Lösung von Konflikten sicherzustellen vermag”.

<sup>181</sup> BVerfGE 89, 214 (233): “Heute besteht weitgehende Einigkeit darüber, daß die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und daß der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehört”. Não custa lembrar que a Alemanha não possui estatuto semelhante à CLT. Há regulação no âmbito do Código Civil e legislação trabalhista extravagante.

<sup>182</sup> BVerfGE 89, 214 (233): “Im Vertragsrecht ergibt sich der sachgerechte Interes-

Enquanto no direito comparado se impõem até ao clássico direito civil tarefas de minoração do desequilíbrio social das partes, com base em regulação constitucional escassa, como a preservação da autonomia da vontade da parte socialmente em situação de inferioridade, depara-se no Brasil com a necessidade de demonstração pormenorizada de que normas das mais variadas naturezas, que perpassam a Constituição de alto a baixo, impedem a interposição do instituto de direito civil, para burlar garantias consideradas individualmente e para ladear o sentido inequívoco resultante de seu conjunto. Apesar de poder invocar apenas a cláusula do Estado social de direito da Lei Fundamental em seu favor, Hesse entende que o recuo decisivo em relação aos institutos dessa modalidade de organização está constitucionalmente excluída<sup>183</sup>. Com maior razão isso é verdadeiro na ordem constitucional vigente, no que tange à vedação do emprego de instituto que, nos

---

senausgleich aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner. Beide binden sich und nehmen damit zugleich ihre individuelle Handlungsfreiheit wahr. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung (vgl. BVerfGE 81, 242 [255]). Allerdings kann die Rechtsordnung nicht für alle Situationen Vorsorge treffen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt ist. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit darf ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt oder korrigiert werden. Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muß die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG). [...]”.

<sup>183</sup> HESSE, *Grundzüge*, p. 82, n° 213.

planos real e conceitual, nulificam os direitos sociais brasileiros de plena densidade normativa.

Para encerrar esse tópico com o autor que lhe guiou o início, Häberle, o trabalho, em conjunto com a propriedade, está no centro da identidade do ser humano, do cidadão e da liberdade. Por isso, tem desdobramentos em vários domínios parciais da Constituição e em seu todo<sup>184</sup>. Decorre daí também que não se deve indagar de modo pontual pela normatização do direito ao trabalho, mas se deve ver o trabalho no contexto cultural com a dignidade humana, a liberdade e a propriedade<sup>185</sup>.

Todos os desdobramentos normativos anteriores que expelem a intermediação de trabalho em área-fim, no País, nada mais são do que concretizações do modo particular pelo qual a cultura brasileira, na Constituição de 1988, concretiza a ideia de dignidade da pessoa humana, em seu capítulo do trabalho: muito consciente de que desejava reestruturar uma das doze nações do mundo que pior distribuem sua riqueza<sup>186</sup>, a Assembleia Nacional Constituinte protegeu o trabalho em diversas partes, como emanações de maior densidade normativa advindas da fonte primordial da dignidade humana do art. 1º, III, da Constituição.

---

<sup>184</sup> HÄBERLE, *Verfassungslehre*, p. 867.

<sup>185</sup> HÄBERLE, *Verfassungslehre*, p. 868.

<sup>186</sup> Cf. a nota 139.

## 6.8. Dignidade humana

Esta exposição poderia – talvez até devesse – principiar pelas implicações jurídicas, na dignidade humana, da intermediação de mão de obra na atividade finalística das empresas. Mas só quem carece de familiaridade com o foro brasileiro do século XXI poderia inclinar-se por semelhante percurso dedutivo, conquanto tão legítimo, do ponto de vista teórico, quanto seu inverso.

A conveniência heurística do procedimento indutivo, de partir da demonstração da incompatibilidade da intermediação do trabalho finalístico com normas constitucionais de maior densidade normativa, para, depois, chegar ao art. 3º, III, da CR radica-se no “uso inflacionário”<sup>187</sup> do conceito da dignidade humana nas discussões forenses. A norma que a consagra passou a servir de pseudofundamento objetivo<sup>188</sup> de pretensões mais absurdas ou de suposto ponto de apoio de pretensões legítimas, embora dotadas de remota conexão com a norma referida. A banalização da dignidade humana, aqui e alhures, torna quase que obrigação argumentativa demonstrar que sua invocação não se encontra na vala comum das teses artificiais ou dos meros excessos retóricos<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> Cf., por todos no cenário alemão, com várias referências, SUCHOMEL, *Würde*, p. 15.

<sup>188</sup> Cf. SUCHOMEL, *Würde*, p. 17.

<sup>189</sup> Entre nós, por todos, o registro do abuso da invocação da dignidade humana no RE 363.889, rel. Min. DIAS TOFFOLI, com a transcrição da doutrina de JOÃO BAPTISTA VILLELA e ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, que o levou à necessidade similar à aqui sentida de exorcismar o emprego aligeirado da norma do art. 1º, III, da CR, antes de deduzir os motivos pelos quais naquele caso a reputava

Dois caminhos prestam-se à identificação das iniciativas idôneas nesse campo. Num primeiro momento, pode-se contar com as opiniões abalizadas a respeito da pertinência da dignidade humana com determinado domínio. Num estágio ulterior, impõe-se sobretudo demonstrar que a invocação dessa norma básica da ordem jurídica não se dá de modo “leviano”<sup>190</sup>, para designar o problema por seus termos exatos.

Parece evidente, logo de saída, que a relação de pertinência mencionada há de ser mais estreita do que a de ser a dignidade humana valor-fonte capaz de auxiliar a sistematização dos direitos fundamentais<sup>191</sup>, conquanto não de todos<sup>192</sup>. Embora ajustada ao propósito sistemático, tal nexos mostra-se ainda demasiado vago para o intuito de interesse aqui, sob pena de tornar a dignidade humana ubíqua na solução direta de causas em toda a extensão da ordem jurídica. Num similar nível genérico, a noção de dignidade humana, em si mesma tão problemática, pouco terá a contribuir para a solução de problemas concretos.

A dificuldade no emprego da norma brasileira da dignidade humana para a solução de casos está em que ela merece os mesmos adje-

---

correta . – Na Alemanha, veja-se a indicação de ISENSEE, *Menschenwürde*, p. 181, no sentido de que até certo momento a jurisprudência também evitou a solução de casos por meio da dignidade humana para não a banalizar, preferindo resolver os problemas com apego aos próprios direitos fundamentais.

<sup>190</sup> Cf. SUCHOMEL, *Würde*, p. 17.

<sup>191</sup> ANDRADE, *Direitos*, p. 85.

<sup>192</sup> PIEROTH e SCHLINK, *Grundrechte*, p. 74, n. 320.

tivos com os quais Isensee qualificou a regra alemã que lhe serviu de paradigma – “lapidar, festiva e arcana”<sup>193</sup>.

Um dos vários critérios cogitados na jurisprudência nacional e na comparada para operar com a difícil noção de dignidade humana tem sido aquilo que se chamou de “fórmula do objeto”. Ela tem como vantagens o fornecimento de, ao menos, uma direção para aferir eventual afronta àquela ideia<sup>194</sup>, e se liga ao antecedente imediato dos textos constitucionais contemporâneo – a filosofia de Kant, notadamente na transposição jurídica do início da vigência da Lei Fundamental de Bonn. A dificuldade da fórmula kantiana, decorrente de sua escassa aptidão subsuntiva<sup>195</sup>, é amenizada por seu emprego como critério negativo, ou seja, de exclusão de atos incompatíveis com a dignida-

---

<sup>193</sup> ISENSEE, *Menschenwürde*, p. 173, embora registre, p. 178, que a fórmula surgiu pela primeira vez no preâmbulo da Constituição da Irlanda, de 1937: “And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations”.

<sup>194</sup> A respeito de seu emprego como orientação geral da jurisprudência, cf. ENDERS, *Menschenwürde*, p. 157; e PIEROTH e SCHLINK, *Grundrechte*, p. 86, n. 374 e segs.

<sup>195</sup> ISENSEE, *Menschenwürde*, p. 184-185. Essa dificuldade de técnica jurídica reflete o problema de conteúdo subjacente, apontado por ISENSEE, p. 179-180: a sociedade democrática procura escapar da fuga de seu ínsito relativismo, sem poder almejar refúgio na transcendência. Num mundo onde tudo flui, inclusive valores, normas e sua interpretação, a dignidade humana oferece o chão seguro sobre o qual ela erguerá o edifício da liberdade.

de<sup>196</sup>, ao invés de dela se esperar a delimitação definitiva do tema, que tende, aliás, à tautologia<sup>197</sup>.

Já são muitos os exemplos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de emprego da fórmula kantiana, na tentativa de determinar o sentido da norma brasileira da dignidade humana. Seguindo a orientação desse Tribunal e também do direito comparado, relaciona-se adiante sobre as implicações da dignidade humana na intermediação de mão de obra com o auxílio daquela fórmula.

Diversos acórdãos relatados pelo Min. Gilmar Mendes empregaram a fórmula de Kant por intermédio de Dürig: “a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva e fere o princípio da dignidade humana”<sup>198</sup>. Após reproduzir a passagem clássica de Kant a respeito do ser humano como fim em si mesmo, o Relator do caso dos fetos anencefálicos, Min. Marco Aurélio, rejeitou um dos argumentos declinados em prol de sua preservação, “por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade. [...]. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à dignidade huma-

---

<sup>196</sup> PIEROTH e SCHLINK, *Grundrechte*, p. 86, nº 373, e ISENSEE, *Menschenwürde*, p. 213, por exemplo.

<sup>197</sup> ISENSEE, *Menschenwürde*, p. 213.

<sup>198</sup> HCs 105.908, 113.385, 113.383, 111.482, 111.97, 107.664, 91.867, 91.657, 91.524, 91.514, 91.513, 91.414, 91.386, 91.121, 89.741, 89.176, 89.105, 87.768, 87.111, 86.395, 86.000, 85.500, 85.294, RE 515.427 e Extradicação 986

na”<sup>199</sup>. A expressa referência a Kant pode ser lida em passagem de julgado do Relator, Min. Luiz Fux:

Vivemos a era neokantiana. Ainda no Século XVIII, Immanuel Kant nos ensinava que, independente de nossas crenças religiosas, é uma exigência da racionalidade reconhecer que o ser humano não tem preço; tem dignidade, e que não é possível fazer dele meio para a consecução do que quer que seja. É a sobrepujança do ser sobre o ter. A cada dia essa lição, cravada no art. 1º, III, da Carta de outubro, nos revela novas nuances, em um aprendizado peregrino<sup>200</sup>.

Há consenso a respeito da necessidade de a dignidade humana ser protegida não apenas dos ataques partidos do Estado, mas também dos originados nos demais fatores reais de poder da sociedade, em especial do econômico. Exemplo superlativo, entre tantos, encontra-se em Häberle:

A vinculação social” da propriedade de pessoas privadas [...] normatiza o contra-princípio em todas as facetas de uma *solidariedade entre concidadãos* com o economicamente mais fraco (o inquilino ou o empregado), para cuja manutenção o Estado adquiriu competência: porque se trata da proteção à dignidade humana. O ser humano não pode ser degradado a mero fator econômico<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> ADPF 54.

<sup>200</sup> Voto vogal na ADC 19, sobre a validade da Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha.

<sup>201</sup> HÄBERLE, *Menschenbild*, p. 68; e ISENSEE, *Menschenwürde*, p. 213.



*Isensee* alerta para o cuidado a se ter no uso da fórmula do objeto no campo do emprego<sup>202</sup>. Muito embora eleve o ser humano acima de sua existência física, a dignidade não o desprende de condicionantes naturais, necessidades e riscos. Logo, o trabalho, como tal, não ofende a dignidade, embora uma contradição dessa natureza possa subjazer às relações, sob as quais o trabalho é prestado. Por isso, a correlação geral entre a dignidade humana e sua proteção, por meio dos institutos do direito social, notadamente o do trabalho, deve ser objeto de maior grau de determinação.

Em virtude da capacidade de renovadamente apresentar novas facetas do tema, parece adequado voltar ao fundamento mais próximo da dignidade humana<sup>203</sup> – a passagem clássica de Kant:

Os seres, cuja existência não repousa em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, quando irracionais, apenas um valor relativo, como meio, e se chamam, por isso, coisas, ao contrário dos seres racionais, denominados de pessoas, porque sua natureza já as distinguiu como fins em si mesmo, isto é, como algo que não pode ser usado meramente como meio, e assim limita todo o arbítrio (e é objeto de respeito)<sup>204</sup>.

Certamente menos conhecido, embora de grande importância para o caso, é o trecho do filósofo, poucas páginas adiante da mencio-

---

<sup>202</sup> ISENSEE, *Menschenwürde*, p. 216.

<sup>203</sup> Para a origem do conceito de dignidade humana nos canonistas do Século XII, notadamente em ALEXANDRE DE HALES, cf. o notável estudo de KOBUSCH, *Person*, p. 23 e segs.

<sup>204</sup> KANT, *Grundlegung*, p. 60 = BA, p. 65.

nada. No mundo dos fins, tudo tem um preço ou dignidade<sup>205</sup>. O que se refere às inclinações e necessidades humanas tem “preço de mercado”; o que está de acordo \gostos, mesmo os desprovidos de utilidade, tem valor afetivo; “mas aquilo que satisfaz a condição, sob a qual unicamente algo pode ter um fim em si mesmo, não tem um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor ínsito, isto é, dignidade”<sup>206</sup>. Esta advém da capacidade humana para julgamentos morais:

Ora, moralidade é a condição sob a qual unicamente um ser racional pode ser um fim em si mesmo, pois somente por meio dela ele se pode tornar um membro legislativo no reino dos fins. A moralidade, e a humanidade na medida em que dela capaz, é só aquilo que tem dignidade. Habilidade e aplicação no trabalho têm um valor de mercado; espirosidade, imaginação vivaz e humor têm valor afetivo; ao contrário, fidelidade a promessas e benevolência por princípio (e não por instinto) têm valor ínsito<sup>207</sup>.

O trecho reproduzido é fundamental para a solução do problema aqui posto, por distinguir com nitidez os aspectos do trabalho. Os produtos materiais ou imateriais da destreza, do rendimento, da qua-

---

<sup>205</sup> KANT, *Grundlegung*, p. 68 = BA, p. 78: “... das aber, was die Bedingung ausmacht, unter der allein etwas Zweck an sich selbst sein kann, hat nicht bloß einen relativen Wert, d. i. einen Preis, sondern einen innern Wert, d. i. Würde”.

<sup>206</sup> KANT, *Grundlegung*, p. 68 = BA, p. 78.

<sup>207</sup> KANT, *Grundlegung*, p. 68 = BA, p. 78: “Nun ist Moralität die Bedingung, unter der allein ein vernünftiges Wesen Zweck an sich selbst sein kann. Also ist Sittlichkeit und die Menschheit, sofern sie derselben fähig ist, dasjenige, was allein Würde hat. Geschicklichkeit und Fleiß im Arbeiten haben einen Marktpreis; dagegen Treue im Versprechen, Wohlwollen aus Grundsätzen (nicht aus Instinkt) haben einen inneren Wert”.

lidade do trabalho se quantificam, por meio de preços. Já o mesmo não pode ocorrer com a própria pessoa do trabalhador, porque aqui já não se lida com aspectos materiais decorrentes de sua atividade, mas com a própria pessoa. Esta não tem preço, mas dignidade, que se “coloca infinitamente acima de todos os preços, com a qual não podem competir ou comparar, sem simultaneamente agredir sua santidade”<sup>208</sup>.

Ocorre que a intermediação de mão de obra é a transposição da ideia de preço do trabalho para as pessoas. O empregado – e não o trabalho que satisfaz uma necessidade de seu contratante – passa a ser visto apenas como fator de produção para o empreendimento de terceiro e, assim, sofre o processo de reificação: uma contradição em termos.

Retorne-se ao trecho de Kant menos citado. Se a qualidade do trabalho, por ser desdobramento de serviço prestado, pode ter preço no mercado, porque se cuida da satisfação de necessidade material, a responsabilidade que liga o empregador e a pessoa que lhe supre deficiência, por pertencer ao âmbito da moralidade, não o tem, porque já se trata de respeitar a dignidade do operário. Pertence à esfera do direito constitucional positivo que o beneficiário do serviço veja no trabalhador outra pessoa, igual a si mesmo, em cujo favor tem obrigações diretas a satisfazer.

---

<sup>208</sup> KANT, *Grundlegung*, p. 68 = BA, p. 79: “Diese Schätzung gibt also den Wert einer solchen Denkungsart als Würde zu erkennen, und setzt sie über allen Preis unendlich weg, mit dem sie gar nicht in Anschlag und Vergleichung gebracht werden kann, ohne sie gleichsam an der Heiligkeit derselben zu vergreifen”.

“É certo que ao se cogitar do direito à vida digna, não se há mais de projetar apenas o homem em sua dimensão individual, mas também a pessoa em sua condição social, em sua relação de alteridade e de responsabilidade com o outro”, sintetiza Cármen Lúcia Rocha<sup>209</sup>. Por essa razão, o direito contemporâneo reelaborou a relação de emprego com a “deslocação definitiva do âmago do vínculo laboral do binômio de troca entre duas prestações patrimoniais (o trabalho e a remuneração) para o binômio pessoal dever de lealdade – dever de assistência”<sup>210</sup>. O imperativo da dignidade humana obsta a que o empregador real se desvencilhe do empregado, como se coisa fosse e em face do qual não tem obrigações, pela interposição de empresa na relação jurídica verdadeira.

Aplica-se aqui a vedação da fórmula jurídica do objeto, devida originalmente a Wintrich<sup>211</sup>, embora notabilizada no clássico comentário de Dürig: “... o ser humano [...] não deve ser degradado a mero instrumento ou a objeto desprovido de direitos de um processo”. Mais recentemente, Starck expressa a ideia com expressão afeita ao imaginário do trabalho, ao sublinhar que o ser humano não pode “ficar ao in-

---

<sup>209</sup> CÁMEN LÚCIA, *Vida*, p. 43.

<sup>210</sup> MARIA RAMALHO, cf. a nota 113.

<sup>211</sup> WINTRICH, In: *Festschrift für Herrn Geheimrat Professor Dr. Wilhelm Laforet anlässlich seines 75. Geburtstages*, 1952, p. 235, apud BODE, *Ermittlungsmassnahmen*, p. 148, nota 216: “Da die Gemeinschaft sich aus freien eigenständigen Personen aufbaut, die durch ihr Zusammenwirken das Gemeinschaftsgut verwirklichen, muß aber der Mensch auch in der Gemeinschaft und ihrer Rechtsordnung immer ‘Zweck an sich selbst’ (Kant) bleiben, darf er nie zum bloßen Mittel eines Kollektivs, zum bloßen Werkzeug oder zum rechtlosen Objekt eines Verfahrens herabgewürdigt werden”.

teiro dispor de outro, ou ser tratado como número de coletividade ou engrenagem de mecanismo, que assim o prive de toda existência psíquico-moral ou até física”<sup>212</sup>.

Tal a clareza da impossibilidade da vedação de se transformarem pessoas em instrumentos do empreendimento alheio, que a Convenção da Filadélfia, de 1944, proclama como primeiro fundamento da OIT: “o trabalho não é mercadoria”. Pessoas não são degradáveis à condição de fatores de produção de projetos econômicos alheios, porque a norma constitucional protetora da dignidade humana converte o atributo abstrato humano de sujeito em capacidade jurídica de ser sujeito de direitos ou em “direito a ter direitos”<sup>213</sup>, fórmula hoje também incorporada em julgados do STF relatados pelo Min. Celso de Mello – “direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades - direito essencial que assiste a qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e de que tudo necessitam”<sup>214</sup>.

Muito antes de a dignidade humana se ter tornado moda forense, o Min. Marco Aurélio, ainda no TST, a invocou como fundamento do acórdão originador da Súmula 331. Após ter reproduzido o art. 160 da

---

<sup>212</sup> STARCK, apud HÄRTEL, *Gendiagnostik*, p. 231: “... unter vollständiger Verfügung eines anderen steht, als Nummer eines Kollektives, als Rädchen im Räderwerk behandelt werden und das ihm damit jede eingene geistigmoralische oder gar physische Existenz genommen wird”.

<sup>213</sup> ENDERS, *Menschenwürde*, p. 501-502, com assentimento de ISENSEE, *Menschenwürde*, p. 217.

<sup>214</sup> ADI 2.903, rel. Min. CELSO DE MELLO.

Carta de 1969, onde prevista a valorização de dignidade humana, aquele magistrado disse:

A relação jurídica mantida entre locadora de serviços e o contratado tem as características do arrendamento, locação ou aluguel de força de trabalho e reveste-se de ilicitude, pois os *homens* não podem ser objeto – ainda que velado deste tipo de contrato, mas somente as *coisas*.

A legislação trabalhista veio exatamente em socorro do empregado, quanto a este tipo de ajuste e há quase meio século. De cunho eminentemente social, congrega direitos básicos, que visam evitar enriquecimento sem causa, à custa daquele que, por ironia, já é o hipossuficiente na relação jurídica. Este objetivo fica ameaçado pela possibilidade de contratação de mão de obra permanente, por intermédio de locadoras, cujo lucro, ninguém em sã consciência pode negar, resulta da diferença entre o que recebem da empresa-cliente e o salário que pagam ao empregado.

[...]. O contratante da mão de obra, neste caso, consegue o fim intentado – realização do trabalho – sem sujeitar-se às responsabilidades da relação empregatícia – estabelecidas na CLT<sup>215</sup>.

Especialmente hoje, nos quadros da chamada globalização, tende-se a ver “ser humano como titular de função, instrumento intercambiável segundo oferta e procura”<sup>216</sup>. O sujeito com força determi-

---

<sup>215</sup> TST RR 3.443/84.

<sup>216</sup> BÖCKENFÖRDE, *Menschenbild*, p. 217: “Der einzelne Mensch erscheint in ihm statt als Freiheitssubjekt als Funktionsträger, nach Bedarf und Anforderung auswechselbares Werkzeug”.

nante nesse cenário passa a ser o próprio sistema, dirigido pela racionalidade econômica e orientado pelo ciclo produtivo crescentemente globalizado e pelos critérios do capital e do lucro<sup>217</sup>. No plano nacional, os economistas falam sem constrangimento em “capital humano”<sup>218</sup>. Daí a conclusão lapidar de Böckenförde:

Isso mostra quem, como e sob o que se subsume. O valor e a aplicabilidade dos seres humanos são ligados à sua utilidade, à sua contribuição para a produtividade, lucratividade e competitividade; como capital humano, devem ser baratos, flexíveis, na última moda e recicláveis; como pessoa, nem aparecem no campo de visão”<sup>219</sup>.

Os contratos de intermediação de trabalhadores na área-fim das empresas tomadoras dos serviços nada mais são do que expedientes, por cujo meio uma pessoa jurídica oferece pessoas, sob a forma de unidades de trabalho, um número na força coletiva e anônima de labor posta à inteira disposição de outra empresa para a consecução das finalidades para as quais criada. Os trabalhadores convertem-se em peças das engrenagens de direito civil a unir duas empresas, que os negociam como o chamado “capital humano”.

---

<sup>217</sup> BÖCKENFÖRDE, *Menschenbild*, p. 217.

<sup>218</sup> BÖCKENFÖRDE, *Menschenbild*, p. 217.

<sup>219</sup> BÖCKENFÖRDE, *Menschenbild*, p. 217: “Das zeigt an, wer, wie und worunter subsumiert wird. Der Wert und die Verwendbarkeit der Menschen ist an ihrer Nützlichkeit, ihrem Beitrag zum Produktivität, Profitabilität und Wettbewerbsfähigkeit gebunden; als Humankapital müssen sie billig, flexibel, ständig auf der Höhe der Zeit und rezyklierbar sein, als Person kommen sie nicht ins Blickfeld”.

Ora trabalham num ambiente empresarial, ora noutro; desenraizados por natureza, são movidos com um mero gesto daqui para ali; não integram nenhuma categoria das empresas por onde passam, nem mantêm laços de solidariedade com os demais operários, nessa constante peregrinação laboral; ganham menos do que seus colegas contratados diretamente; trabalham em jornadas maiores; realizam os trabalhos mais penosos e os mais perigosos, motivo pelo qual sua mortalidade é mais elevada; por fim, seu ciclo de trabalho, mesmo na empresa prestadora de serviço, é efêmero. Isso é reificação de pessoas, tornadas objeto de ajustes alheios e, portanto, aberram do art. 1º, III, da Constituição.

Explica-se, assim, por que são necessárias “fortes cautelas constitucionais” com o trabalho: do contrário sua compatibilidade abstrata com a dignidade humana é eliminada pelas condições concretas nas quais prestado<sup>220</sup>.

Antes que se diga que o contrato de intermediação entre a empresa tomadora de serviço e o trabalhador supre materialmente o déficit ético e jurídico apontado, recorde-se que a dignidade obriga também a respeito consigo mesmo. Por ser inalienável e indeclinável, representa limite à autonomia privada<sup>221</sup>. É o que se lê em voto do Relator Luiz Fux:

Analisando a filosofia de Kant, Michael Sandel ensina que alguns preceitos básicos de justiça, como a igualdade, se utilizados indis-

---

<sup>220</sup> ISENSEE, *Menschenwürde*, p. 215.

<sup>221</sup> ISENSEE, *Menschenwürde*, p. 217.



criminosamente, podem conduzir à barbárie e à ruína da dignidade humana. Nas suas palavras: “a ideia de que somos donos de nós mesmos, se aplicada de maneira radical, tem implicações que apenas um libertário convicto poderia apoiar; um Estado mínimo, o que exclui a maioria das medidas para diminuir a desigualdade e promover o bem comum; e uma celebração tão completa do consentimento que permita ao ser humano infligir afrontas à própria dignidade”<sup>222</sup>.

Além de não se sustentar diante do critério jurídico apontado, a pesquisa empírica mostrou que a inserção das empresas prestadoras de serviços finalísticos não passa de mera formalidade, em número demasiado alto de casos: o contrato formal é mera forma. A intermediação de mão de obra promove a ligação jurídica de trabalhador com empresas terceirizadas cronicamente insolventes, quando não estiola a relação em camadas de quartas e sucessivas empresas de ainda menor capacidade de honrar os compromissos de que as tomadoras são artificialmente exoneradas.

#### **6.9. Da formação direta do vínculo entre verdadeiros empregador e empregado como decorrência evidente da fraude ao rol de direitos sociais**

Em rigor, a intermediação de mão de obra da atividade-fim das empresas é tradicional figura de contrafação do direito, para qual se conhecem remédios igualmente antigos, aperfeiçoados ao longo dos séculos.

---

<sup>222</sup> Voto vogal na ADC 19.

Trata-se da velha fraude à lei, já conhecida no direito romano, na definição de Paulo: “*contra legem facit, qui id quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*”<sup>223</sup>. Por meio da prática de ato em princípio lícito, obtêm-se os efeitos equivalentes aos de comportamento que norma imperativa considera ilícitos<sup>224</sup>.

Desde a Antiguidade, o direito romano articulou diversas formas de combate à fraude, entre cujos figurinos mais corriqueiros estava a pessoa interposta entre o credor ou o devedor de obrigações variadas<sup>225</sup>.

Nos tempos mais recuados, o predomínio da interpretação literal produziu fatos cômicos, como a indicação na Lei Rubria de que os nomes das partes e o local de determinada fórmula processual nela inseridos não poderiam ser usados por outras pessoas, exceto se correspondessem à realidade<sup>226</sup>.

Em seu esplendor, contudo, o direito romano, aprimorou os mecanismos de combate à fraude. Já a *Constitutio Theodosiana*, de 429 d. C., estabeleceu diretiva vigente até hoje: “as palavras da lei podem não cominar a nulidade para o ato que ostensiva ou ocultamente a viola,

---

<sup>223</sup> *Digesto*, I, 3, 29.

<sup>224</sup> CHAMOUN, *Fraude*: “a fraude à lei, que melhor se denominaria de fraude à norma jurídica, pode, assim, ser concebida como uma espécie de violação da norma jurídica consistente na utilização de um ato jurídico ou de um complexo de atos jurídicos, os quais, em si, são, em princípio, perfeitamente lícitos, mas atingem efeitos jurídicos pelo menos praticamente equivalentes a determinados efeitos que uma norma imperativa considera ilícitos”.

<sup>225</sup> BENECKE, *Gesetzumgehung*, p. 9.

<sup>226</sup> *Lex Rubria*, XX, 47.

todavia tal sanção deve sempre considerar-se implícita no preceito jurídico”<sup>227</sup>.

Contemporaneamente, sabe-se que a consequência jurídica da fraude à lei consiste na chamada “equiparação”, ou seja, na imputação ao negócio jurídico que visa contornar a lei as consequências da norma proibitiva<sup>228</sup>.

Portanto, a interposição de falso empregador entre o trabalhador em atividade finalística de empresa e quem tem suas necessidades supridas pelo operário é a reedição de espécie de fraude, que o direito, desde o séc. v d. C., combate com o meio adequado, isto é, a invalidade do ato, à qual a doutrina moderna agregou a equiparação aos efeitos do ato vedado. Assim, a ilicitude do ato gera para seus partícipes o mesmo efeito imposto pela ordem jurídica à transgressão direta da norma imperativa. No caso, a relação de emprego estabelece-se entre seus verdadeiros titulares.

A mesma diretiva se colhe em texto de *João Mangabeira*, dotado de iguais acuidade e humor:

Não basta para burlar a Constituição fazer-se o uso de nome falso. Porque se a lei, ou a autoridade policial, estabelecesse que se poderia ‘compulsoriamente’ convidar e levar alguém a repousar ou veranejar num presídio, com a tabuleta ‘clínica de repouso’ ou ‘estação balneária’, ninguém se deixaria lograr por esse embuste e não

---

<sup>227</sup> CHAMOUN, *Fraude*, p. 34.

<sup>228</sup> BENECKE, *Gesetzumgehung*, p. 97.

haveria juiz que não acudisse ao preso com a garantia do ‘habeas corpus’.

Se o assaltante que, sob ameaça, obriga sua vítima a entregar-lhe a bolsa declarasse à Polícia que não se tratava de um assalto mas de uma ‘doação compulsória’, nem por isso ela deixaria de prendê-lo e a Justiça de processá-lo e condená-lo<sup>229</sup>.

### **7. Da conclusão**

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Brasília, 6 de novembro de 2014.

Odim Brandão Ferreira  
Subprocurador-Geral da República

**Aprovo:**

**Rodrigo Janot Monteiro de Barros**  
**Procurador-Geral da República**

---

<sup>229</sup> MANGABEIRA, *Empréstimo*, p. 310-311.

## 8. Bibliografia

- ALLEWELDT, Ralf. *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit*. 1. Aufl. Tübingen: Mohr, 2006. Modo de citação: Bundesverfassungsgericht.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994. Modo de citação: *Theorie*.
- \_\_\_\_\_. *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. In: IPSEN, Jörn [Red.]. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer – Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. Bis 6. Oktober 2001*, Berlin: De Gruyter, 2002, v. 61, p. 7-33. Modo de citação: VVDStRL 2002.
- ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, M. E.. *Derecho del trabajo*. 25. ed., Madrid: Thomson Civitas, 2008. Modo de citação: *Derecho*.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao direito do trabalho*. Porto Alegre: Sulina, 1969.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. Modo de citação: *Direitos*.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Limites constitucionais à edição de Súmula por Tribunal Superior. Análise da Súmula 331, I, do TST: Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 7, p. 456-480. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 30 out. 2014. Modo de citação: *Súmula*.
- BENECKE, Martina. *Gesetzumgehung im Zivilrecht*. Tübingen: Mohr, 2004. Modo de citação: *Gesetzumgehung*.
- BERNARDES, Hugo Gueiros. *Direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1989, v. 1. Modo de citação: *Direito*.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Vom Wandel des Menschenbildes im Recht. In: GERDA HENKEL STIFTUNG [Hrsg]. *Das Bild des Menschen in den Wissenschaften*. 1. Aufl. Münster: Rhema, 2002. p. 193-224. Modo de citação: *Menschenbild*.
- BODE, Thomas A. *Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen*. Heidelberg: Springer, 2012. Modo de citação: *Ermittlungsmaßnahmen*.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén. *Introducción al derecho del trabajo*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2005. Modo de citação: *Introducción*.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Comunicado do IPEA n. 155: A década inclusiva (2001-2011): desigualdade, pobreza e políticas de renda*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15611](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=15611)>. Acesso em: 30 out 2014. Modo de citação: *Comunicado IPEA n. 155*.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. Modo de citação: *Direito Constitucional*.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. 1. Modo de citação: *Constituição Anotada*.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2010. Modo de citação: *Formas*.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. Modo de citação: *Devido Processo*.
- CHAMOUN, Ebert. *A fraude à lei no direito romano*. Tese de concurso para o provimento da cadeira de direito romano da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, 1955. Modo de citação: *Fraude*.

- COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. 2. ed., São Paulo: Mestre Jou, 1978. Modo de citação: *Lógica*.
- DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho*. 2. ed., Rio de Janeiro; José Olympio; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Modo de citação: *Trabalho*.
- DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1. ed., São Paulo: LTr, 2014. Modo de citação: *Limites*.
- \_\_\_\_\_. *Terceirização: Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. Modo de citação: *Paradoxo*.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999. Modo de citação: *Introdução*.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS; CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. *Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha*. Setembro de 2011. Disponível em: <[www.cut.org.br](http://www.cut.org.br)>. Acesso em: 30 out. 2014. Modo de citação: *Terceirização*.
- ENDERS, Christoph. *Die Menschenwürde in der verfassungsordnung*. Tübingen: Mabr, 1997. Modo de citação: *Menschenwurde*.
- ENGELMANN, Bernd. *Wir Untertanen: Ein Deutsches Geschichtsbuch*. 3. Aufl. Göttingen: Steidl Verlag, 1995. Modo de citação: *Untertanen*.
- FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des Rechts*. 1. Aufl. Tübingen: Mohr, 1977. v. 4. Modo de citação: *Methoden*.
- FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <[www.trabalho-constituicao-cidadania-blogspot.com.br](http://www.trabalho-constituicao-cidadania-blogspot.com.br)>. Acesso em 30 out 2014 [Grupo de pesquisa vinculado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília]. Modo de citação: *Terceirização*.

- HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1998. Modo de citação: *Verfassungslehre*.
- \_\_\_\_\_. *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. Modo de citação: *Menschenbild*.
- HÄRTEL, Ines. *Durch Gendiagnostik zum gläsernen Menschen? – Freiheitsrechte in neuer Bewährung*. In: GROTE, Rainer. *Die Ordnung der Freiheit*. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag. Tübingen: Mohr, 2007. p. 227-244. Modo de citação: *Gendiagnostik*.
- HERMES, Georg. *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. In: IPSEN, Jörn [Red.]. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer – Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. Bis 6. Oktober 2001*, Berlin: De Gruyter, 2002. v. 61, p. 119-154. Modo de citação: *VVDStRL 2002*.
- HERZOG, Roman. *Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention*. *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 1961, v. 86, p. 194-237. Modo de citação: *AöR 86*.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 15. Aufl. Heidelberg: C F Müller Juristischer Verlag, 1985. Modo de citação: *Grundzüge*.
- HORTA, Raul Machado. *Constituição, direitos sociais e normas programáticas*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.*, ed. 4, 1998, Disponível em: <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/1998/04/-sumario?next=2](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/04/-sumario?next=2)>. Acesso em 30 out 2014. Modo de citação: *Constituição*.



- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Modo de citação: *Dicionário*.
- ISENSEE, Josef. Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2006, v. 131, p. 173-218. Modo de citação: *Menschenwürde*.
- JESTAEDT, Matthias. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. In: *Das Deutsche Verwaltungsblatt*. 2001, Ausgabe 17, p. 1309-1322. Modo de citação: DVBl.
- KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. In: \_\_\_\_\_. *Werkeausgabe*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, v. 7. Modo de citação: *Grundlegung*.
- KAUFMANN, Erich. *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*. München: Beck, 1999. Modo de citação: *Rechtsgewinnung*.
- KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (1929: Wien). Berlin: Walter De Gruyter, 1929. Heft 5, p. 30-123. Modo de citação: *VVDStRL 1929*.
- KIRCHHOF, Paul. *Rechtsquellen und Grundgesetz*. In: STARCK, Christian [Hrsg.]. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976. v. 2, p. 50-107. Modo de citação: *Rechtsquellen*.
- KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr, 2010. Modo de citação: *Spielräume*.

- KOBUSCH, Theo. *Die Entdeckung der Person: Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild*. 2. Aufl. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft – WBG, 1997. Modo de citação: *Person*.
- LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. München: Beck, 1977. Modo de citação: *Allgemeiner Teil*.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. vol. 2. p. 279-300. Modo de citação: *Súmula*.
- \_\_\_\_\_. Atualidade do Supremo Tribunal. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, vol. 2., p. 37-44. Modo de citação: *Atualidade*.
- LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Raphael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2013. Modo de citação: *Gênese*.
- MANGABEIRA, João. Empréstimo compulsório é tributo e deve obedecer ao regime tributário. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT. v. 1, p. 309-311, 1972. Modo de citação: *Empréstimo*.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I. Modo de citação: *Comentários*.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Direito do trabalho: páginas de história e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 1982. Modo de citação: *Trabalho*.
- MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. Modo de citação: *Methodik*.
- \_\_\_\_\_. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. Modo de citação: *Rechtslehre*.

- OTTO, Hansjörg. *Arbeitsrecht*. 4. Aufl., Berlin: De Gruyter, 2008. Modo de citação: *Arbeitsrecht*.
- PÉLISSER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail*. 21. éd. Paris: Dalloz, 2002. Modo de citação: *Droit*.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 26. Aufl. Heidelberg: Müller, 2010. Modo de citação: *Grundrechte*.
- POCHMANN, Marcio. *As relações do trabalho terceirizado*. Disponível em: <www.sindeepres.org.br>. Acesso em 30 out 2014. Modo de citação: *Relações*.
- \_\_\_\_\_. *Trajetória da terceirização*, Disponível em: <www.sindeepres.org.br>. Acesso em 30 out 2014. Modo de citação: *Trajetória*.
- RADBRUCH, Gustav. *Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien*. In: \_\_\_\_\_. *Elegantiae Juris Criminalis*. 2. Aufl. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1950. p. 1-12. Modo de citação: *Ursprung*.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2000. Modo de citação: *Autonomia*.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Vida digna: direito, ética e ciência*. In: \_\_\_\_\_. [Coord.]. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-174. Modo de citação: *Vida*.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo. *La fragmentación del trabajo por cuenta ajena*. In: JULIÁ, Jordi Agustí; BELTRÁN, Núria Pumar [Coord.]. *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*. Editorial Bomarzo, 2009. p. 11-37. Modo de citação: *Fragmentación*.
- ROTH, Herbert. *Die “Schumannsche Formel” und das fehlerhafte Zivilurteil*. In: \_\_\_\_\_. [Hrsg.]. *Symposium “50 Jahre Schumannsche For-*

mel”. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2014, 19-27. Modo de citação: Formel.

RÜTHERS, Bernd. *Arbeitsrecht*. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 2007, p. 14, nº 49. Modo de citação: *Arbeitsrecht*.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: CF Müller, 2006. Band 2., p. 993-1029. Modo de citação: *Grundrechte*.

SCHUMANN, Ekkehard. *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1963. Modo de citação: *Verfassungsbeschwerde*.

\_\_\_\_\_. Zur Entstehung der Formel. In: Roth, Herbert [Hrsg.]. *Symposium “50 Jahre Schumannsche Formel”*. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2014, 49-87. Modo de citação: *Formel*.

SCHUPPERT, Gunnar Folke; BUMKE, Christian. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2000. Modo de citação: *Konstitutionalisierung*.

STARCK, Christian. Die Bedeutung der Schumannischen Formel für Rechtssysteme mit Urteilverfassungsbeschwerde. In: ROTH, Herbert [Hrsg.]. *Symposium “50 Jahre Schumannsche Formel”*. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2014, 29-47. Modo de citação: *Formel*.

STÖRRING, Lars Peter. *Das Untermaßverbot in der Diskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. Modo de citação: *Untermaßverbot*.

SUCHOMEL, Jan-Ulf. *Partielle Disponibilität der Würde des Menschen*. 1. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. Modo de citação: *Würde*.

SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. 1. éd. Quadrigue, Paris: Presses Universitaires de France, 1994. Modo de citação: *Critique*.

WILLOWEIT, Dietmar. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. 5. Aufl. München: Beck, 2005. Modo de citação: *Verfassungsgeschichte*.

ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*. 3. Aufl. München: Beck, 2006. Modo de citação: *Verfassungsbeschwerde*.