

**Prestação de Serviços a
Terceiros e Figuras Associadas:
análise face à nova regulamentação**

CONAFRET

Coordenadoria Nacional de Combate às
Fraudes nas Relações de Trabalho - MPT

Paulo Joarês Vieira (Coordenador Nacional)
Vanessa Patriota da Fonseca (Vice-Coordenadora Nacional)

Geraldo Emediato de Souza
Gláucio Araujo de Oliveira
Helder Santos Amorim
Lorena Vasconcelos Porto
Paulo Joarês Vieira
Rodrigo de Lacerda Carelli
Tadeu Henrique Lopes da Cunha
Vanessa Patriota da Fonseca

2017
Gráfica Movimento

P936 Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas : análise face à nova regulamentação / Geraldo Emediato de Souza ... [et al.]. — Brasília : Gráfica Movimento, 2017.
164 p. ; 22 cm.

Coautores: Gláucio Araujo de Oliveira, Helder Santos Amorim, Lorena Vasconcelos Porto, Paulo Joarês Vieira, Rodrigo de Lacerda Carelli, Tadeu Henrique Lopes da Cunha, Vanessa Patriota da Fonseca.

ISBN 978-85-66507-16-4.

1. Terceirização. 2. Reforma Trabalhista. 3. Contrato – Prestação de serviço. 4. Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (1943). I. Souza, Geraldo Emediato. II. Título.

CDU 331.106.28 (81)

Ficha catalográfica elaborada por Miguel Ângelo Bueno Portela. CRB 1 – 2756.

CONAFRET - COORDENADORIA NACIONAL DE COMBATE ÀS FRAUDES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

APRESENTAÇÃO

O presente estudo é fruto de reflexões do GRUPO DE ESTUDOS DA TERCEIRIZAÇÃO instituído pela Portaria PGT nº 1677/2017, no âmbito da CONAFRET, com o objetivo de elaborar estudo sobre o impacto das normas introduzidas pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017 em relação às matérias de atribuição da coordenadoria, assim como de eventual decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em tramitação, questionando a terceirização de atividade-fim.

O trabalho foi realizado pelos integrantes do GE TERCEIRIZAÇÃO em conjunto com os Coordenadores Nacionais da CONAFRET:

Geraldo Emediato de Souza, PRT da 3ª Região

Gláucio Araujo de Oliveira, PRT da 9ª Região

Helder Santos Amorim, PRT da 3ª Região

Lorena Vasconcelos Porto, PRT da 2ª Região

Paulo Joarês Vieira, PRT 4ª Região (Coordenador da CONAFRET)

Rodrigo de Lacerda Carelli - PRT 1ª Região (Coordenador do GE)

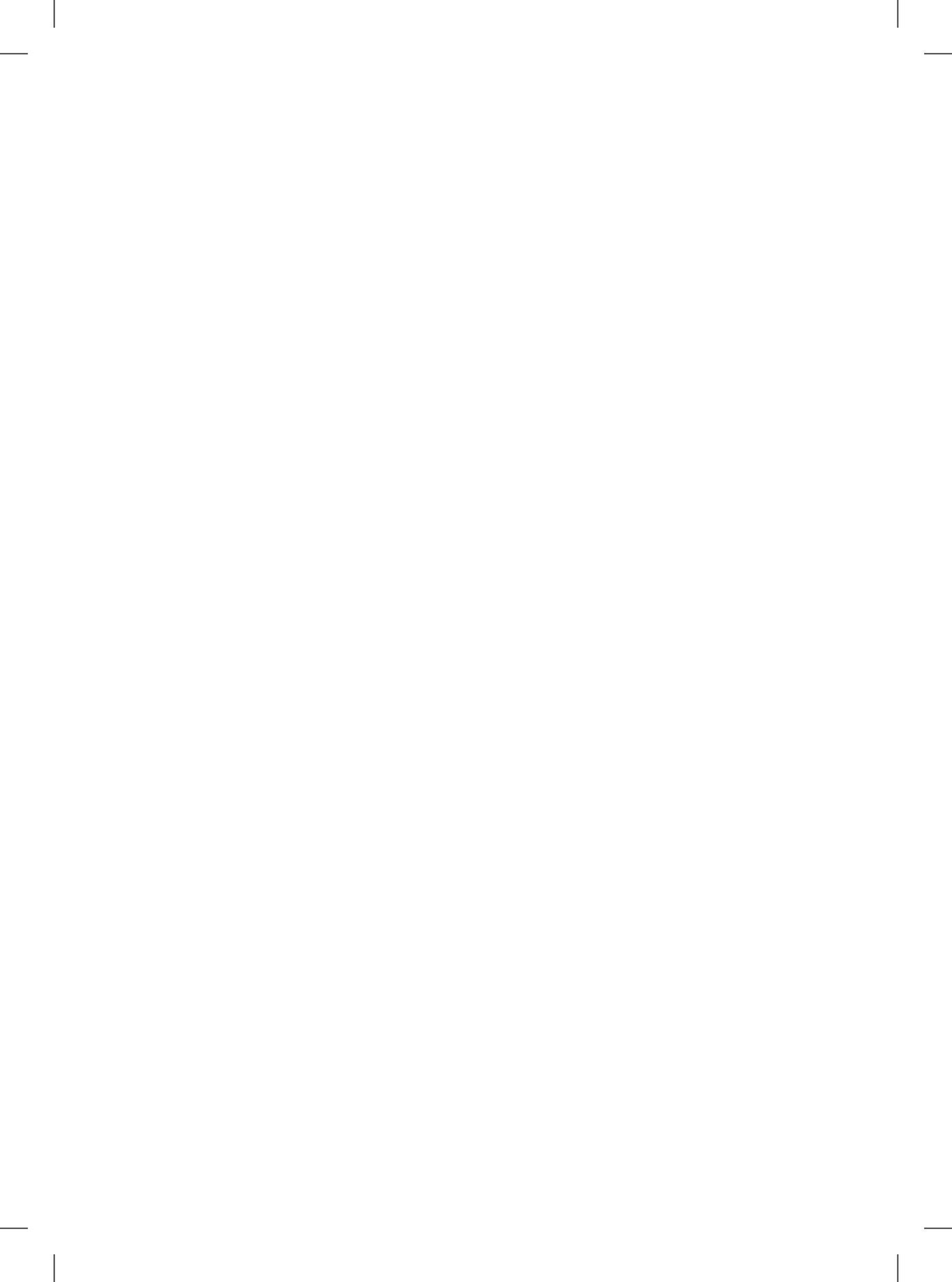
Tadeu Henrique Lopes da Cunha, PRT 15ª Região (Relator do GE)

Vanessa Patriota da Fonseca, PRT 6ª Região (Vice-Coordenadora da CONAFRET)



SUMÁRIO

Introdução	7
1. Contrato de prestação de serviço	9
1.1 O regime de emprego como regra geral	9
1.2 Elementos do contrato de prestação de serviços	11
1.2.1 Transferência da execução de atividade à empresa prestadora	12
1.2.2 Autonomia da prestadora de serviço na execução da atividade.	17
1.2.3 Capacidade econômica da empresa prestadora de serviços compatível com a execução do contrato.	23
1.3 A subordinação	35
1.4 A isonomia	56
1.4.1 Problematização	56
1.4.2 Vinculação do legislador ao princípio da isonomia	59
1.4.3 Conteúdo jurídico do princípio da isonomia.	71
1.4.4 Análise da possibilidade de conferir tratamento desigual a trabalhadores que exercem as mesmas atividades.	86
1.4.5 A jurisprudência trabalhista e o princípio da isonomia	109
1.4.6 Convenção n. 111 da OIT	119
1.4.6.1 Convenções da OIT como tratados de direitos humanos.	119
1.4.6.2 Análise da Convenção n. 111 da OIT.	126
1.4.7 Função social do contrato e abuso de direito	131
2. “Pejotização”: fraude à relação de emprego	138
3. Trabalhador autônomo “exclusivo”	147
Referências	155
Doutrina	155
Legislação	158
Jurisprudência	160



INTRODUÇÃO

O presente estudo se debruçou sobre as alterações promovidas na Consolidação das Leis do Trabalho-CLT e na Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, pelas leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que afetaram o contrato de prestação de serviço (terceirização), o contrato de autônomo ou buscaram facilitar a chamada “pejotização”, com o objetivo de fornecer subsídios para a atuação dos Membros do Ministério Público do Trabalho.

A abordagem se inicia com identificação detalhada, a partir de parâmetros legais, dos elementos que caracterizam a prestação de serviços, distinguindo-a da intermediação de mão de obra, prática coibida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Em seguida, analisa-se, pelo prisma do princípio da isonomia, a convivência de trabalhadores vinculados à tomadora e à prestadora de serviços no mesmo ambiente de trabalho, realizando as mesmas atividades, para demonstrar ser imperativo constitucional a igualdade de direitos entre eles, na medida em que executam trabalhos de igual valor.

Prossegue-se com a análise da “pejotização”, que consiste em contratação de trabalhador subordinado como sócio ou titular de pessoa jurídica, mecanismo voltado a mascarar vínculo empregatício por meio da formalização contratual autônoma, em fraude à relação de emprego. A abordagem se volta para a análise sistemática do artigo 5º-C da Lei n. 6.019/1974, com redação advinda da Lei n. 13.467/2017, em cotejo com outros dispositivos da CLT, do Código Civil e da lei de custeio da Previdência Social.

Por fim, chega-se ao trabalho do suposto autônomo exclusivo, figura introduzida pela Reforma Trabalhista ao acrescentar o artigo 442-B à CLT. Pondera-se que tal norma deva ser lida à luz do princípio da primazia da realidade, sobretudo por ser o regime de emprego a regra geral na ordem constitucional pátria. A análise é feita em conjunto com os requisitos caracterizadores do contrato de trabalho, que, estando presentes, determinarão o vínculo de emprego entre o trabalhador e a contratante, mesmo que formalmente a relação jurídica seja um contrato civil.

Insta ressaltar, no entanto, que a fundamentação teórica não perpassa pelo tema da inconstitucionalidade da prestação de serviços na atividade-fim, pois ele foi objeto de estudo do Grupo de Trabalho da Inconstitucionalidade, criado pela Procuradoria Geral do Trabalho, e já está sendo debatido em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5735.

1. Contrato de prestação de serviço

1.1 O regime de emprego como regra geral

A Lei n. 13.467/2017 inseriu na Lei n. 6.019/1974 novas disposições voltadas a disciplinar a prestação de serviços de uma empresa a outra, complementando, deste modo, a disciplina normativa da matéria, iniciada com a Lei n. 13.429/2017.

Com isso, a Lei n. 6.019/1974 passou a fixar os marcos jurídicos do contrato de prestação de serviço, delimitando, por conseguinte, o espaço de manifestação deste regime de trabalho, firmado sob modelo relacional triangulado entre o empregado e a empregadora prestadora de serviço, que utiliza sua mão de obra para realização de uma atividade inserida no processo de produção de uma terceira empresa, a tomadora e contratante do serviço.

Essa triangulação relacional enseja grave déficit de eficácia dos direitos dos empregados da prestadora, porque ela afasta elementos que integram o sentido histórico da clássica relação de emprego, e que têm por função conferir-lhe alta densidade de proteção social: a integração do trabalhador na organização da empresa, a pretensão de máxima continuidade do vínculo de trabalho e a pessoalidade na prestação do labor.

O afastamento desses elementos implica profunda fragilidade ao vínculo de emprego com a prestadora, sujeito às seguintes repercussões deletérias, entre outras:

- a) Afastamento do trabalhador da categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa

- beneficiária final de sua mão de obra, com consequente perda da representatividade sindical e dos direitos previstos em suas normas coletivas;
- b) Maior rotatividade contratual, com redução de eficácia de direitos que dependem do tempo de serviço, como férias, FGTS, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, aposentadoria etc.;
 - c) Maior instabilidade nos diversos ambientes de trabalho das empresas tomadoras e ausência de pessoalidade no trato com o titular do ambiente laboral, o que enseja prejuízo à implementação de medidas adequadas de proteção à sua saúde e segurança;
 - d) Redução remuneratória, pressão por aumento da jornada e redução de investimentos em medidas de proteção à saúde e segurança, decorrente da sujeição do contrato de prestação de serviço às pressões do mercado de serviço;
 - e) Perda de direitos de fonte estritamente negocial, como participação nos lucros e resultados e benefícios sociais etc.¹

Por força dessas e de outras repercussões deletérias sobre a efetividade do regime constitucional de emprego socialmente protegido (CF, art. 7º, I), o vínculo com a prestadora, disciplinado pela

¹ A respeito das restrições impostas pela terceirização ao regime constitucional de emprego socialmente protegido, ver o texto sobre Terceirização na Reforma Trabalhista, do GT Inconstitucionalidades. Ver também: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

Lei 6.019/1974, deve ser tomado como **modelo excetivo ao regime geral de emprego**, firmado entre o trabalhador e o beneficiário final de sua mão de obra, a fim que o contrato de prestação de serviço não seja desvirtuado em sua finalidade e utilizado como veículo de mascaramento à relação de emprego, prática ilícita quando veiculada fora do regime de trabalho temporário, sob suas estritas hipóteses de incidência.² Daí a importância da identificação precisa dos marcos jurídicos da prestação de serviço, em face de sua proximidade fronteiriça com a mera intermediação ou comercialização de mão de obra.

1.2 Elementos do contrato de prestação de serviços

O art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, que agora abriga tanto o trabalho temporário quanto a prestação de serviços a terceiros, define esta última como sendo “a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”.

Desta forma, os elementos da prestação de serviços a terceiros, são: a) a transferência da execução de atividade à empresa prestadora, como objeto contratual; b) autonomia da prestadora de serviço na execução da atividade, nos limites do contrato de

² As hipóteses de incidência do contrato de trabalho temporário continuam regidas pelo art. 2º da Lei 6.019/1974.

prestação de serviço; e c) a capacidade econômica da prestadora de serviço compatível com a execução do contrato.

1.2.1 Transferência da execução de atividade à empresa prestadora

O primeiro elemento definidor do próprio caráter da prestação de serviços é a transferência das atividades para serem realizadas por empresa contratada, chamada “prestadora de serviços”. Atividade pode ser definida como conjunto de tarefas que compõem partes de determinado processo de produção ou de serviços, formando um novo negócio. Esta transferência poderá ser total ou parcial; entretanto, no caso de transferência parcial, há indício da ocorrência de intermediação ou fornecimento de mão de obra e não de prestação de serviços. Isto porque com a transferência parcial da atividade haverá a convivência, na mesma atividade, de empregados da contratante e trabalhadores vinculados à prestadora dos serviços, sendo muito provável que estes últimos estejam inseridos na dinâmica operacional definida pela tomadora de serviços, seguindo procedimentos e métodos de trabalho por ela estabelecidos e, por vezes, recebendo ordens, ainda que indiretamente, dela emanadas, o que configuraria a mera intermediação ou fornecimento de mão de obra, atraindo a aplicação do artigo 9º da CLT, com o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a contratante. Mas esta subordinação haverá de ser aferida concreta e não abstratamente, a partir da análise da situação fática.

Neste ponto, é de suma importância ressaltar que há uma diferença de natureza entre a prestação de serviços a terceiros e o trabalho temporário. Enquanto neste último há o fornecimento de mão de obra subordinada à empresa, naquela há a prestação de serviços autônomos por empresa especializada.

De fato, a nova redação do art. 2º da Lei nº 6.019/1974 diz que trabalho temporário é “aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços”. Verifica-se que o enfoque é na pessoa física que é colocada à disposição da empresa, ou seja, trata-se de mero fornecimento de mão de obra, atendendo a dois requisitos básicos: necessidade de substituição de pessoal permanente ou demanda complementar de serviços. Assim, os trabalhadores fornecidos pela empresa de trabalho temporário se inserem nas próprias atividades da empresa, passando a formar um conjunto com os empregados diretos da contratante. Há, então, como consequência do instituto, a subordinação dos trabalhadores à empresa tomadora.

De modo diverso, na definição da prestação de serviços o foco está na empresa e nas tarefas por esta realizadas. Na prestação de serviços o que se contrata é a atividade e não os trabalhadores, conforme dispõe expressamente a lei.

A própria ideia da prestação de serviços é da especialização e descentralização das atividades, sendo o fornecimento de mão de obra, por sua vez, a exceção à regra de contratação direta de

trabalhadores previstas nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Trata-se, assim, de coisas bem diferentes uma da outra.

Por isso, não há que se falar em prestação de serviços caso preenchidos os elementos da relação de emprego em relação aos trabalhadores da empresa prestadora de serviços com a tomadora, mas sim em intermediação ou mero fornecimento de mão de obra, ilegal por essência, desde o princípio basilar da Organização Internacional do Trabalho: “O trabalho não é uma mercadoria” (Declaração de Filadélfia, 1944). Assim, somente se admite a mercantilização do trabalho por exceção, como no caso do trabalho temporário.

Ocorrendo a intermediação de mão de obra travestida de prestação de serviços aplica-se o art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, considerando-se assim “contratação de trabalhadores por empresa interposta”, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador, na forma do inciso I da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Tal inciso nunca tratou de terceirização e permanece intocado pela nova legislação, pois disciplina o mero fornecimento de mão de obra.

Contratar trabalhadores por empresa interposta, sob o manto ou nome de “prestação de serviços” não torna o ajuste imune ao escrutínio dos elementos da relação de emprego, que deve ser verificado.

Os elementos identificadores do mero fornecimento de mão de obra, além da constatação da subordinação, inclusive nas suas

mais modernas dimensões, bem como da personalidade (escolha na entrada e na saída dos trabalhadores), são, dentre outros:

- 1) Prevalência do elemento humano no contrato. Se o contrato dispuser sobre a identificação dos trabalhadores que deverão prestar o serviço, bem como a quantidade e cargos a serem ocupados, estaremos diante de intermediação de mão de obra disfarçada de terceirização;
- 2) Meios de produção e “know-how”. Obviamente, quando se trata de terceirização, os meios da realização da atividade econômica devem ser da empresa contratada. Não se deve confundir meios de produção com ferramentas. Meios de produção é o capital investido em máquinas, estruturas e tecnologias, sendo que ferramentas são instrumentos da realização de trabalho, mais simples, que podem ser inclusive de propriedade dos trabalhadores. Em todo caso, não poderá a empresa tomadora de serviços fornecer os meios de produção ou ferramentas, o que descaracterizará a terceirização. O “know-how”, ou especialização, é a capacidade técnica em realizar o serviço contratado. Se a empresa contratante expedir instruções, diretas ou indiretas, para a execução dos serviços, isto será forte indício de descaracterização do contrato de prestação de serviços, podendo configurar mera intermediação de mão de obra;

- 3) Autonomia na prestação de serviços. A verdadeira prestação de serviços pressupõe que a empresa tenha autonomia na condução dos serviços, não admitindo qualquer tipo de controle que não seja finalístico, ou seja, na qualidade dos serviços prestados como um todo, não sendo possível que haja ingerência na realização dos serviços ou na execução do trabalho por qualquer empregado da contratada, mesmo que de forma indireta a preposto da empresa prestadora de serviços.

Por tais motivos é que a transferência parcial de uma atividade como contrato de prestação de serviços e não intermediação ou fornecimento de mão de obra é de difícil configuração, não sendo razoável imaginar que uma empresa prestadora de serviços que execute parcialmente determinada atividade não se utilize dos meios de produção da contratante. Seria mais custoso (e, portanto, menos interessante) para a contratante ter empregados diretos executando as atividades em seus meios de produção e, ao lado deles, trabalhadores terceirizados realizando as mesmas atividades em outros meios de produção, da prestadora de serviços. Esta duplicidade de meios de produção tornaria, certamente, mais custosa a produção e faria com que a prestação de serviços, nestes moldes, não fosse interessante à contratante.

1.2.2 Autonomia da prestadora de serviço na execução da atividade

Conjugando o disposto no já mencionado artigo 4º-A com o 5º-A, *caput*, que identifica como contratante a “*pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços*”, extrai-se, em primeiro plano, o **caráter contratual da relação** entre as entidades tomadora e prestadora do serviço.

Da noção contratual do enlace se extrai, por sua vez, o sentido de **alteridade** da empresa contratada, como unidade distinta da contratante, passível de ser reconhecida por sua identidade formal e material específica, como pessoa jurídica diferente, dotada de organização e interesses próprios, desvinculados dos interesses empresariais da empresa contratante. Esse traço característico se esboça nos requisitos legais exigidos para funcionamento da empresa prestadora de serviços, relativos à prova de inscrição como pessoa jurídica (CNPJ), ao registro na Junta Comercial e ao capital social proporcional ao número de empregados, nos termos do art. 4º-B, inciso I a III, da Lei 6.019/1974. São estes os requisitos considerados pelo legislador como indispensáveis para que uma pessoa jurídica, com estrutura empresarial e lastro econômico mínimo, esteja apta a se lançar no mercado de serviço para firmar contratos de prestação de serviço. Nesse sentido, a norma jurídica exige da empresa contratada **autonomia formal, organizacional, administrativa e finalística**, devendo para isso ser dotada de interesses próprios, direção própria e estrutura material e administrativa desvinculada da empresa contratante.

A prestação de serviço regulada pela Lei 6.019/74 não se veicula por convênio ou consórcio, em que as partes comungam de interesses comuns. Havendo comunhão de interesses entre tomadora e prestadora de serviços, restará configurado grupo ou consórcio empresarial, com a conseqüente solidariedade obrigacional trabalhista entre as empresas, à luz dos §§ 2º e 3º do art. 2º da CLT, inclusive com as alterações inseridas pela Lei 13.467/2017.³

Para caracterizar autêntica prestação de serviços, por sua vez, o contrato deve ter por objeto efetiva **transferência da execução da atividade** de uma empresa a outra. Essa transferência implica alteração do controle operacional sobre a atividade contratada, com substituição da empresa contratante pela empresa contratada no exercício desse comando. A empresa contratante figura como credora e titular do resultado útil contratado, enquanto a empresa contratada, como devedora da unidade de produção, torna-se executora da atividade, devendo sobre ela exercer total controle produtivo.

Sem transferência do controle produtivo não se pode falar em autêntica prestação de serviço, figurando o contrato como simulacro voltado a encobrir a mera transferência de vínculos formais de emprego, em fraude ao regime geral de emprego entre

3 Art. 2º (...) § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º - Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. (NR)

o trabalhador e o beneficiário final de sua mão de obra (CLT, art. 9º).

No regime da Lei 6.019/74, a transferência da execução de atividade pode assumir qualquer finalidade corporativa organizacional, racionalizadora de recursos materiais, humanos e tecnológicos, redutora de custos e redefinidora de estratégias e atribuições. O contrato não pode ter por finalidade e nem pode ensejar, no entanto, a mera transferência formal de vínculos de emprego para a empresa contratada. Nessa hipótese, não se estará diante de transferência de atividade, mas de mero simulacro de intermediação de mão de obra, em fraude ao regime jurídico-trabalhista.

Embora continue inserida no processo produtivo da empresa tomadora, a atividade contratada deve passar à inteira gestão executiva da empresa prestadora, responsável pela entrega da unidade de produção objeto do contrato. Mesmo quando a transferência da atividade for parcial é importante que a prestadora execute tais serviços com **autonomia formal, organizacional, administrativa e finalística**. A legítima prestação de serviço também exige da empresa contratada **autonomia operacional**. Sem ela, a contratação não passa de instrumento de burla ao regime de emprego.

Configura, portanto, violação ao regime de emprego, com conseqüente formação de vínculo de emprego entre o trabalhador e empresa contratante, a ausência de autonomia formal, organizacional, administrativa, finalística e operacional da empresa contratada.

E essa autonomia significa que a realização das atividades deva ocorrer sob **direção exclusiva da empresa prestadora e nos limites do contrato de prestação de serviço**.

Com efeito, a Lei 6.019/74 define a prestação de serviço pelo modo de realização de seu objeto, ou seja, pelo modo de execução da atividade contratada. Segundo o § 1º do art. 4º-A, *“a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores”*, ou subcontrata a atividade a outra empresa. Por sua vez, dispõe o § 1º do art. 5º-A ser *“vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços”*.

Desses enunciados se extrai comando de **direção exclusiva** dos trabalhos pela empresa prestadora, do que decorre comando de **subordinação jurídica exclusiva** dos empregados terceirizados à empresa contratada, sua empregadora. A norma veda, portanto, qualquer traço de subordinação dos empregados terceirizados à empresa contratante. A subordinação será abordada de modo detalhado mais adiante.

Esse comando, que decorre logicamente da exigência de autonomia administrativa e operacional da empresa contratada, diz respeito ao modo como lhe é devido administrar seus recursos humanos na execução do contrato, sob pena de se converter em empresa intermediadora de mão de obra.

Para isso, as normas citadas impõem duas medidas elementares: (1) deve a empresa prestadora contratar e remunerar seus empregados, exercendo com exclusividade a direção de seu

trabalho, e (2) deve a empresa contratante abster-se de utilizar a mão de obra contratada pela prestadora de serviços para finalidade distinta da prevista no contrato.

O primeiro enunciado, do § 1º do art. 4º-A, não deixa dúvida sobre a finalidade protetiva da higidez do vínculo de emprego com a empresa prestadora, a fim de não permitir a utilização do contrato para mascarar comercialização de mão de obra. Para execução da atividade contratada, a prestadora deve dirigir com exclusividade o trabalho de seus empregados, direcionando-o às atividades específicas objeto do contrato de prestação de serviços. O exercício de comando diretivo da empresa tomadora sobre o trabalho dos empregados da prestadora, ainda que em intensidade relativa, rarefeita ou compartilhada, descaracteriza a prestação de serviços, como fraude ao regime de emprego, revelando o controle da tomadora sobre o processo produtivo da atividade terceirizada, em violação ao disposto no caput dos arts. 4º-A e 5º-A da Lei 6.019/74.

O segundo enunciado, do § 1º do art. 5º-A, por sua vez, apresenta comando deontológico mais amplo, que merece análise detida. Ao vedar à empresa contratante a utilização de trabalhadores em atividades distintas da contratada, visa a norma primeiramente, impedir que na terceirização interna, em que a atividade contratada se realiza no ambiente da empresa tomadora, esta, por sua proximidade com os empregados terceirizados, se imiscua na direção de seu trabalho, inclusive para utilizá-lo em finalidade diversa da prevista no contrato de prestação de

serviços. Visa a norma, em suma, afastar a subordinação jurídica do empregado terceirizado à empresa contratante.

Em segundo plano, ainda se extrai do mesmo dispositivo a vedação de que, nos contratos de prestação externa de serviço realizada ao largo do ambiente da tomadora, esta exija que o labor ocorra “*em atividade distinta daquelas que foram objeto do contrato (...)*”. Nesse sentido, a norma sobreleva importância à formalização do contrato de prestação de serviços, com especificação da atividade contratada, e determina a execução nos limites da contratação, comando que encontra amparo na disposição do art. 5º-B, inciso II, que exige, na formulação contratual, a “*especificação do serviço a ser prestado*”.

Portanto, quanto ao modo de execução da atividade, configura-se violação ao regime de emprego com a prestadora, havendo a conseqüente formação de vínculo direto entre trabalhador e empresa tomadora, quando, na execução da atividade: a) a empresa prestadora não exerça com exclusividade a direção do trabalho de seus empregados, abrindo mão ou compartilhando essa direção com a empresa tomadora; b) a empresa tomadora exerça algum comando diretivo sobre o trabalho dos empregados da prestadora, ainda que de forma relativa, rarefeita ou compartilhada, revelando exercício de controle sobre o processo produtivo da atividade, e c) a empresa tomadora exija e a prestadora realize, com emprego da mão de obra empregada, atividade distinta daquela prevista no contrato de prestação de serviço.

1.2.3 Capacidade econômica da empresa prestadora de serviços compatível com a execução do contrato

O último elemento caracterizador da prestação de serviço diz respeito à exigência de **capacidade econômica** da empresa prestadora para execução do contrato de prestação de serviço, conforme previsão do caput do art. 4º-A da Lei 6.019/74:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à **pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.**

A norma considera como prestação de serviço a transferência contratual de atividade a empresa prestadora que possua capacidade econômica compatível com a execução do contrato.

Capacidade econômica diz respeito à disponibilidade de ativos capazes de se remunerar, no exercício da atividade produtiva, constituindo a totalidade das riquezas disponíveis, suficientes ao cumprimento das obrigações contraídas.⁴ Exige a norma que esse patrimônio empresarial seja suficiente para garantir a execução do contrato de prestação de serviços, o que compreende, além da entrega do objeto contratado, a satisfação

4 Ver em <<http://www.cienciascontabeis.com.br/situacao-economica-versus-situacao-financeira/>>. Acessado em 29/8/2017.

das obrigações comerciais, sociais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade.

Essa exigência de capacidade econômica compatível com a execução do contrato, de que trata o art. 4º-A, não se confunde, portanto, com o requisito formal para funcionamento da empresa de prestação de serviço, de que trata o art. 4º-B, inciso III, da Lei 6.019/74, relativo ao capital social proporcional ao número de empregados. Dispõe a norma:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: (...)

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Capital social não se confunde com patrimônio líquido empresarial. No escólio de JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, o capital social constitui o fundo patrimonial inicial da pessoa jurídica, sendo utilizado apenas para viabilizar o início da vida econômica da sociedade, enquanto o patrimônio líquido resulta da diferença entre valores ativos (dinheiro, imóveis, créditos etc.) e passivos (dívidas de financiamentos, débitos comerciais, encargos trabalhistas, tributários etc.) da pessoa jurídica. Se o ativo for superior ao passivo, a sociedade terá um patrimônio líquido positivo; se inferior, terá um patrimônio líquido negativo. Segundo o autor:

Verifica-se, por conseguinte, que o capital é um valor formal e estático, enquanto o patrimônio é real e dinâmico. O capital não se modifica no dia a dia da empresa - a realidade não o afeta, pois se trata de uma cifra contábil. O patrimônio encontra-se sujeito ao sucesso ou insucesso da sociedade, crescendo na medida em que esta realize operações lucrativas, e reduzindo-se com os prejuízos que se forem acumulando. O patrimônio inicial da sociedade corresponde a mais ou menos o capital. Iniciadas as atividades sociais, o patrimônio líquido tende a exceder o capital, se a sociedade acumular lucros, e a inferiorizar-se, na hipótese de prejuízos.⁵

O patrimônio líquido é mais abrangente que o capital social, pois, além do próprio capital, que tem seu valor expresso

5 BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 52.

em termos históricos, compreende todos os demais bens que podem ser objeto de contabilidade, a cada momento, de modo que somente o patrimônio líquido é capaz de expressar a condição econômica da empresa, com base na cotação de mercado de seus bens integrantes. Sobre esse ponto, Marcelo Marco Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro registram:

O capital social não se confunde com o patrimônio social, que é formado pelo conjunto de bens e direitos pertencentes à sociedade empresária. Raramente, os dois são coincidentes, a não ser no ato de sua constituição. A partir do momento em que a sociedade empresária começa a operar, há despesas, gastos e perdas que poderão diminuir seu patrimônio, ou ainda ganhos que venham a aumentá-lo, permanecendo, entretanto, intacto o capital social.⁶

Portanto, embora o capital social constitua medida do potencial econômico da pessoa jurídica, é seu patrimônio que garante a satisfação de seus compromissos, perante seus credores. O capital resultante da contribuição dos sócios é contabilizado no passivo não exigível e, portanto, não pode ser diretamente utilizado para o pagamento dos credores. São os bens do ativo da sociedade nos quais o capital se converteu, e não o capital em si mesmo, que constituem objeto de execução pelos credores.

6 BERTOLDI, Marcelo Marco e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 147.

À luz dessas premissas, vê-se que o capital social mínimo exigido como requisito de funcionamento da pessoa jurídica não retrata a real capacidade econômica da empresa para satisfazer os compromissos decorrentes da execução do contrato. A exigência de capital social mínimo visa a garantir que os sócios confirmam à empresa aporte econômico inicial compatível com sua estrutura funcional, para inibir a entrada no mercado de terceirização de pessoas jurídicas destituídas de qualquer lastro econômico. Trata-se de **exigência formal e estática, dirigida à empresa prestadora de serviço**, como condição para seu funcionamento.

Já a exigência de capacidade econômica compatível com a execução do contrato, prevista em dispositivo legal distinto (art. 4º-A, caput), diz respeito à condição patrimonial da pessoa jurídica, que, segundo a norma, deve ser compatível com os compromissos decorrentes da execução de cada contrato por ela firmado. Trata-se de exigência dinâmica, também destinada à empresa prestadora de serviço, aferível a cada momento e em relação a cada contrato de prestação de serviço por ela firmado.

Nessa condição, o legislador ordinário adota medida de garantia da exequibilidade contratual, como requisito de licitude do próprio contrato, a partir de constatação da realidade de profunda fragilidade econômica das empresas prestadoras, no mercado de serviço, com alto risco de inadimplência de obrigações contratuais, fiscais, trabalhistas, previdenciárias etc., imputando, com isso, responsabilidade à empresa contratante pela eleição de empresas idôneas e pela fiscalização de sua condição econômica no curso contratual.

Dessa forma, enquanto o capital social mínimo constitui requisito de funcionamento da empresa prestadora de serviço, aferível objetivamente à vista do seu número de empregados, a capacidade econômica constitui condição vinculada a cada contrato de prestação de serviço por ela firmado, a ser aferida pela empresa contratante, sob pena de violação do conceito de prestação de serviço.

Essa capacidade econômica da empresa prestadora de serviço é condição a ser observada pela empresa contratante a partir do ato da contratação, aferindo se a contratada dispõe de patrimônio suficiente para fazer face aos compromissos decorrentes da execução do contrato, inclusive aqueles relativos ao cumprimento de direitos trabalhistas. É o que decorre da leitura do caput do art. 4º-A, que “considera” como contratação de serviços a transferência da execução de atividade “à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”. Em sentido inverso, a norma não considera como prestação de serviço a transferência da atividade a empresa inidônea, sem capacidade econômica para executá-la, porque presume tratar-se, na hipótese, de mera transferência de vínculos de emprego, ou seja, de mera intermediação de mão de obra.

Essa capacidade econômica para execução do contrato já depende, em primeiro plano, do **preço do serviço** fixado no contrato.

No setor de prestação de serviço, principalmente nas atividades que demandam emprego exclusivo ou predominante

de mão de obra (a exemplo de serviços de limpeza, conservação, vigilância etc.), a capacidade econômica da empresa prestadora implica a necessidade de pactuação de preço contratual que compreenda todos os custos operacionais do contrato (obrigações comerciais, fiscais, trabalhistas, previdenciárias etc.), além da margem de lucro, sob pena de inviabilizar a execução contratual, o que, via de regra, enseja o abandono do contrato e o inadimplemento sistemático dos direitos laborais dos trabalhadores envolvidos.

Os créditos contratuais devidos pela contratante à contratada, relativos ao preço do serviço, exequíveis na medida da execução contratual, constituem ativos da empresa prestadora de serviço, que integram seu patrimônio e, portanto, retratam sua capacidade econômica. Para isso, no entanto, o preço do serviço deve contemplar a totalidade dos custos operacionais do contrato, projetados em valores condizentes com a realidade, especialmente quanto aos custos trabalhistas, que devem ser projetados com base na legislação aplicável, inclusive nas normas coletivas em vigor no âmbito da categoria profissional, sendo necessária, ao equilíbrio econômico contratual, a repactuação do preço sempre que ocorrerem custos adicionais decorrentes da celebração de novos instrumentos negociais.

Nesse sentido, a aferição de capacidade econômica da empresa contratada, como cautela imposta pela legislação à empresa contratante, pressupõe que o preço do serviço seja composto com base em planilha de custos condizente com a realidade do contrato. Sendo o preço insuficiente à operacionalização do contrato, à empresa contratada caberá arcar com as

obrigações dele decorrentes, com uso de outros ativos empresariais, especialmente quanto às obrigações trabalhistas, por força de seu caráter alimentar, ainda que isso lhe acarrete perda econômica. Afinal, cabe ao empregador assumir os riscos da atividade econômica (CLT, art. 2º).

Sendo o preço inexecutável, é evidente a participação da empresa contratante no descumprimento da exigência legal de capacidade econômica compatível com a execução do contrato, porque lhe aproveita o pagamento do preço irrisório sabidamente prejudicial aos direitos dos credores, inclusive trabalhistas, da empresa contratada. Trata-se de conduta fraudulenta, porque voltada a burlar a formação de vínculos de emprego com o tomador de serviço por meio da utilização do contrato de prestação de serviço em desvio de finalidade, com violação ao marco jurídico do instituto, disciplinado pela Lei 6.019/1974.

Além disso, independente do preço pactuado pelo serviço, também viola a noção de prestação de serviço, prevista no art. 4º-A, caput, da Lei 6.019/74, a contratação de empresa sabidamente inidônea – devedora habitual e sistemática de obrigações trabalhistas, previdenciárias e/ou fiscais, decorrentes de contratos anteriores de prestação de serviço; sem estrutura material, administrativa e organizacional mínima compatível com a dimensão do contrato –, cuja capacidade econômica esteja comprometida por esses e outros passivos aferíveis à época da contratação. Em tal situação, obviamente, a pactuação de preço compatível com a execução do contrato não será capaz de afastar

o risco de sua inexecução, em face da insolvabilidade econômica da empresa contratada.

Nessas hipóteses, portanto, de evidente inobservância da empresa contratante quanto ao disposto no *caput* do art. 4º-A, a contratação de empresa prestadora sem capacidade econômica compatível com a execução do contrato não se restringe à questão de responsabilidade patrimonial perante seus credores, implicando elisão do próprio instituto da prestação de serviço. Conforme acima exposto, essa figura contratual típica não se aperfeiçoa com a transferência da execução de atividade a pessoa jurídica destituída de capacidade econômica para sua execução, configurando-se, na hipótese, intermediação ilícita de mão de obra.

Se a perda de capacidade econômica for superveniente à celebração contratual, no curso de sua execução, e sendo possível à contratante aferi-la por medida de fiscalização, cabe-lhe promover a resolução do contrato, na forma do art. 475 do Código Civil,⁷ ou exigir da contratada garantia bastante para satisfazer as obrigações legais (o que corresponde à recuperação da capacidade econômica), na forma do art. 477 do Código Civil.⁸ Sem adotar medidas dessa natureza, a contratante incorre em violação à tipicidade do contrato de prestação de serviço, na forma do *caput* do art. 4º-A da Lei 6.019, sujeitando-se, por conseguinte, à condição de

7 Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

8 Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

empregadora dos trabalhadores envolvidos, por ilicitude ulterior da transferência da atividade terceirizada.

Também pode ocorrer que a perda superveniente de capacidade econômica decorra de aumento dos custos contratuais (como a elevação tributária, reajuste do valor salário mínimo, aumento de direitos previstos em normas coletivas etc.), sem o correspondente reajuste do preço contratual, para garantir o equilíbrio econômico do contrato. Nessa hipótese, a perda da capacidade econômica da contratada aproveita à contratante, a quem a norma atribui dever de fiscalização do equilíbrio contratual, sendo, por isso, elemento suficiente para descaracterizar a prestação de serviço. Para evitar tal situação, deve a empresa contratante zelar pelo equilíbrio econômico do contrato, promovendo o reajustamento do preço do serviço sempre que se tornar insuficiente.

A configuração de fraude ao contrato de prestação de serviço, nesses casos, independe do inadimplemento de direitos trabalhistas, sendo suficiente o risco efetivo, já que a norma que erige a capacidade econômica da empresa prestadora à condição de validade contratual possui caráter preventivo do inadimplemento.

Nesse sentido, o inadimplemento de direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, à luz da Lei 6.019/1974, não enseja ilicitude automática da prestação de serviço. Esse inadimplemento pode constituir indício da ausência ou da perda da capacidade econômica da prestadora passível de aferição pela contratante, circunstância, esta sim, descaracterizadora do contrato típico. Mas também pode decorrer de fator alheio à capacidade econômica da prestadora, hipótese em que, mantido incólume o contrato de

prestação de serviço, deve a contratante responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, nos termos do § 5º do art. 5º-A da Lei 6.019/74:

§ 5º - A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

Como se infere do enunciado, a responsabilidade subsidiária da contratante recai sobre obrigações trabalhistas *“referente ao período em que ocorrer a prestação de serviços”*, enquanto dispõe o *caput* do art. 4º-A que *“considera-se prestação de serviços a terceiros” a transferência da execução de atividades a prestadora “que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”*. Dessa articulação normativa se extraem, portanto, duas consequências imediatas:

1ª) A responsabilidade subsidiária da contratante incide sobre contrato lícito de prestação de serviço e vigora enquanto perdurar a higidez dessa contratação: caso venha a se descaracterizar a prestação de serviço, por vício de origem ou por vício superveniente à contratação (p.ex., por ausência originária ou por perda superveniente de capacidade econômica da empresa contratada), ao invés de mera responsabilidade subsidiária, à empresa tomadora se atribui responsabilidade principal por todas as obrigações trabalhistas, na condição de empregadora

dos trabalhadores envolvidos no contrato, em face da fraude contratual (CLT, art. 9º);

2ª) A responsabilidade subsidiária da contratante independe de configuração de culpa *in elegendo* ou *in vigilando* da empresa contratante: diversamente do que ocorre no âmbito da Administração Pública, em que o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 veda a transferência automática de responsabilidade patrimonial ao ente público contratante, pelo fato do inadimplemento de obrigações pela empresa contratada (STF, ADC 16/DF, Relator Ministro Cezar Peluso), o referido art. 5º-A, § 5º, da Lei 6.019/74 expressamente atribui responsabilidade subsidiária à empresa contratante, no âmbito privado, por mero inadimplemento de obrigações trabalhistas.

Trata-se, portanto, de responsabilidade subsidiária automática, que se configura no âmbito de um contrato lícito de prestação de serviço, que não discrepa substancialmente da responsabilidade subsidiária prevista no inciso IV da Súmula 331 do TST.

Pelo exposto, pode-se concluir que a prestação de serviço, nos moldes da Lei 6.019/74, se submete a marcos jurídicos que delimitam sua configuração como contrato típico. O regime de emprego com a prestadora, dele decorrente, por sua reduzida eficácia protetiva, constitui modelo excetivo ao regime geral de emprego constitucionalmente garantido, firmado entre o trabalhador e a empresa beneficiária final de sua mão de obra. Sendo assim, para que reste configurada a mencionada exceção,

mister se faz respeitar os requisitos do contrato de prestação de serviço analisados.

Configura-se fraude ao regime de emprego, com conseqüente formação de vínculo direto entre trabalhador e empresa tomadora, quando, na execução da atividade: a empresa prestadora não exerça com exclusividade a direção do trabalho de seus empregados, abrindo mão ou compartilhando essa direção com a empresa tomadora; a empresa tomadora exerça algum comando diretivo sobre o trabalho dos empregados da prestadora, ainda que de forma relativa, rarefeita ou compartilhada, revelando exercício de controle sobre o processo produtivo da atividade; a empresa tomadora exija e a prestadora realize, com emprego da mão de obra empregada, atividade distinta daquela prevista no contrato de prestação de serviço; a empresa prestadora não possua capacidade econômica compatível com a execução do contrato, devendo esta ser aferida pela contratante e estar presente, portanto, no ato da contratação e no curso da execução contratual.

1.3 A subordinação

Conforme aludido anteriormente, para que haja real prestação de serviços e não intermediação de mão de obra devem ser preenchidos alguns requisitos, dentre eles, a autonomia da empresa prestadora dos serviços na execução da atividade que é objeto do respectivo contrato. Neste ponto é oportuno frisar que os empregados da empresa prestadora não podem estar subordinados à contratante, sob pena de se desfigurar a prestação de serviços,

verificando-se, na realidade, a intermediação de mão de obra, atraindo a aplicação do artigo 9º da CLT, com o reconhecimento do vínculo de emprego de forma direta entre os trabalhadores e a empresa contratante. Portanto, deve-se analisar, de modo mais detido, o conceito de subordinação.

Considerando-se o disposto nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pode-se dizer que há relação de emprego quando o trabalhador presta serviços com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. No caso da celebração de contrato de prestação de serviços, nos moldes do artigo 4º-A da Lei 6.019/74, é necessário verificar se na relação estabelecida entre os trabalhadores da prestadora e a empresa contratante estão presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em especial a subordinação. Caso esta se faça presente, por força do artigo 9º da CLT, como dito acima, deve ser reconhecida a ilicitude da prestação de serviços, com o estabelecimento de vínculo empregatício direto dos trabalhadores formalmente vinculados à prestadora com a empresa contratante (tomadora dos serviços).

Conforme as lições da doutrina e da jurisprudência, deve-se reconhecer a existência da subordinação, não apenas quando esta se faz presente em sua acepção clássica ou tradicional, mas também quando resta configurada em sua dimensão estrutural, também denominada integrativa ou reticular.

O conceito de subordinação, em sua dimensão clássica ou tradicional, foi criado na mesma época em que o Direito do Trabalho se afirmou como um ramo jurídico autônomo, isto é, no final do

século XIX e início do século XX. Foi elaborado, assim, a partir da relação de emprego mais comum e predominante nessa época: a relação do operário da indústria. Este prestava seus serviços em locais pertencentes ao empregador (na fábrica); devia respeitar um horário de trabalho rígido e preestabelecido, sob a vigilância e as ordens constantes e intensas por parte do empregador ou de seus prepostos. Ademais, a sua prestação laborativa geralmente era muito simples, resumindo-se à mera repetição de tarefas elementares e singelas, de modo que não possuía autonomia técnica e funcional, limitando-se a repetir as ordens ditadas pelo empregador. Em síntese, a subordinação em sua acepção clássica se caracteriza pela presença da heterodireção patronal forte e constante da prestação laborativa, em seus diversos aspectos: conteúdo, modalidade, tempo e lugar⁹.

A subordinação clássica, assim, consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador se compromete a acolher o poder de direção empresarial quanto ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se na intensidade de ordens do tomador de serviços em relação ao trabalhador¹⁰.

A adoção do critério da subordinação jurídica, em sua matriz clássica, levava a excluir do campo de incidência do Direito do Trabalho vários trabalhadores que necessitavam da sua tutela, mas que não se enquadravam naquele conceito parcial e restrito.

9 PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009.

10 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 327.

Este não cumpria plenamente a sua finalidade essencial, pois não era capaz de abranger todos os trabalhadores que necessitam – objetiva e subjetivamente – das tutelas trabalhistas.

Os dispositivos que definem a relação de emprego e seus elementos fático-jurídicos (como os artigos 2º e 3º, da CLT) devem ser interpretados de forma teleológica, isto é, a noção de trabalhador subordinado deve ser elaborada em conformidade com as finalidades concretas de tutela perseguidas pelas normas trabalhistas. Essa releitura fundamenta-se nos próprios princípios do Direito do Trabalho, que devem orientar e guiar a interpretação de todas as normas do ordenamento juslaboral, entre os quais se destaca o princípio da proteção, que é a razão de ser e objetivo maior desse ramo jurídico¹¹.

Desse modo, em decorrência das mudanças verificadas no mundo do trabalho e das novas percepções da Ciência do Direito acerca desse elemento fático-jurídico da relação de emprego, ocorreu a ampliação do conceito de subordinação por obra da jurisprudência e da doutrina.

No período seguinte à Segunda Guerra Mundial, ocorreram grandes transformações socioeconômicas, tais como as inovações e os avanços tecnológicos (sobretudo nos campos das telecomunicações, robótica, microeletrônica e microinformática), conhecidos como Terceira Revolução Industrial; a reestruturação empresarial, com a tendência de a grande empresa se fragmentar em unidades menores, organizadas em rede e por ela fortemente controladas, para as quais transfere parcelas de seu ciclo produtivo; o aumento

11 RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3º ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 83.

da concorrência, inclusive no plano internacional, com a abertura dos mercados; e a globalização econômica e cultural.

Tais transformações geraram importantes consequências no mundo do trabalho, como o aumento das relações laborativas de enquadramento duvidoso, posto que situadas na denominada “zona grise” entre a autonomia e a subordinação. Para enfrentar essa situação e proceder a um correto enquadramento dessas relações de trabalho, fez-se ainda mais imperativa a necessidade da releitura ampliativa do conceito de subordinação.

Entre as teorias elaboradas para a expansão do conceito de subordinação, na doutrina brasileira, destaca-se a tese da “subordinação estrutural”, defendida por Mauricio Godinho Delgado¹². Esse autor propõe que se vá além do conceito clássico de subordinação, que consiste no fato de o trabalhador acatar a direção da sua prestação laborativa pelo empregador. O enfoque dado pelo conceito clássico ao comando empresarial deve ser atenuado, acentuando-se, como fator primordial, a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços. Ele propõe o conceito de subordinação estrutural, nos seguintes termos:

“Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não)

12 DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista LTr, São Paulo, LTr, ano 70, n. 06, p. 657-667, jun. 2006. p. 667.

suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”¹³

O autor esclarece que, na subordinação estrutural, “não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços”¹⁴

Ressalta-se que a nova redação do artigo 6º da CLT, conferida pela Lei 12.551/2011, incorporou o conceito de subordinação estrutural, equiparando-o à subordinação clássica para fins de reconhecimento da relação de emprego. Com efeito, esse dispositivo legal, ao tratar do trabalho a distância, prevê expressamente que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

Assim, a subordinação estrutural se manifesta na integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Essa noção de subordinação vem sendo adotada pela jurisprudência, como revelam os acórdãos abaixo transcritos:

13 Ibid.

14 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 328.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO OBJETIVA E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. TRABALHO REALIZADO DE FORMA SUBORDINADA, DENTRO DA EMPRESA. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. O Direito do Trabalho, classicamente e em sua matriz constitucional de 1988, é ramo jurídico de inclusão social e econômica, concretizador de direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º, CF). Volta-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, IV, CF). Instrumento maior de valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, IV, art. 170, caput e VIII, CF) e veículo mais pronunciado de garantia de segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça às pessoas na sociedade econômica (Preâmbulo da Constituição), o Direito do Trabalho não absorve fórmulas diversas de precarização do labor, como a parassubordinação e a informalidade. Registre-se que a subordinação enfatizada pela CLT (arts. 2º e 3º) não se circunscreve à dimensão tradicional, com profundas, intensas e irreprimíveis ordens do tomador ao obreiro. Pode a subordinação ser do tipo objetivo, em face da realização, pelo trabalhador, dos fins sociais da empresa. Ou pode ser simplesmente do tipo estrutural,

harmonizando-se o obreiro à organização, dinâmica e cultura do empreendimento que lhe capta os serviços. Presente qualquer das dimensões da subordinação (tradicional, objetiva ou estrutural), considera-se configurado esse elemento fático-jurídico da relação de emprego. No caso concreto, o Reclamante demonstrou o trabalho não eventual, oneroso, pessoal e subordinado à Reclamada. Ressalte-se que circunstancial flexibilidade de horário, em trabalho diário, não traduz autonomia e ausência de subordinação, principalmente à luz dos modernos e atualizados conceitos de subordinação objetiva e de subordinação estrutural. Pontue-se, ademais, que a circunstância de o obreiro desenvolver seu trabalho, ainda que com relativa liberdade para o agendamento dos horários dos clientes, não afasta, de plano, a caracterização da presença da subordinação principalmente se consideradas as dimensões objetiva e estrutural. Desse modo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido”. (Sem grifos no original).¹⁵

15 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) n. 286900-72.2005.5.02.0025**. Data do julgamento: 12.12.2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/12/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20286900-72.2005.5.02.0025&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAJFKAAD&dataPublicacao=14/12/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 08.10.2017, às 18:54.

“RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. *In casu*, firmou-se um acordo de vontade entre as partes no sentido de que a reclamante exerceria a sua função de manicure, aparelhada por seus instrumentos específicos de trabalho. Por outro lado, a empresa concederia a ambiência, com toda a sua infra-estrutura, para a execução das tarefas. Em realidade, a reclamante estava submetida ao poder diretivo da empregadora, o qual abarca a estrutura organizacional interna da empresa (subordinação estrutural ou integrativa), que se traduz pela inclusão do empregado na dinâmica e nos fins empresariais, bem como pela especificação do serviço prestado. Portanto, houve violação do artigo 3º da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (Sem grifos no original).¹⁶

“RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. EXECUTIVA DE VENDAS. AVON. VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO. A relação de emprego é a principal fórmula de conexão de trabalhadores ao sistema socioeconômico existente, sendo, desse modo, presumida sua existência, desde que

16 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista (RR) n. 3833600-25.2008.5.09.0016**. Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma. Data do Julgamento: 08/02/2012. Data de Publicação: DEJT 14/12/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203833600-25.2008.5.09.0016&base=acordao&rowid=AAANGhABIAADytAAM&dataPublicacao=09/03/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 08.10.2017, às 18:57.

seja incontroversa a prestação de serviços (Súmula 212, TST). A Constituição da República, a propósito, elogia e estimula a relação empregatícia ao reportar a ela, direta ou indiretamente, várias dezenas de princípios, regras e institutos jurídicos. Em consequência, possuem caráter manifestamente excetivo fórmulas alternativas de prestação de serviços a alguém, por pessoas naturais, como, ilustrativamente, contratos de estágio, vínculos autônomos ou eventuais, relações cooperativadas e a fórmula apelidada de “pejotização”. Em qualquer desses casos, além de outros, estando presentes os elementos da relação de emprego, esta prepondera, impõe-se e deve ser cumprida. Na hipótese dos autos, presentes a subordinação, o desempenho não eventual da atividade, a onerosidade e pessoalidade, não há como enquadrar o vínculo existente entre a AVON e a executiva de vendas sob outra modalidade que não o padrão empregatício. Esclareça-se que, no caso da executiva de vendas, existem as três dimensões da subordinação: a objetiva (a executiva realizava os objetivos da empresa, estruturando, organizando e gerindo as vendas pelas revendedoras); a subordinação estrutural (a executiva de vendas estruturava, organizava e geria o sistema de vendas por meio de revendedoras, fixando e cobrando metas em nome da empresa; para as revendedoras, é como se a executiva de vendas fosse a própria empresa, pois ela era a voz e

os ouvidos da reclamada na linha de distribuição); por fim, a subordinação clássica, realizada por meio de um sistema concentrado e lógico de reuniões, orientações, metas, acompanhamentos por chefias e reportes contínuos à reclamada. Recurso de revista conhecido e provido”.¹⁷

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - AVON - EXECUTIVA DE VENDAS - VÍNCULO EMPREGATÍCIO - SUBORDINAÇÃO - REEXAME CONCEITUAL - PONDERAÇÃO EM FACE DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA - ESSENCIALIDADE NA IDENTIDADE DO TRABALHADOR - ANÁLISE CRITERIOSA DO JULGADOR. O conceito de subordinação tem recebido tratamento especial pela doutrina, na qual se destaca a necessidade de seu reexame, a fim de amparar, nas palavras de Otavio Pinto e Silva, a diversificação das relações jurídicas entre os sujeitos que prestam serviços (trabalhadores) e os que deles necessitam para o desenvolvimento de seus negócios (empresários), impondo-se, desta via a ampliação dos vínculos de atributividade entre capital e trabalho. Nessa evolução

17 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista (RR) n. 964-35.2013.5.10.0001**. Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma. Data do Julgamento: 04/11/2015. Data de Publicação: DEJT 18/12/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20964-35.2013.5.10.0001&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANG5AAU&dataPublicacao=18/12/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 08.10.2017, às 18:59.

quanto à abordagem do conceito de subordinação, parte-se do conceito de *subordinação clássico*; trata-se, com brevidade, a defesa de Otavio Pinto e Silva do conceito de *parassubordinação*; passa-se à ampliação conceitual proposta pelo Ministro Maurício Godinho Delgado para análise da terceirização, *subordinação estrutural*; e, por fim, destacando a proposta de expansão do direito de trabalho, é examinada a proposta de Lorena Vasconcelos Porto, de *subordinação integrativa*. Essa evolução conceitual serve para destacar a necessidade de análise do preenchimento dos elementos definidores do vínculo empregatício, com olhar sensível à realidade atual, com as bases legais estabelecidas, mas com a interpretação orientada pelos princípios que justificam e fundamentam o direito do trabalho. Por outro lado, não se pode desconsiderar o princípio da livre iniciativa, que, nos termos do art. 170 da Constituição Federal, é fundamento da ordem econômica. Nesse sentido, com base em elementos dos autos e nas regras de experiência, reconheço que a reclamada, AVON, destaca-se por se dedicar a um segmento de clientes brasileiros que por muito fora negligenciado pelas empresas brasileiras, as mulheres, sobretudo, aquelas com menor poder aquisitivo. A estratégia de marketing empresarial adotada pela AVON, na qual desenvolveu, com qualidade, produtos especialmente para o fenótipo das mulheres brasileiras,

preços acessíveis ao público destinado e, para tanto, tendo em vista a rede de distribuição, permitiu a complementação de renda de grande quantidade de trabalhadoras brasileiras: empregadas domésticas, manicures, cabeleireiras, secretárias, donas de casa, entre muitas outras, não merece ser desencorajada. Dessa via, também, a adoção de critérios para decisão judicial sem atenção a um juízo de ponderação pode inviabilizar todo o modelo de negócio desenvolvido pela reclamada e tornar imperiosa a necessidade de revisão do negócio pela oclusão da rede de vendedoras articulada. Entretanto, não parece razoável que empresas, que atendem o varejo, tenham um imenso contingente de vendedores, os quais compõem uma desmesurável força de vendas em relação aos concorrentes, tenham um número mínimo de empregados, aos quais ficam restritos os -privilégios- dos direitos trabalhistas. Com essas ponderações, destaco que, além de se apoiar na nova doutrina, em que os arts. 2º e 3º da CLT têm recebido interpretação fundada na efetividade ao direito fundamental ao trabalho digno, o reconhecimento do vínculo empregatício, em situações limítrofes, como a discutida nos autos, deve abordar a questão da -identidade- do trabalhador como elemento determinante da relação empregatícia. Max Weber, no clássico estudo sociológico *A Ética Protestante e o 'Espírito' do Capitalismo*, já destacava o

papel central do trabalho como elemento a fornecer a identidade do indivíduo na modernidade. Por tudo isso, defendo que cabe ao Julgador o papel fundamental de buscar depreender das provas se aquele trabalho desenvolvido, a princípio de forma autônoma, passou, em determinado ponto da relação entre as partes, a representar um papel mais significativo na vida do trabalhador, essencial do ponto de vista de sua identidade. No caso dos autos, foi registrado pela Corte que a reclamante fora contratada como revendedora AVON e, posteriormente, elevada à condição de Executiva de Vendas, na qual passou a ser responsável pela arregimentação, treinamento e gerenciamento do desempenho das revendedoras que indicava, inclusive recebendo cobranças pela quantidade de vendas que essas vendedoras realizavam. Nessa perspectiva, a intensidade dos trabalhos realizados desempenhou papel significativo para trabalhadora, sendo certo, ainda, que o vigor dos questionamentos por produtividade levou, inclusive, à formulação de pretensão de indenização por assédio moral, a qual ainda que julgada improcedente revela a centralidade daquela relação na identidade da reclamante. Assim, os elementos destacados pela Corte regional indicam que, efetivamente, houve o correto enquadramento jurídico da questão, esbarrando-se qualquer conclusão de forma diversa na incidência

objetiva da Súmula nº 126 desta Corte. Agravo de instrumento desprovido”.¹⁸

“EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO – CONFIGURAÇÃO - A relação empregatícia forma-se quando presentes os elementos fático-jurídicos especificados pelo caput dos artigos 2º e 3º da CLT: trabalho prestado por pessoa física a um tomador, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação. A subordinação, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer destas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista (art. 3º, *caput*, CLT)”.¹⁹

18 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) n. 394500-42.2009.5.09.0018**. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma. Data do Julgamento: 18/12/2012. Data de Publicação: DEJT 01/02/2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20394500-42.2009.5.09.0018&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKICAAW&dataPublicacao=01/02/2013&localPublicacao=DEJT&query=>>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:02.

19 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário (RO) n. 0032600-90.2007.5.03.0076**. Relator: Mauricio Godinho Delgado, 1ª Turma. Data do Julgamento: 27/08/2007.

“SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, INTEGRATIVA OU RETICULAR - OU SIMPLEMENTE SUBORDINAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. A subordinação como um dos elementos fático-jurídicos da relação empregatícia é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente a outrem. Estar subordinado é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade info-info (expressão do grande Chiarelli), baseada na informação e na informática, a subordinação não é mais a mesma de tempos atrás. Do plano subjetivo corpo a corpo ou boca/ouvido (típica do taylorismo/fordismo), ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial. A empresa moderna livrou-se da sua represa; nem tanto das suas presas. Mudaram-se os métodos, não a sujeição, que trespassa o próprio trabalho, nem tanto no seu modo de fazer, mas no seu resultado. O controle deixou de ser realizado diretamente por ela ou por prepostos. Passou a ser exercido pelas suas sombras; pelas suas sobras em células de produção. A subordinação objetiva aproxima-se muito da não eventualidade: não importa a

expressão temporal nem a exteriorização dos comandos. No fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial. Nesse aspecto, diria até que para a identificação da subordinação se agregou uma novidade: núcleo produtivo, isto é, atividade matricial da empresa, que Godinho denominou de subordinação estrutural. A empresa moderna, por assim dizer, se subdivide em atividades centrais e periféricas. Nisso ela copia a própria sociedade pós-moderna, de quem é, simultaneamente, mãe e filha. Nesta virada de século, tudo tem um núcleo e uma periferia: cidadãos que estão no núcleo e que estão na periferia. Cidadãos incluídos e excluídos. Trabalhadores contratados diretamente e terceirizados. Sob essa ótica de inserção objetiva, que se me afigura alargante (não alarmante), eis que amplia o conceito clássico da subordinação, o alimpamento dos pressupostos do contrato de emprego torna fácil a identificação do tipo justralhista. Com ou sem as marcas, as marchas e as manchas do comando tradicional, os trabalhadores inseridos na estrutura nuclear de produção são empregados. Na zona grise, em meio ao fogo jurídico, que cerca os casos limítrofes, esse critério permite uma interpretação teleológica desaguadora na configuração do vínculo empregatício. Entendimento contrário, data venia, permite que a empresa deixe de atender a sua função social, passando,

em algumas situações, a ser uma empresa fantasma atinge seus objetivos sem empregados. Da mesma forma que o tempo não apaga as características da não eventualidade; a ausência de comandos não esconde a dependência, ou, se se quiser, a subordinação, que, modernamente, face à empresa flexível, adquire, paralelamente, cada dia mais, os contornos mistos da clássica dependência econômica”.²⁰ (Sem grifos no original).

“RELAÇÃO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - RETICULAR - Exercendo o trabalhador função essencialmente inserida nas atividades empresariais da reclamada e, uma vez inserido no contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Nesse ambiente pós grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas “colaborar”. A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica. A subordinação jurídica tradicional

20 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário (RO) n. 0094200-76.2008.5.03.0109**. Relator: Luiz Otavio Linhares Renault, 4ª Turma. Data do Julgamento: 03/12/2008. Data de Publicação: 13/12/2008. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:09.

foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação. No contexto fático em que se examina o presente caso, ressume da prova a subordinação estrutural-reticular do trabalhador ao empreendimento de comunicação multimídia, cujo beneficiário final, *in casu*, era a reclamada.²¹ (Sem grifos no original).

“VÍNCULO DE EMPREGO - SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - Se, no exercício das funções, o trabalhador executa tarefas inseridas no contexto das atividades essenciais ao processo produtivo da empresa, não se requer, para análise do elemento subordinação, que ocorram ordens e fiscalização direta, tampouco a presença do trabalhador no estabelecimento. Basta que se passe a ordenar apenas a produção, o que traduz uma nova forma de organização produtiva. Sua cuja raiz é a empresa-mater, que se ramifica e forma uma nova espécie de subordinação, a que a doutrina tem denominado “subordinação estrutural”, em que

21 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário (RO) n. 0000501-82.2012.5.03.0079**. Relatora Convocada: Erica Aparecida Pires Bessa, 1ª Turma. Data do Julgamento: 10/12/2012. Data de Publicação: DEJT 14/12/2012. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:12.

o trabalho executado integra a estrutura da empresa, ao inserir o trabalhador na dinâmica empresarial do tomador de serviços. Recurso ordinário das autoras a que se dá provimento para reconhecer a existência de vínculo empregatício”.²²

“VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. A configuração do vínculo empregatício pressupõe que o trabalhador esteja inserido na estrutura da empresa (elemento de subordinação estrutural), e que ofereça prestação laboral indispensável aos fins da atividade empresarial da ré (elemento de subordinação objetiva), como o que se verificou no caso em tela. Conclusão sentencial favorável ao reclamante que ora se mantém”.²³

Por meio da noção de subordinação estrutural podem ser superadas as atuais dificuldades, enfrentadas pelos operadores jurídicos, no enquadramento de situações fáticas, advindas do uso do conceito tradicional de subordinação. Tais dificuldades foram agravadas em virtude de fenômenos contemporâneos como a terceirização trabalhista, tratada nas leis em análise como

22 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário (RO) n. 0439600-45.2008.5.09.0021**. Relatora: Marlene T. Fuverki Suguimatsu, 2ª Turma. Data do Julgamento: 25/08/2009. Data de Publicação: DJPR 18/09/2009. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/pesquisaprocessual/processo/exibirProcesso.xhtml>>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:16.

23 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário (RO) n. 0182900-26.2009.5.09.0303**. Relator: Celio Horst Waldruff, 1ª Turma. Data do Julgamento: 22/06/2010. Data de Publicação: DEJT 13/07/2010. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/pesquisaprocessual/processo/exibirProcesso.xhtml>>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:24.

prestação de serviço. Nesse sentido, a noção proposta permite não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, mas também oferece uma resposta normativa eficaz a alguns dos seus instrumentos desregulamentadores, como a terceirização²⁴.

Todavia, mesmo nos dias atuais, na maior parte das relações de emprego, a subordinação ainda se faz presente em sua acepção tradicional. Desse modo, a matriz clássica não pode ser abandonada ou substituída, mas, sim, deve ser acrescida de uma nova dimensão, que é a subordinação estrutural.

Em razão de a subordinação clássica consistir na presença de efetivas e intensas ordens patronais, a sua visualização e prova no caso concreto são mais fáceis. Assim, basta a constatação da sua existência para que o operador do Direito possa concluir pela configuração da subordinação. Todavia, caso a dimensão clássica não se faça presente, a análise e a investigação do caso concreto devem necessariamente prosseguir, para se determinar se a subordinação se configura em sua dimensão estrutural.

Destarte, o método mais racional seria verificar, primeiramente, se a subordinação em sua dimensão clássica se faz presente. Em caso negativo, parte-se para a análise da presença da subordinação na dimensão estrutural. Presente qualquer uma das duas dimensões, clássica ou estrutural, resta configurada a subordinação.

24 DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Op. Cit. p. 667.

1.4 A isonomia

1.4.1 Problematização

A contratação de empresa prestadora de serviços para desempenhar atividades finalísticas da tomadora pode implicar a convivência, em um mesmo ambiente de trabalho e desenvolvendo as mesmas atividades, de trabalhadores diretamente contratados com trabalhadores contratados por terceiros. Mister se faz, portanto, analisar essa questão pelas lentes do princípio da isonomia.

Nessa toada, analisemos o art. 4º-C.²⁵

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

Conjugando-se o referido dispositivo com o preceituado pelo art. 4º-A que traz o conceito de contrato de prestação de serviço, observa-se que a intenção do legislador foi assegurar aos trabalhadores contratados pela prestadora, quando e enquanto as atividades forem realizadas nas dependências da tomadora, direitos pertinentes a: a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; b) direito de utilizar os serviços de transporte; c) atendimento médico ou ambulatorial

²⁵ BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Op. Cit.

existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. Além disto, o inciso II do aludido dispositivo também prevê o direito às mesmas condições sanitárias dos empregados da empresa tomadora dos serviços, especificadas como medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Ao prever, de modo expresso, tais vantagens, a vontade do legislador teria sido excluir outros direitos, assegurados aos empregados da empresa tomadora de serviços, dos empregados da prestadora de serviços.²⁶ Então, se a lei fez menção expressa a alguns direitos é porque a intenção era a de excluir outros. Inclusive, o primeiro parágrafo que segue o preceito normativo analisado conflui para este entendimento. Eis o texto:

§ 1º - Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

O § 1º traz a *possibilidade* de a contratante (tomadora dos serviços) e a contratada (prestadora dos serviços) estabelecerem que os empregados desta última façam jus a salário equivalente ao pago aos empregados da

26 Aqui incidiria o conceito de “norma geral exclusiva”, que se refere ao fato de que uma norma jurídica, ao regular comportamentos, automaticamente exclui aqueles que não constam de sua hipótese de incidência. Exemplo: “Uma norma que proíbe fumar exclui da proibição, ou seja, permite, todos os outros comportamentos que não sejam fumar”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico** [Teoria dell’ordinamento giuridico]. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. P. 133.

contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

Observe-se que o legislador utilizou o termo “*poderão*”. É indubitável que este vocábulo sugere uma faculdade e não uma obrigação, o que decorreria do uso, por exemplo, do termo “*deverão*”. Logo, se é uma faculdade (e não obrigatoriedade) pode-se prever a igualdade de salário ou não, dependendo isto unicamente da vontade das empresas contratantes.

Nesse contexto, pode-se dizer que há a possibilidade de que a transferência de atividade por meio de contrato de prestação de serviços com outra empresa aconteça em relação a tarefas que podem ou não ser executadas por empregados próprios da contratante. Assim, poderá haver situação em que a atividade seja totalmente realizada por empregados da contratante, atividade que seja totalmente executada pela prestadora, e, por fim, atividade que seja em parte realizada por empregados da contratante e outra parte por empregados da prestadora.

No caso, por exemplo, de uma atividade “A” ser totalmente executada por empregados da contratante e outra atividade, “B”, ser completamente realizada por empregados da prestadora, e considerando-se que tais atividades sejam distintas, nesta hipótese entende-se aplicável a regulamentação da reforma trabalhista, que faculta (e não obriga) o tratamento igualitário entre tais trabalhadores. A faculdade aqui decorre do fato de as atividades executadas serem diferentes e não do fato de os trabalhadores estarem vinculados a empregadores distintos.

Por outro lado, resta a dificuldade relativa à possibilidade de empregados da prestadora realizarem as mesmas tarefas dos trabalhadores vinculados à contratante, ou seja, quando a transferência da atividade seja parcial, convivendo no mesmo espaço e realizando o mesmo trabalho pessoas vinculadas a empregadores diferentes. Então, pergunta-se: é possível haver discriminação entre os empregados de ambas as empresas, considerando-se que eles realizam as mesmas atividades e contribuem, com seus trabalhos, para a elaboração do mesmo produto? Esta discriminação, ou seja, prever direitos distintos para pessoas que realizam as mesmas atividades, é possível ou é arbitrária? A Constituição autoriza tal discriminação?

1.4.2 Vinculação do legislador ao princípio da isonomia

O princípio da igualdade jurídica (ou formal) do período liberal se converteu em igualdade material no Estado Social de Direito. Sua força normativa foi acentuada neste período, sendo que tal princípio vincula não somente o legislador ordinário (federal ou estadual), como também o poder constituinte derivado reformador, que ao elaborar uma emenda constitucional deve observar o princípio da igualdade.²⁷

Outrora havia discussão na doutrina e jurisprudência sobre a vinculação do legislador ao princípio da igualdade material ou isonomia. Isto porque a observância da igualdade quando da elaboração das leis implicava, segundo alguns, a limitação da

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 376. No

discricionariedade do legislador pelo órgão judicial, que poderia invalidar a lei, por inconstitucionalidade, com base no princípio da isonomia. Nesta perspectiva, dependendo da valoração do princípio da igualdade pelo julgador poderia a decisão ser em um ou em outro sentido, pela validade ou invalidade da norma jurídica. Assim, poder-se-ia, de acordo com esta interpretação, aferir a sobreposição do julgador perante o legislador e, pois, a prevalência do Judiciário em face do Legislativo.

Mas o princípio da isonomia deve sim vincular não somente o aplicador da lei, que ao interpretá-la está impedido de adotar o sentido que resulte em uma desigualdade arbitrária de tratamento de situações ou pessoas, mas também o legislador, que ao elaborar normas jurídicas deve pautar-se pelo zelo com os destinatários da lei, a fim de que não lhes imprima, com a atividade legiferante, circunstâncias violadoras da igualdade, ou que lhes ocasione disparidade injustificada de tratamento.²⁸

mesmo sentido, ou seja, de que o legislador também está vinculado ao princípio da isonomia: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª Ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2007. PP. 215-216.

28 Francisco Campos defende que o princípio da igualdade perante a lei não só vincula, mas tem como “principal destinatário o legislador”. O autor acrescenta que: “A lei é uma regra de direito, e o legislador dispõe por via geral, e assim, não lhe é lícito escolher ou privilegiar ou privilegiar determinadas situações, a não ser que estas sejam, por si mesmas, singulares ou privilegiadas. A razão pela qual a lei institui um regime para determinados casos ou indivíduos, se em outros se verifica a mesma incidência daquela razão, a regra de direito estabelecida para aqueles se estende, igualmente, a estes. Não é lícito à lei discriminar entre indivíduos os casos entre os quais existe uma relação de igualdade, conferindo a uns vantagens ou regalias que não se tornem extensivas aos casos ou indivíduos que se encontram na mesma situação que a lei tomou como base, critério ou razão para o tratamento que dispensou aos primeiros”. CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Vol. II. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958. P. 189.

Isto porque a lei não pode ser “fonte de privilégios ou perseguições”, pelo contrário, deve promover a regulação da vida da sociedade na direção do tratamento equânime das pessoas.²⁹

Além disto, a isonomia é um direito fundamental, tanto sob o aspecto formal (consta expressamente no rol dos direitos fundamentais), quanto do ponto de vista material, por concretizar a dignidade humana, ponto de convergência de todos os direitos materialmente fundamentais.

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º, já traz a igualdade como direito humano: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.³⁰ E os direitos fundamentais distinguem-se dos direitos humanos por terem sido positivados pelos Estados. Ou seja, há direitos que são humanos (previstos na Declaração) e que também são fundamentais (previstos em normas dos Estados), como é o caso da igualdade, pois está prevista no artigo 5º, da CF/88:³¹

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do

29 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Ed. 18ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 10.

30 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 12.08.2017, às 00:09.

31 BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16.08.2017, às 08:37.

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Trata-se, pois, a igualdade, de direito fundamental. E, neste contexto, incólume de dúvidas de que há de existir a vinculação tanto do poder público quanto dos particulares aos direitos fundamentais, pois isto decorre de interpretação do artigo 5º, § 1º, da CF:³²

Art. 5º. (...).

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No que concerne ao poder público, o preceito relativo à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais impele os órgãos estatais a tomarem as medidas necessárias para o cumprimento deste comando.³³

O Poder Legislativo, por exemplo, deve editar atos normativos tendentes a conformar os direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, sendo, destarte, limitada sua discricionariedade legislativa. Cabe ao Legislador, nesse contexto, a atuação negativa, no sentido de se abster de produzir normas contrárias aos direitos fundamentais, mas, igualmente, no aspecto positivo,

32 Ibid.

33 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª. Ed. Rev. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 356.; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. IV. 3ª. Ed. Rev. Atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. PP. 311-327; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004. PP. 179-189. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, S/D. P. 438, referindo-se ao artigo 18º, da Constituição da República Portuguesa.

incumbe-lhe o estabelecimento de normas conformadoras dos mencionados direitos fundamentais.³⁴

A Administração Pública, por sua vez, também deve ter sua conduta em conformidade com os direitos fundamentais no duplo aspecto (negativo e positivo) retro citado. Com efeito, os atos administrativos editados pelo Executivo devem aplicar e interpretar as leis infraconstitucionais em consonância com os direitos fundamentais.³⁵

Enfim, no que concerne à vinculação dos órgãos públicos aos direitos fundamentais, os tribunais hão de interpretar as normas jurídicas de forma a efetivarem-nos, na maior medida possível.³⁶ Pode-se dizer, ainda, que a “vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais” refere-se a três aspectos: verificar a conformidade de leis ou outros atos com os direitos fundamentais; a eficácia das decisões dos Tribunais Superiores em relação às demais instâncias; a delimitação de competências e a definição de atribuições das várias instâncias judiciais.³⁷

Nesse ínterim, cabe mencionar julgado do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a vinculação do poder público aos direitos fundamentais:

34 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. PP. 440-441; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. PP. 367-368.

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. PP. 442-446; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. PP. 369-370.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. PP. 372-373.

37 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. P. 447.

EXTRADIÇÃO E NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO ESTADO DE DIREITO E DO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS. CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ARTS. 5º, § 1º E 60, § 4º. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO DELITUOSA E CONFABULAÇÃO. TIPIFICAÇÕES CORRESPONDENTES NO DIREITO BRASILEIRO. NEGATIVA DE AUTORIA. COMPETÊNCIA DO PAÍS REQUERENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA PARA O JULGAMENTO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO DELITUOSA. IMPROCEDÊNCIA: DELITO PRATICADO NO PAÍS REQUERENTE. FALTA DE AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS. IRRELEVÂNCIA: DOCUMENTOS ENCAMINHADOS POR VIA DIPLOMÁTICA. PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEVIDAMENTE INSTRUÍDO. Obrigação do Supremo Tribunal Federal de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. 2. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele País. 3. Necessidade de se assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. 4. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais

a esses direitos deve obrigar o estado a guardar-lhes estrita observância. 5. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da constituição (art. 60, § 4º). 6. Direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno estado democrático de direito. 7. A proteção judicial efetiva permite distinguir o estado de direito do estado policial e a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. 8. Necessidade de que seja assegurada, nos pleitos extradicionais, a aplicação do princípio do devido processo legal, que exige o *fair trial* não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual, mas de todo o aparato jurisdicional. 8. Tema do juiz natural assume relevo inegável no contexto da extradição, uma vez que o pleito somente poderá ser deferido se o estado requerente dispuser de condições para assegurar julgamento com base nos princípios básicos do estado de direito, garantindo que o extraditando não será submetido a qualquer jurisdição excepcional. 9. Precedentes (Ext. No 232/Cuba-segunda, relator min. Victor Nunes Leal, DJ 14.12.1962; Ext. 347/Itália, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 9.6.1978; Ext. 524/Paraguai, rel. Min. Celso de Mello, DJ 8.3.1991; Ext. 633/República Popular da China, rel. Min. Celso de Mello, DJ 6.4.2001; Ext. 811/Peru, rel. Min. Celso de Mello,

DJ 28.2.2003; Ext. 897/República Tcheca, rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.09.2004; Ext. 953/Alemanha, rel. Min. Celso de Mello, DJ 11.11.2005; Ext. 977/Portugal, rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.11.2005; Ext. 1008/Colômbia, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 11.05.2006; Ext. 1067/Alemanha, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.06.2007). 10. Em juízo tópico, o Plenário entendeu que os requisitos do devido processo legal estavam presentes, tendo em vista a notícia superveniente de nomeação de novos ministros para a Corte Suprema de Justiça da Bolívia e que deveriam ser reconhecidos os esforços de consolidação do estado democrático de direito naquele país. Tráfico de entorpecentes e associação delituosa e confabulação. Crimes tipificados nos artigos 48 e 53 da Lei n. 1.008, do Regime de Coca e Substâncias Controladas. Correspondência com os delitos tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei brasileira n. 11.343/2006. Negativa de autoria. Matéria insuscetível de exame no processo de extradição, sob pena de indevida incursão em matéria da competência do País requerente. Competência da Justiça brasileira para o julgamento do crime de associação. Improcedência, face à circunstância de o crime ter sido praticado no País requerente. Falta de autenticação de documentos que instruem o pedido de extradição. A apresentação do pedido por via diplomática constitui prova suficiente da autenticidade. Pedido de extradição devidamente

instruído com: (i) a ordem de prisão emanada do País requerente, (ii) a exposição dos fatos delituosos, (iii) a data e o lugar em que praticados (iv) a comprovação da identidade do extraditando e (v) os textos legais relativos aos crimes e aos prazos prescricionais. Extradicação deferida.³⁸

No julgado o STF reconhece a vinculação do poder público aos direitos fundamentais e, no caso, a aplicação do princípio do devido processo legal. Portanto, verifica-se a obrigatoriedade de observância dos direitos fundamentais, dentre eles, a isonomia, pelo ente público.

Vale dizer que esta discussão sobre a vinculação ou não do legislador à isonomia ocorreu somente no Brasil, mas também na Alemanha e em Portugal, só para citar dois países com constituições de caráter social-democrático.

Nesse contexto, verifica-se que o artigo 3º, § 1º, da Constituição Alemã possui redação semelhante à que consta no início do nosso artigo 5º: “Todas as pessoas são iguais perante a lei”.³⁹ A interpretação feita pela doutrina e jurisprudência tudesca foi no

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação (Ext) n. 986/BO**. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 15/08/2007. Data da Publicação: Dje 05/10/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+986%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+986%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/as86lpp>>. Acesso em: 24.08.2017, às 23:21.

39 ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Trad. Assis Mendonça. Rev. Jur. Urbano Carvelli. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 07/08/2017, às 11:06.

sentido da vinculação deste preceito não somente ao aplicador do direito, mas igualmente ao legislador.⁴⁰

Como nem todas as pessoas e situações podem ser tratadas (sempre) de forma igual, assume-se a fórmula clássica de que “deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.⁴¹ Mas uma aferição meramente formal, voltada a analisar tão-somente a estrutura das normas, apontaria para situações injustas, tal como considerar como válida, por preencher o princípio da igualdade, uma norma nazista sobre o tratamento conferido aos judeus.⁴² Isto porque a norma trataria “desigualmente” “pessoas desiguais”, em função de comporem grupos diferentes (não judeus x judeus). E também cumpriria o requisito da igualdade se o tratamento do grupo respeitasse a norma jurídica: todos os judeus tratados da mesma forma e todos os não judeus são igualmente tratados. A injustiça residiria na diferenciação atribuída aos grupos considerados. Mas, para constatar a injustiça, a mera estrutura normativa, ou seja, a verificação unicamente formal, não possibilitaria esta conclusão.

Assim, a vinculação do legislador ao princípio da igualdade não pode partir de uma exigência concernente à estrutura da norma (“forma lógica das normas”), mas ao seu conteúdo, ou seja, não no que respeita ao aspecto formal, porém a um “dever *material* de igualdade”.⁴³

40 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** [Theorie der Grundrechte]. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. PP. 393-396.

41 Decorrente da interpretação sobre o conceito de justiça distributiva desenvolvido por ARISTÓTELES em seu livro *Ética a Nicômaco*.

42 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. P. 398.

43 Ibid.

Outra abordagem pode ser enfocada no artigo 1º, § 3º, da Lei Fundamental, que prevê que os direitos fundamentais explicitados nela representam “direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”.⁴⁴ O artigo 3º dispõe sobre a igualdade, que é reputada como direito fundamental.

Com base nesses dispositivos, HESSE defende que o legislador está vinculado ao princípio da igualdade e, portanto, a lei deve observar, em seu conteúdo, a isonomia.⁴⁵

Em Portugal dá-se o mesmo, ou seja, a interpretação jurídica é consentânea com a vinculação do legislador ao princípio da isonomia. A Constituição Portuguesa, em seu artigo 13º, apresenta redação muito próxima da Constituição Federal pátria no que concerne ao princípio da igualdade: “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.⁴⁶

Interpretando este dispositivo, CANOTILHO ressalta que a “igualdade perante a lei” significa tanto a igualdade na “aplicação do direito”, quanto a igualdade na “criação do direito”. Isto denota o entendimento do constitucionalista no sentido da vinculação do legislador ao princípio da igualdade.⁴⁷

Voltando ao Brasil, pode-se colacionar, por oportuno, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da

44 ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Op. Cit.

45 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** [Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland]. Trad. da 20ª Ed. Alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. P. 330.

46 PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 09/08/2017, às 22:43.

47 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. P. 426.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.305-1/DF, que apresenta a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 77 DA LEI FEDERAL N. 9.504/97. PROIBIÇÃO IMPOSTA AOS CANDIDATOS A CARGOS DO PODER EXECUTIVO REFERENTE À PARTICIPAÇÃO EM INAUGURAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS NOS TRÊS MESES QUE PRECEDEM O PLEITO ELETIVO. SUJEIÇÃO DO INFRATOR À CASSAÇÃO DO REGISTRO DA CANDIDATURA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ARTIGO 50, CAPUT E INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA.

1. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes. 2. O preceito inscrito no artigo 77 da Lei federal n. 9.504 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil. 3. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os

atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.⁴⁸

Trata-se de questionamento do artigo 77 da Lei n. 9.504/97, que estabelece a proibição de candidatos a cargos eleitorais de participarem de inaugurações de obras públicas nos três meses que antecedem o pleito. No que tange ao princípio da isonomia, ressalta sua aplicação tanto ao aplicador (Judiciário), quanto ao criador do direito (Legislativo), além de mencionar que o tratamento haverá de ser igual para os iguais e desigual para os desiguais, frisando que esta distinção deve guardar relação (“razão adequada”) com a desigualdade fática, a fim de que não seja “arbitrária”.

Desse modo, pode-se concluir que deverá o legislador respeitar o princípio da isonomia quando da criação da lei.

1.4.3 Conteúdo jurídico do princípio da isonomia

A partir da premissa de que o respeito ao princípio da igualdade ou isonomia deve atingir o aplicador e o criador da lei, deve-se perscrutar sobre o conteúdo jurídico deste princípio.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.305-1/DF**. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 13/09/2006. Data da Publicação: DJ 24/11/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3305.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3305.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4o2656>>. Acesso em: 11.08.2017, às 08:46.

Para ALEXY o tratamento igualitário deve ser obrigatório, salvo quando houver uma razão suficiente para permitir uma solução desigual. Havendo uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual, então ele será obrigatório. Assim, a igualdade é a regra, ao passo que o tratamento desigual deve ser justificado ou motivado.⁴⁹

Neste contexto, deve-se dizer que o tratamento igualitário, em regra, é obrigatório. A desigualdade deve ser justificada ou motivada, até porque a ordem constitucional estabelece diversas regras que buscam coibir a distinção. Cite-se, por exemplo, o seguinte dispositivo:⁵⁰

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
(...).

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O inciso primeiro do dispositivo mencionado, apesar de não trazer consigo regra literal de vedação da discriminação, pressupõe tal norma ao prescrever sobre a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, pois não há verdadeira liberdade e justiça

49 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. PP. 407-411.

50 BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Op. Cit.

com discriminações arbitrárias. Os outros itens destacados são mais enfáticos em relação à proibição da discriminação ou à promoção da igualdade, prevendo a “erradicação da pobreza e a marginalização”, além da “redução das desigualdades sociais”, seguindo-se com a “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Deste modo, não pode haver dúvida de que a ordem jurídica pátria estabelece a regra de tratamento igual, sendo que a desigualdade é a exceção, devendo ser justificada.

Na busca por definir o sentido da igualdade, de modo a possibilitar, em alguns casos, o tratamento desigual, CANOTILHO aponta três abordagens: a) princípio da universalidade; b) igualdade material por meio da lei; e c) igualdade justa.

A primeira representa a previsão de igual tratamento ou consequência jurídica para “todos os indivíduos com as mesmas características”. No caso, o princípio da igualdade ficaria reduzido a um “postulado de universalização”. Os exemplos dados são ilustrativos: poderia haver lei que previsse a obrigação de que todos os judeus fossem obrigados a usar uma sinalização na testa; ou, então, uma lei que determinasse que todos os indivíduos da “raça negra” deveriam estudar em escolas separadas dos indivíduos da “raça branca”. Aqui a igualdade seria meramente formal. Se todos os judeus fossem tratados desta forma a lei estaria sendo cumprida. Se todos os negros estudassem nas mesmas escolas segregadas também a norma estaria sendo observada. Ou seja, não se estaria aferindo a matéria, o conteúdo da lei, mas tão-somente a forma.⁵¹

51 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. P. 427.

Por seu turno, a igualdade por meio da lei apregoa a “igualdade de tratamento para os iguais” e a “desigualdade de tratamento para os desiguais”. Busca-se, então, uma “igualdade relacional”, ou seja, a igualdade no tocante a determinadas características e, em caso afirmativo, a necessidade de tratamento igual. No mesmo contexto, a desigualdade quanto a estas características denotaria a necessidade de tratamento assimétrico.⁵²

Por fim, a igualdade justa avança um pouco sobre a concepção da igualdade por meio da lei, pois busca um “critério de valoração” que justifique o tratamento igualitário ou assimétrico. Neste ínterim, surge a ideia de “proibição geral do arbítrio”, que deve estar aglutinada com um fundamento ou “critério material objetivo”. Entende-se, neste caso, que haverá “violação arbitrária da igualdade jurídica” quando a norma jurídica não se basear em: 1) “fundamento sério”; 2) “não tiver um sentido legítimo”; e 3) “estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”.⁵³

MELLO⁵⁴, em estudo clássico sobre o tema, propõe o reconhecimento da legitimidade de distinções, ou seja, que elas sejam adotadas sem transgredir o princípio da isonomia, desde que se cumpram três requisitos:

- a) **Verificação do fator ou elemento que é tomado como referência para o tratamento desigual;**

52 Ibid. PP. 427-428.

53 Ibid. P. 428.

54 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. Op. Cit. P. 21.

- b) Aferição acerca da “correlação lógica abstrata” entre o fator de “discrímen” e a assimetria na consequência jurídica;**
- c) Compatibilidade da diferenciação jurídica com os valores constitucionais.**

No tocante ao primeiro requisito, apresentam-se duas exigências que devem ser simultaneamente preenchidas para que ele venha a ser considerado cumprido. A primeira condiz com o destinatário da norma e a segunda com o elemento de “discrímen” estar localizado na pessoa, coisa ou situação levada em consideração para a distinção jurídica.

A primeira exigência é a de que a lei não pode individualizar, no presente e de modo absoluto, o destinatário. Com isso logra-se alcançar dois objetivos: evitar favorecimentos e coibir perseguições. Se houvesse singularização absoluta poder-se-ia cair em quaisquer das duas situações: se somente uma pessoa pudesse ser enquadrada em uma norma benéfica haveria favorecimento; de outro lado, se, no mesmo caso, a norma impusesse excessivo encargo a só uma pessoa, haveria perseguição. Em ambas as situações estar-se-ia diante de afronta ao princípio da isonomia por não observância do primeiro requisito, relacionado ao elemento tomado como fator de distinção.⁵⁵

O outro requisito é o de que o fator de “discrímen” resida na pessoa, coisa ou situação considerada para atribuir a desigualdade jurídica. Logo, a discriminação não pode ser alicerçada em fator

⁵⁵ Ibid. P. 23-24.

alheio ou neutro em relação às pessoas, coisas ou situações com tratamento diferenciado.⁵⁶

A segunda exigência para autorizar a distinção jurídica condiz com a “correlação lógica abstrata” entre o fator de “discrímen” e a assimetria no tratamento jurídico. Não há razão lógica e jurídica para que a lei preveja um elemento de discriminação e um tratamento específico sem que haja uma conexão lógica entre o elemento de “discrímen” e a disparidade de consequência. Ou seja, deve haver uma adequação entre a distinção e a “razão diferencial” que lhe serve de alicerce.⁵⁷

O último requisito concerne à conciliação entre a assimetria jurídica estabelecida na relação analisada e os valores constitucionais. Vale transcrever as palavras do autor:

Deveras, a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento.⁵⁸

Portanto, pode-se dizer que a regra é do tratamento igualitário, sendo possível a assimetria em situações em que haja desigualdade, desde que sejam preenchidos os parâmetros trazidos por MELLO, sobretudo, a compatibilidade da distinção com valores constitucionais.

56 Ibid. P. 29-30.

57 Ibid. P. 37-40.

58 Ibid. P. 42.

E é possível afirmar que a jurisprudência brasileira compreende que é possível haver tratamento desigual ao interpretar o ordenamento jurídico nacional, desde que isto ocorra de modo a prestigiar valores constitucionais, mormente os atrelados à concretização de direitos fundamentais. Na verdade, a desigualdade no tratamento jurídico acaba sendo aceita em virtude da desigualdade material existente na sociedade, sendo que a assimetria jurídica objetiva alcançar a igualdade material por meio de criação de vantagens, alçando determinados grupos ou situações para patamares mais próximos de outros que se encontram materialmente em posições mais vantajosas.

Fala-se, nesse contexto, da adoção de um tratamento diferenciado no plano jurídico com o objetivo de lograr a igualdade no aspecto social ou econômico, ascendendo grupos historicamente discriminados em razão de sexo, raça ou classe social.⁵⁹

Citam-se, a seguir, alguns exemplos de julgados que se afinam com este tema. O primeiro diz respeito ao favorecimento de estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral na participação no Programa Universidade para Todos (PROUNI), entendendo-se que pessoas nesta condição seriam de classe econômica inferior:

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA

59 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 362.

UNIVERSIDADE PARA TODOS - PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. 1. A FENAFISP não detém legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Isto porque, embora o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal haja atribuído legitimidade ativa *ad causam* às entidades sindicais, restringiu essa prerrogativa processual às confederações sindicais. Precedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. Participação da entidade no processo, na qualidade de *amicus curiae*. 2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na Medida Provisória nº 213/2004. 3. A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. 4. A Lei nº 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar. Tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos

impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. 5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. 6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. 7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A

desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um *descrímen* que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.

8. O PROUNI é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonialização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170).

9. O art. 9º da Lei nº 11.096/2005 não desrespeita o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, porque a matéria nele (no art. 9º) versada não é de natureza penal, mas, sim, administrativa. Trata-se das únicas sanções aplicáveis

aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, condicionado à abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI's 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes.⁶⁰

Nesse julgado se vislumbra uma situação de desigualdade no tratamento por considerar que determinado grupo de pessoas encontrava-se em condição inferior, socialmente falando, o que justificava a assimetria de consequências jurídicas. Ou seja, a desigualdade foi utilizada para reequilibrar as relações sociais respectivas. Destaca-se o seguinte trecho:

34. Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. É como dizer: a lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.330/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 03/05/2012. Data da Publicação: Dje 21/03/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3330.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3330.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbaylot>>. Acesso em: 11.08.2017, às 15:30.

densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. O que ela (a lei) não pode é incidir no “preconceito” ou fazer “discriminações”, que nesse preciso sentido é que se deve interpretar o comando constitucional de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O vocábulo “distinção” a significar discriminação (que é proibida), e não enquanto simples diferenciação (que é inerente às determinações legais).

E, mais adiante, resta evidente o critério ou fator que é aceito como “discrímen”: “(...) Logo, somente é de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição”. Outro exemplo concerne à assimetria de tratamento com base em critério racial, considerando a histórica desigualdade material nesta seara, verificando-se que os negros, em regra, ocupam a base da pirâmide social. Destarte, a lei trazer vantagens jurídicas para indivíduos negros, tendo como escopo alçá-los de patamar, equalizando socialmente as condições, é plenamente cabível e prestigiada constitucionalmente. Vide o julgado:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM

SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia - o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de

sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII - No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação, é escusado dizer, incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios

empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.⁶¹

Trata-se aqui da abordagem da igualdade sob o aspecto material, por meio da aplicação da justiça distributiva, de modo a possibilitar a “participação equitativa nos bens sociais” (RAWLS). Com isto, exige-se do Estado a adoção de políticas públicas voltadas à realocação de bens, no sentido de franquear o acesso de grupos menos favorecidos às oportunidades existentes na sociedade.

Assim, entende-se como possível e desejável o tratamento desigual em algumas situações (como as ações afirmativas), mas com o objetivo de promover a própria igualdade por meio do reequilíbrio das relações sociais, oferecendo tratamento jurídico mais favorável a grupos sabida e reiteradamente discriminados (negativamente). Pode-se aduzir que a política de ações afirmativas já foi amplamente decidida e aceita pelo STF: ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgamento: 29/08/2002. Publicação: DJ 29.11.2002; RMS 26.071/DF, Rel. Min. Carlos Britto. 1ª Turma. Julgamento: 13/11/2007. Publicação: DJe 31.01.2008; ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgamento: 03.04.2003. Publicação: DJ 16.05.2003.

Concluindo este ponto, resta clara a possibilidade de tratamento desigual para pessoas, grupos ou situações que estejam

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 26/04/2012. Data da Publicação: DJe 17/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+186.NUME.%29+OU+%28ADPF.ACMS.+ADJ2+186.ACM.S.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aredg4n>>. Acesso em: 11.08.2017, às 16:30.

em situação desigual, mas deve haver uma justificativa plausível e prestigiada pelos valores constitucionais. Os critérios expostos por MELLO podem ser utilizados para se aferir a constitucionalidade da assimetria de tratamento advinda de alguma norma jurídica.

1.4.4 Análise da possibilidade de conferir tratamento desigual a trabalhadores que exercem as mesmas atividades

Pelos parâmetros até aqui traçados, pode-se dizer que o legislador está vinculado ao princípio da isonomia, ou seja, ao criar a lei deve estar atento à observância deste preceito, sendo que a análise em relação ao respeito ao princípio há de ser feita não somente no aspecto formal, mas também no que tange ao conteúdo (matéria) da lei em cotejo com este princípio.

A análise sobre a adequação material passa pelo conteúdo do princípio da igualdade. Parte-se do princípio que o tratamento igual é a regra e o desigual é a exceção, devendo, para ser válida, ancorada em parâmetros outrora mencionados, relativos ao fator ou elemento que serve de referência para o tratamento desigual, à correlação lógica abstrata entre ele e a assimetria no tratamento jurídico e, enfim, na compatibilidade entre esta diferenciação proposta e os valores constitucionais.

Partindo-se destes pressupostos, deve-se voltar ao problema apresentado no início, que diz respeito à possibilidade de a lei facultar a desigualdade de tratamento entre o empregado direto (contratado diretamente pela empresa tomadora) e o vinculado à

prestadora de serviços, mesmo quando eles executem as mesmas tarefas, no mesmo local de trabalho.

O artigo 4º-A acima citado conceitua o contrato de prestação de serviços a terceiros como sendo a “transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”.

Exemplificando, seria o caso de uma empresa “A”, que fabrica um produto “P”, contratando outra empresa, denominada aqui de “T”, para prestar-lhe serviços, podendo, inclusive, tratar-se de atividades relacionadas à fabricação do produto “P”. Tudo isto ocorrendo no espaço fabril de “A”.

Ou seja, verificar-se-iam pessoas trabalhando, lado a lado, realizando as mesmas atividades, fabricando o mesmo produto, mas vinculadas a pessoas jurídicas distintas (algumas como empregadas de “A” e outras como empregadas de “T”).

Dado este quadro fático, passa-se para o artigo 4º-C, que prescreve uma série de direitos assegurados aos empregados de “T” em comparação com os empregados de “A”. Assim, são garantidos aos empregados de “T” os direitos pertinentes a: a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; b) direito de utilizar os serviços de transporte; c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. Além disto, o inciso II do aludido dispositivo também prevê o direito às mesmas

condições sanitárias dos empregados da empresa tomadora dos serviços, especificadas como medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Ao prever, de modo expresso, tais vantagens, a vontade do legislador teria sido excluir outros direitos, assegurados aos empregados da empresa tomadora de serviços, dos empregados da prestadora de serviços. Deste modo, se a lei fez menção expressa a alguns direitos é porque a intenção seria a de excluir outros. Com isto aparece, aqui, a primeira possibilidade de tratamento desigual advinda da nova lei. Os empregados de “A” poderão ter mais direitos do que os empregados de “T”.

Prosseguindo, o primeiro parágrafo que segue o preceito normativo analisado conflui para este entendimento, ao prescrever a *possibilidade* de a contratante (no caso, seria a empresa “A”) e a contratada (no caso, a empresa “T”) estabelecerem, “se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo”. Neste ponto, resta claro que a lei trouxe a possibilidade da desigualdade de tratamento entre os empregados de “A” e os empregados de “T”, ainda que eles executem as mesmas tarefas, no mesmo local de trabalho.

Teoricamente, poderia haver três situações:

- 1) Os empregados da empresa “A” aufeririam maiores vantagens jurídicas (remuneração e outros benefícios, por exemplo) do que os empregados da empresa “T”;

- 2) Os empregados da empresa “T” aufeririam maiores vantagens jurídicas (remuneração e outros benefícios, por exemplo) do que os empregados da empresa “A”;
- 3) O tratamento seria igualitário, ou seja, os direitos dos empregados de ambas as empresas seriam os mesmos.

A última situação não demanda muitas explicações, pois seria a forma prestigiada pelo princípio da igualdade. O objetivo desta análise é o de que somente é possível que ocorra esta situação, juridicamente falando. Ou seja, a ideia é demonstrar, juridicamente, que a única situação constitucionalmente válida é a terceira.

A segunda hipótese, conquanto seja *teoricamente* possível, na prática será de verificação muito remota, para dizer o mínimo. Isto porque a empresa “T”, ou outras que se encontrem em situação similar, não costuma ter capacidade financeira maior do que a empresa que toma os serviços (no caso, a empresa “A”) e, portanto, não oferece aos seus empregados melhores condições do que as oferecidas pela tomadora aos seus. Até porque se a prestadora tivesse esta capacidade financeira possivelmente tomaria para si a condução do processo produtivo, fabricaria o produto, e angariaria os lucros da produção. É óbvio que quem tem maior capacidade financeira opta por ter os meios de produção e controlá-la, podendo definir preços e auferir os lucros advindos com a venda do produto. Em outros termos, se a empresa prestadora dos serviços tivesse maior capacidade financeira ela não seria a prestadora e sim a tomadora dos serviços. Portanto, a segunda situação é mera hipótese, não sendo passível de verificação no mundo fático.

Resta, enfim, a primeira situação aventada: os empregados da empresa “A” aufeririam maiores vantagens jurídicas (remuneração e outros benefícios, por exemplo) do que os empregados da empresa “T”. Esta sim, plenamente factível, devido à capacidade financeira da prestadora (em regra é menor do que a da tomadora) e, exatamente, por isto, ela não tem condição financeira de arcar com os mesmos benefícios trabalhistas para seus empregados. Até porque a ideia da empresa tomadora (a empresa “A”) ao contratar outra empresa “T” para prestar serviços iguais aos de seus empregados só pode ser a redução de custos, pois de outro modo, ou seja, se os custos da contratação fossem maiores do que os empregados diretos, ela preferiria a contratação direta. E para que os custos da prestação de serviços sejam menores do que a contratação direta não há dúvida de que os empregados da prestadora terão condições inferiores quando comparados com os da tomadora, pois esta terá de pagar um valor que abranja tais custos, além do lucro do proprietário da prestadora. Para que o proprietário da prestadora tenha algum lucro e consiga oferecer o serviço em montante inferior ao da contratação direta de empregados resta claro, matematicamente falando, que os empregados da empresa contratada receberão menos benefícios trabalhistas que os da empresa contratante.

Seria, então, assim: a empresa “A” quer reduzir seus custos de produção; resolve, então, contratar os serviços da empresa “T”, que colocará seus empregados para realizar as mesmas atividades dos empregados de “A”, ou seja, trabalharão na elaboração do mesmo produto ou serviço; para a empresa “A” diminuir seus custos ela deverá pagar à empresa “T” um valor proporcional-

mente inferior ao que ela pagaria se fosse contratar diretamente outros empregados; a empresa “T” utilizará este valor para pagar os salários e outros direitos trabalhistas a seus empregados e, ainda, para auferir algum lucro; então, é evidente que os empregados de “T” terão menos benefícios do que os empregados de “A”. Esta seria, por conseguinte, a situação mais corriqueira no mercado de trabalho após a reforma e, destarte, merece uma análise mais detida.

Para proceder à análise é importante retomar aqui os parâmetros utilizados para se aferir a legalidade ou constitucionalidade de uma discriminação ou diferenciação. Em primeiro lugar, deve-se verificar qual foi o elemento tomado em consideração para definir o tratamento assimétrico.

A redação dos dispositivos em comento pode apontar para o fato de que empregados de uma empresa “A” sejam tratados de modo distinto em comparação com empregados da empresa “T”, mesmo que eles realizem atividades idênticas e prestem serviços no mesmo local. O elemento ou *fator de discriminação*, então, é a diferença de empresas, ou seja, mudando a pessoa jurídica empregadora seria possível o tratamento desigual. Não se vislumbra aqui outro elemento que possa servir como fator de “discrímén”. Isto porque se os trabalhadores realizam as mesmas atividades pode-se depreender que realizam trabalhos de “igual valor”. Logo, não há diferença de atividades e, assim sendo, não pode haver discriminação aqui. Também não existe diferenciação em relação ao local onde os serviços são realizados. Portanto, do mesmo modo, não pode haver distinção aqui.

Conclui-se que o fator de “discrímen” adotado pelo legislador é a diferença de empresas ou de pessoas jurídicas empregadoras.

Deve-se verificar, agora, se este elemento discriminatório guarda correlação lógica abstrata com a desigualdade de tratamento jurídico.

Para tanto, deve-se empreender uma avaliação do próprio sistema capitalista, cuja lógica demonstra que uma empresa utiliza meios de produção para elaborar produtos ou prestar serviços, cobrando valores (em dinheiro) pela sua venda. Ou seja, o empresário verifica todos os custos que tem com a produção (matéria-prima, mão de obra, tributos etc.) e calcula o preço que deve atribuir ao produto ou serviço para que satisfaça estes custos e, ainda, para que possa auferir lucro. Portanto, no preço de venda de um produto ou serviço já está implícito, dentre outros fatores, o custo da mão de obra. Pode-se dizer, então, que há relação direta entre o custo da mão de obra (por exemplo, valor do salário, benefícios normativos etc.) e o preço do produto vendido ou do serviço ofertado.

No caso proposto, a empresa “A” fabrica e vende um produto “P” no mercado. Para fabricar tal produto ela depende de vários fatores, dentre eles, a mão de obra. Contribuem para a elaboração do produto “P” trabalhadores vinculados à empresa “A” e trabalhadores contratados pela empresa “T”. Ou seja, empregados de “A” e empregados de “T” realizam as mesmas atividades e fabricam o mesmo produto “P”, que é vendido no mercado. O preço de “P” não varia de acordo com quem o elaborou, se foi o empregado de “A” ou o empregado de “T”. Até porque não há como

fazer tal distinção, pois ambos realizam as mesmas atividades e fabricam o mesmo produto. Em outros termos, não há diferença ontológica entre o trabalho realizado pelo empregado de “A” e o trabalho executado pelo empregado de “T”.

Partindo-se desta análise, não há como vislumbrar correlação lógica abstrata entre o fator de “discrímen” e o tratamento desigual proposto pela norma advinda da reforma trabalhista. Haveria, em tese, esta correlação se o produto “P” fabricado pelos empregados de “A” apresentasse algum diferencial em relação ao fabricado pelos empregados de “T” e, destarte, pudesse ser vendido por um valor maior, o que significaria que o trabalho dos empregados de “A” agregaria mais valor ao produto “P” e, por isto, eles realizariam um trabalho de maior valor e poderiam auferir melhores rendimentos.

Mas não é o caso aqui aventado, em que a diferença de tratamento jurídico se fundamenta tão-somente na distinção de empregador e não do trabalho realizado, ou seja, do valor do trabalho. E não se pode dizer que o mero fato de pertencerem a quadros de empregados de empresas diferentes trará uma mudança ontológica entre os serviços por eles executados. Com efeito, o fato de apresentarem vínculos de empregos com empregadores distintos não altera a conclusão, de que eles realizam trabalhos de igual valor, devendo, deste modo, serem tratados de forma igualitária, visto que a lógica capitalista aponta para uma relação direta entre o preço do produto e o salário do empregado.

Um exemplo poderia tornar ainda mais elucidativa esta exposição. Suponha-se que a empresa “A” fabricasse mil produtos “P” por dia, contando com 20 (vinte) empregados. Cada qual

receberia por dia o equivalente a R\$ 50,00 (cinquenta reais). Então, ela resolveu contratar a empresa “T” para lhe prestar serviços na elaboração do mesmo produto “P”. A prestadora lhe forneceu 18 (dezoito) empregados seus para realizarem as mesmas atividades que os empregados de “A”, fabricando o mesmo produto “P”. A tomadora, então, dispensou 18 (dezoito) empregados seus. Na linha de produção continuam trabalhando 20 (vinte) pessoas, mas com uma diferença: 18 (dezoito) são vinculados à empresa “T” e 02 (dois) são empregados da empresa “A”. A produção continua sendo a mesma: mil produtos “P” por dia. Só que a empresa “A” ainda paga R\$ 50,00 por dia para seus empregados, ao passo que a empresa “T” paga somente R\$ 20,00 para cada um. Observe-se que o consumidor não viu qualquer diferença no produto, que é o mesmo. A produção é a mesma. Só houve mudança na pessoa jurídica que paga o trabalhador. Ontologicamente a situação é a mesma. Não pode haver aqui uma correlação lógica entre o elemento discriminatório e a desigualdade jurídica praticada.

Aceitar a possibilidade aventada significa uma afronta ao princípio da isonomia. Não há, nem mesmo, o preenchimento do segundo requisito proposto, que é a correlação lógica abstrata entre o fator de “discrímen” e a assimetria de tratamento jurídico. Isto já seria, portanto, suficiente para eliminar a possibilidade, trazida pela reforma trabalhista, de existência de tratamento desigual entre trabalhadores da tomadora e da prestadora de serviços que executem os mesmos serviços, no mesmo local.

Mas, ainda que se entenda pela existência da correlação lógica, o que não se defende, pelo contrário, refuta-se, mas ainda

que assim o seja, resta o último requisito, que condiz com a compatibilidade desta desigualdade com os valores constitucionais. Resta analisá-la.

A ordem constitucional prega a igualdade como regra, sendo a desigualdade a exceção. E mais. A desigualdade jurídica deve ser utilizada como forma de promover a igualdade material. Nos exemplos citados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi exatamente isto o que aconteceu. Em um dos casos, a aceitação da legitimidade do tratamento desigual se baseou na assimetria econômica e social, sendo que a distinção serviria para alçar grupos economicamente mais débeis para que, com a vantagem auferida, conseguissem lograr uma situação mais equânime e pudessem competir em igualdade de condições com os grupos mais aquinhoados. No outro caso mencionado partiu-se da mesma ideia, de conceder vantagens a um grupo específico, porém o foco deu-se no fator raça, levando-se em consideração a desvantagem econômica, social e educacional que indivíduos negros têm experimentado ao longo da história nacional. Logo, a desigualdade jurídica, no fundo, aconteceu para prestigiar ou buscar a igualdade material, que é um valor realçado pela ordem constitucional pátria, mormente porque o direito à igualdade é um direito fundamental, concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, no caso tratado nos exemplos acima, trazidos pela reforma trabalhista, com a possibilidade de discriminação ou diferenciação entre os trabalhadores de uma empresa e os da prestadora de serviços, mesmo quando realizem as mesmas tarefas e trabalhem no mesmo ambiente, não se verifica o

prestígio ou a compatibilidade com os valores constitucionais. Pelo contrário. A discriminação decorrente da norma advinda com a reforma trabalhista é arbitrária e não se fundamenta na ordem constitucional por uma série de motivos a seguir explanados.

Pode-se citar, para ilustrar a inconstitucionalidade da reforma neste ponto, no que concerne à possibilidade de haver tratamento diferenciado a trabalhadores que executem as mesmas tarefas, no mesmo local, mas vinculados a empregadores diferentes, o disposto no outrora aludido artigo 3º da Constituição Federal, que estabelece como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A possibilidade de discriminação trazida pela reforma trabalhista tende a aumentar as desigualdades sociais, pois a tendência é a redução dos salários dos trabalhadores, ao passo que a redução de custos de produção deverá expandir os lucros empresariais. Ou seja, ao invés de redução as desigualdades sociais ela tende a elevar a concentração de renda.

Além disso, o inciso IV do dispositivo supracitado menciona várias formas de discriminação que devem ser vedadas pelo ordenamento jurídico. Apesar de a diferenciação em relação a empregados de empresas diferentes, que realizem o mesmo trabalho, no mesmo local, não estar expressamente prevista nele, é possível incluí-la no rol referido, que é exemplificativo e não taxativo, tendo sido nele mencionadas as formas mais conhecidas

de preconceito existentes na sociedade, o que não exclui outras, como a aventada pela reforma trabalhista.

Outras normas constitucionais podem ser destacadas em arrimo ao entendimento aqui ressaltado:

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

(...).

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

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

(...).

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

O *caput* do dispositivo apresenta a regra geral de interpretação de normas relativas ao Direito do Trabalho, com a recepção expressa do princípio da norma mais favorável (é o que se depreende da expressão: “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”). Portanto, qualquer norma infraconstitu-

cional deve implicar melhoria das condições sociais trabalhistas e não ser deletéria aos interesses dos trabalhadores, tal como se verifica na reforma trabalhista.

Mas não é só isso.

Os incisos XXX, XXXI e XXXII trazem regras gerais de vedação da discriminação. O primeiro diz respeito à vedação de diferenças salariais e para critérios de admissão com base no sexo, idade, cor ou estado civil. São situações que comumente aparecem como motivos de discriminação, daí a menção expressa pelo constituinte. Mas elas não excluem outras. Por exemplo, a discriminação por conta da nacionalidade que não foi expressamente prevista, mas já foi reconhecida como inconstitucional pelo STF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II - A discriminação que se baseia

em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célvio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.⁶²

No caso, a discussão girava em torno da aplicação ou não do estatuto da empresa a um empregado que não era francês (o estatuto só vinha sendo aplicado a empregados franceses). As normas do estatuto traziam direitos mais favoráveis aos empregados do que a legislação laboral e estavam sendo aplicadas somente a cidadãos franceses (a empresa em questão era francesa). O STF entendeu que a não aplicação do estatuto a empregado não francês consubstanciava discriminação com base na nacionalidade, reprovável no direito pátrio, mesmo quando da incidência da Constituição Federal de 1967.

Observe-se que a redação do artigo 165 daquela Constituição, alterada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, era muito próxima da atual:

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) n. 161.243/DF**. Rel. Min. Carlos Velloso. 2ª Turma. Data do Julgamento: 29/10/1996. Data da Publicação: DJ 19/12/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 11.08.2017, às 16:59.

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

(...).

III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, côr e estado civil;⁶³

Portanto, a discriminação com base na nacionalidade, conquanto não prevista expressamente nos dispositivos acima citados, foi reconhecida como insuscetível de fundamentar um tratamento jurídico desigual. Ou seja, tratou-se de uma discriminação não aceita pela ordem jurídica e, portanto, arbitrária ou ilegítima.

Nada afasta, desse modo, que se reconheça que a discriminação advinda da reforma trabalhista seja reconhecida como arbitrária ou ilegítima, ainda que ela não esteja expressamente prevista no dispositivo em comento.

Prosseguindo, o inciso XXXI diz respeito à discriminação contra o trabalhador com deficiência. Apesar de não ser o caso em tela, verifica-se, uma vez mais, a disposição do constituinte em evitar o tratamento desigual a pessoas que, em geral, sofrem preconceitos, como é o caso das pessoas com deficiência.

Já o inciso XXXII trata da proibição da diferenciação entre os trabalhos manuais, técnicos ou intelectuais. A ideia aqui é que

63 BRASIL. **Constituição (1967)**. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 25.08.2017, às 08:54.

o regime jurídico aplicável aos respectivos profissionais não seja distinto. Nas palavras de SÜSSEKIND:

O que se pretende – em norma dirigida ao legislador, aos protagonistas da negociação coletiva, aos árbitros e juízes do trabalho – é que, na regulamentação de determinada matéria, não se distinga entre os trabalhadores manuais, técnicos e intelectuais. Por exemplo: o servente, o torneiro mecânico, o datilógrafo e o gerente de recursos humanos de uma empresa metalúrgica estão sujeitos ao regime jurídico aplicável a essa atividade econômica. Nada impede, porém, que sejam aprovadas regulamentações especiais – por lei, convenção coletiva, laudo arbitral ou sentença normativa – para determinar profissões ou atividades profissionais. A igualdade consiste em tratar desigualmente situações desiguais.⁶⁴

Percebe-se, portanto, a intenção do constituinte em buscar o máximo de igualdade entre os trabalhadores, mesmo que não executem as mesmas tarefas. Por isto, trouxe a regra deste inciso, que implica o tratamento igualitário, no que diz respeito ao regime jurídico, entre trabalhadores que exerçam atividades distintas, pois é vedada a distinção entre os trabalhos manual, técnico e intelectual. Ora, se a discriminação é vedada em caso de trabalhos distintos, com maior razão (*a fortiori*), deverá sê-lo

64 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 4ª Ed. Ampl. e Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 282.

quando se tratarem de trabalhos de igual valor, como é o caso em comento, da situação discriminatória envolvendo trabalhadores que executam as mesmas atividades, no mesmo local, mas para empresas distintas.

Poder-se-ia alegar que a diferença de tratamento se justificaria por conta da diferença de empresas. Ou seja, o empregado da empresa “T” não teria o mesmo tratamento do empregado da empresa “A”, pois ele não teria vínculo de emprego com esta, mas com aquela. Isto já foi refutado por se entender que não haveria correlação lógica entre este fator de “discrímen” e o tratamento jurídico diferenciado.

Ademais, a lógica advinda com a interpretação do inciso XXXIV também aponta para a mesma conclusão, ou seja, a de que a questão do vínculo de emprego não teria o condão de inibir o tratamento igualitário. O aludido dispositivo estabelece a “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”. Ora, o trabalhador avulso não apresenta vínculo de emprego e, ainda assim, merece tratamento igual àquele que tem vínculo de emprego. A situação é semelhante à anteriormente descrita. O empregado da empresa “T” não tem vínculo de emprego com a empresa “A”, mas isto não pode servir de justificativa para o tratamento desigual, tal como a ausência de vínculo de emprego do trabalhador avulso não serve de fundamento para que ele sofra de assimetria no tratamento.

Todos esses aspectos mencionados já serviriam de base para se entender que a discriminação advinda com a reforma trabalhista

seria ilegítima, inconstitucional ou arbitrária e, portanto, incabível no ordenamento jurídico pátrio.

Mas outros argumentos podem ser trazidos à baila.

Conferir tratamento desigual a pessoas que tenham realizado o mesmo trabalho, no mesmo local, representaria atribuir maior valor ao trabalho de uma pessoa (empregado da empresa “A”) em relação ao de outra pessoa (empregado da empresa “T”). A razão para a diferença de tratamento seria o fato de as pessoas comparadas apresentarem vínculos de emprego com pessoas jurídicas distintas. Em outras palavras, seria atribuir maior valor ao direito de livre iniciativa em detrimento do valor do trabalho humano. Isto não é aceito pelo ordenamento jurídico pátrio quando se faz a interpretação constitucional.

Com efeito, a livre iniciativa, direito previsto nos artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, não é um direito absoluto. Pelo contrário. Ele encontra limites em outros direitos fundamentais que podem ser considerados de mais alta estatura hierárquica não necessariamente expressa, mas que decorra da interpretação do ordenamento jurídico pátrio.

O próprio artigo 1º, inciso IV, da CF/88, assegura o direito de livre iniciativa desde que tenha valor social. A livre iniciativa, portanto, é assegurada quando expressada de forma socialmente valiosa.⁶⁵

E no artigo 170, por exemplo, determina-se que a ordem econômica é fundada na “valorização do trabalho humano” e na

65 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7ª. Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 242.

livre iniciativa. Esta é tomada no sentido singelo, ao passo que o trabalho é objeto a ser valorizado. Logo, a Constituição atribuiu prevalência ao valor do trabalho humano diante dos demais princípios da economia de mercado.⁶⁶

A liberdade de iniciativa deve ser vista não somente pelo prisma de resistência ao poder (aspecto individual), mas também como forma de reivindicação por melhores condições de existência (aspecto social).⁶⁷

Prosseguindo, a livre iniciativa é um direito assegurado por meio de uma norma jurídica (a Constituição). Por isso, ela (a livre iniciativa) há de ser exercida nos termos e limites impostos pela ordem jurídica. A livre iniciativa (mundo do ser), e não o direito de livre iniciativa (mundo do dever-ser), é que é limitada.⁶⁸

Desse modo, não pode haver dúvidas de que a livre iniciativa pode ser limitada e é exatamente o que a Constituição faz com ela em relação ao trabalho, por exemplo, porque o artigo 170 preceitua que a ordem econômica é fundada na “livre iniciativa” e na “valorização do trabalho humano”. Logo, o trabalho humano é algo a ser valorizado pela ordem econômica, ao passo que no mesmo dispositivo não se confere à livre iniciativa igual tratamento.

Aliás, o STF já se debruçou sobre a valorização social do trabalho ao julgar a ADI n. 1.721-3:

66 Ibid. P. 242. No mesmo sentido, vide: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 720.

67 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. Cit. P. 243.

68 Ibid. P. 243.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da “relevância e urgência” dessa espécie de ato normativo. 2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade. 3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos

ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). 4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. 5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. 7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97.⁶⁹

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.721-3/DF**. Rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 11/10/2006. Data da Publicação: DJe 28/06/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469598>>. Acesso em: 18.08.2017, às 18:57.

O valor social do trabalho foi ressaltado nesta decisão da Suprema Corte, destacando-se o seguinte trecho do voto do então Ministro Eros Grau:

Da interação, no quadro da Constituição de 1988, entre o valor social do trabalho, a valorização do trabalho humano e os demais princípios por ela contemplados – particularmente o que define como fim da ordem econômica [mudo do ser] *assegurar a todos existência digna* – resulta que *valorizar o trabalho humano e tomar como fundamental o valor social do trabalho* importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar.

2. Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, resulta peculiar na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Detentores do capital e trabalhadores são movidos por interesses antagônicos, ainda que se o negue ou se pretenda enuncia-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos. Essa pretensão é instrumentada mediante o exercício, pelo Estado – pelo Estado, note-se –, de uma série de funções que, como anota Habermas, vai da constituição e preservação do modo de produção capitalista até a compensação das distinções do processo de acumulação. A evolução do Estado

gendarme, garantidor da paz, até o Estado do bem-estar keynesiano, capaz de administrar e distribuir os recursos da sociedade de forma – como observa Claus Offe – a contribuir para a realização e a garantia das noções prevalentes de *justiça*, assim como de seus pré-requisitos evidentes, tais como o “crescimento econômico”, demarca o trajeto trilhado nessa busca.

3. *Valorização do trabalho humano* e reconhecimento do *valor social do trabalho* consubstanciam cláusulas principiológicas que, a par de afirmarem a conciliação e composição a que acima referi, portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam 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.

Observe-se que o patamar atribuído ao trabalho humano pela ordem constitucional é tão elevado que o entendimento é de que o trabalho tem prioridade sobre os demais valores da economia de mercado, entre eles, a livre iniciativa. Portanto, o direito de livre iniciativa é limitado pelo trabalho humano. A livre iniciativa deve, então, apresentar um valor social e também respeitar o trabalho humano, que é algo a ser valorizado.

Nesse contexto, novamente não há como chegar a outra conclusão que não seja a de que o tratamento discriminatório trazido pela reforma trabalhista é inconstitucional, violando o princípio da valorização do trabalho humano.

1.4.5 A jurisprudência trabalhista e o princípio da isonomia

A jurisprudência trabalhista também apresenta uma série de julgados baseados no princípio da isonomia, sobretudo vedando a discriminação arbitrária. Destacam-se, por ora, duas destas decisões:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. 1. CLÁUSULA QUE UTILIZA COMO PARÂMETRO A IDADE DO TRABALHADOR PARA ESTABELECEER SALÁRIO PROFISSIONAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA SALARIAL. PROTEÇÃO DO MENOR TRABALHADOR. ARTS. 5º, CAPUT, 7º, XXX, 227, § 3º, II E III, DA CF; CONVENÇÕES 138 E 182 DA OIT; E OJ 26/SDC/TST. A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, *caput*, o princípio da isonomia, do qual decorrem o princípio da igualdade de salários e a impossibilidade de utilização de critérios desproporcionais e discriminatórios na fixação de salários. O art. 7º, XXX, da CF, expressamente proíbe a utilização do parâmetro idade para a estipulação de

salários, exercício de funções e critério de admissão, refletindo, assim, a proibição de discriminação do trabalho do menor. Além disso, a Constituição de 1988 explicita ainda mais essa intenção antidiscriminatória, ao estipular que, entre a proteção especial normativamente deferida aos menores, engloba-se a -garantia de direitos previdenciários e trabalhistas-, além da -garantia de acesso ao trabalhador adolescente à escola- (art. 227, §3º, II, e III, da CF). O vigor e a amplitude do comando constitucional evidenciam que não prevalecem, na ordem jurídica do País, dispositivos que autorizem contratação de menores de 18 anos que seja restritiva de direitos. Não se desconhece, por outro lado, que há situações jurídicas excetuadas pela norma constitucional. Porém todas elas com conteúdo e objetivos educacionais (contrato de aprendizagem, contrato de estágio e trabalho educativo). Portanto, fora dessas situações, prestigiam-se as normas protetivas e antidiscriminatórias do trabalho do menor. Além disso, o Brasil é signatário das Convenções 138 e 182 da OIT que estabelecem, em linhas gerais, respectivamente, a idade mínima para admissão e proibição das piores formas de trabalho infantil. Denota-se, assim, sem dúvida, a preocupação da proteção do menor no mercado de trabalho e efetiva necessidade de concretização de políticas sociais destinadas a evitar a discriminação. Nesse aspecto, a cláusula de instrumento coletivo que

estipula diferença de salário profissional em razão da idade viola os preceitos constitucionais antidiscriminatórios que protegem o menor trabalhador. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte, consubstanciada na OJ 26 da SDC/TST. Recurso ordinário provido, no aspecto. **2. EMPREGADA GESTANTE. ESTABILIDADE CONDICIONADA À COMUNICAÇÃO DA GRAVIDEZ AO EMPREGADOR. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. LIMITES JURÍDICOS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 6º, 7º, XVIII, 226, 227 E 10, II, -b-, DO ADCT.** A garantia de emprego da gestante encontra amparo não só no art. 10, II, -b-, do ADCT, mas também em toda a normatização constitucional voltada para a proteção da maternidade (arts. 6º e 7º, XVIII), da família (art. 226), da criança e do adolescente (227) e todos os demais dispositivos dirigidos à proteção da saúde pública. Por isso, não pode ser homologada disposição negocial que limita direito revestido de indisponibilidade absoluta, garantido na Constituição Federal (art. 10, II, -b-, do ADCT). A jurisprudência desta Corte, a propósito, já se pacificou no sentido de que a referida vedação constitucional decorre do fato objetivo da confirmação da gravidez na vigência do contrato de trabalho, caso em que o direito da obreira à estabilidade provisória prescinde do conhecimento prévio do seu estado gestacional pelo empregador no momento da rescisão contratual (Súmula 244, I,

do TST). Saliente-se, ainda, que as disposições do art. 10, II, b, do ADCT são plenamente válidas, inclusive na hipótese de a concepção ocorrer durante o prazo do aviso prévio, ou seja, no curso do contrato de trabalho, já que o aviso prévio não o extingue, mas apenas firma o prazo para sua terminação (inteligência do art. 489, *ab initio*, da CLT). Incide, ademais, na hipótese, a OJ 30 da SDC/TST. Recurso ordinário provido no ponto. **3. NORMA REGULMENTAR Nº 7 APROVADA PELA PORTARIA Nº 3214/78 DO MTE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 1º, III, 7º, VI, XIII, XIV, XXII, 170, -CAPUT- e 225. CONVENÇÃO 155 DA OIT. DIREITO REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO.** A Constituição Federal estipulou, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerente ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Essa inclusive é a orientação que se extrai da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 18.05.1992, que expressamente estabelece a adoção de medidas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. Nesse aspecto, a Norma Regulamentar 7 do Ministério do Trabalho e Emprego estabelece a obrigatoriedade de elaboração

e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores. A referida norma regulamentar traz em seu conteúdo medidas relativas à medicina e segurança do trabalho, que são garantidas por norma de ordem pública (art. 7º, XXII, da CF), não podendo, portanto, ser amplamente flexibilizada, porquanto o seu caráter imperativo restringe o campo de atuação da vontade das partes. Assim, os parágrafos segundo, terceiro e quarto das cláusulas impugnadas constantes nos acordos homologados devem ser anulados, por estarem em desacordo com as previsões contidas nos itens 7.3.1.1.2, 7.4.3.5.1 e 7.4.3.5.2 da NR 07, uma vez que não há nos presentes autos comprovação de assistência por profissional indicado de comum acordo entre as partes ou por profissional do órgão regional competente em segurança e saúde no trabalho, que pudesse corroborar a possibilidade da fixação da norma coletiva nesses termos. Por outro lado, não se há falar em nulidade do parágrafo primeiro das respectivas cláusulas, porquanto se encontra em consonância com os termos da NR 07 (item 7.3.1.1.1). Recurso ordinário parcialmente provido, no ponto. **4. ASSISTÊNCIA DO SINDICATO NAS RESCISÕES - DOCUMENTOS PARA**

HOMOLOGAÇÃO. Nos termos do que dispõe o art. 477, § 7º, da CLT, o ato da assistência na rescisão contratual será sem ônus para o trabalhador e empregador. Logo, a cláusula que obriga a comprovação do pagamento das contribuições sindicais, assistenciais e confederativa, contraria o teor do art. 477, § 7º, da CLT. Precedentes desta C. SDC. Recurso ordinário provido, no tópico.⁷⁰

No caso, houve dissídio coletivo e as partes celebraram acordo, que foi homologado. O Ministério Público do Trabalho interpôs recurso ordinário, alegando, dentre outras matérias, que a avença estabelecia discriminação salarial em virtude da idade do trabalhador, o que afrontaria o princípio da isonomia. A decisão acabou sendo no sentido da proibição do tratamento diferenciado exposto no acordo judicial por violar o princípio da isonomia, sendo, na situação, uma discriminação coibida pelo ordenamento jurídico, citando-se, de modo específico, o artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal.

O segundo julgado é o seguinte:

**I - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM
FAVOR DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA -
LEGITIMIDADE PARA RECORRER.** A atuação do

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo (RODC) n. 337100-65.2009.5.04.0000**. Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Data de Julgamento: 13/08/2012. Data de Publicação: DEJT 17/08/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RO%20-%20337100-65.2009.5.04.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAKLGAJ&dataPublicacao=17/08/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 22.08.2017, às 14:41.

Ministério Público do Trabalho é obrigatória nos feitos de jurisdição da Justiça do Trabalho apenas quando a parte for pessoa jurídica de direito público, estado estrangeiro ou organismo internacional ou, ainda, como fiscal da lei, quando existir interesse público que justifique a sua intervenção, nos termos dos artigos 127, caput, da CF/88 e 83, inciso VI, da Lei Complementar nº 75/93. Tais hipóteses não se configuraram no caso dos autos.

Recurso de Revista não conhecido.

II - RECURSO DE REVISTA DO BANESPA - EFEITOS DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA PRATICADA POR ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional. (Enunciado nº 331, II, do TST).

A impossibilidade de se formar o vínculo de emprego, contudo, não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumprisse função idêntica no ente estatal tomador dos serviços. Esse tratamento isonômico visa a afastar os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. Trata-se de mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores

benefícios a seu praticante, encontrando amparo no art. 5º, *caput*, da Constituição (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,...”) e também no art. 7º, inciso XXXII, da CF/88, que proíbe “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

Recurso de Revista não conhecido.⁷¹

A situação em tela referia-se a uma terceirização praticada por empresa pública em atividade-fim, inclusive com a presença de elementos da relação de emprego, como a personalidade e a subordinação direta. Contudo, como se tratava de empresa pública, não se podia reconhecer a relação de emprego de forma direta com o ente público devido à vedação constitucional relativa ao ingresso somente mediante concurso público. Por outro lado, a Corte entendeu que isto não impedia o reconhecimento às mesmas vantagens trabalhistas oferecidas ao empregado público que executasse as mesmas tarefas que o terceirizado, invocando-se o princípio da isonomia previsto nos artigos 5º, *caput*, e 7º, inciso XXXII, da Carta Magna. No âmbito infraconstitucional foi citado, por analogia, o artigo 12, alínea *a*, da Lei n. 6.019/74, que prevê a isonomia salarial entre o empregado da empresa tomadora de serviços e o empregado da empresa de trabalho temporário.

71 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista (RR) n. 655048-35.2000.5.02.5555**. Relator Ministro: Rider de Brito, 5ª Turma. Data de Julgamento: 24/03/2004. Data de Publicação: DJ 11/06/2004. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20655048-35.2000.5.02.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAjDTAAS&dataPublicacao=11/06/2004&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso em: 22.08.2017, às 14:53.

Arrematou-se no sentido de que se a transferência temporária de serviços justificava a isonomia (caso do trabalho temporário), com maior razão (*a fortiori*), isto deveria acontecer na terceirização, que representa uma transferência permanente (ou, ao menos, de mais longo prazo que o trabalho temporário) de serviços.

Pode-se depreender, nesse contexto, que a ideia de se igualar as situações, trazendo o tratamento isonômico entre trabalhadores que executam as mesmas tarefas, ainda que para empresas distintas, baseia-se no valor do trabalho de cada um. Como eles executam as mesmas tarefas entende-se que realizam trabalhos de igual valor e, portanto, devem merecer o tratamento igualitário. Aliás, este entendimento acabou sendo consolidado na jurisprudência da Egrégia Corte Trabalhista:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (Mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de

funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.⁷²

Esse verbete fundamentou-se em 30 (trinta) julgados, que são citados como seus precedentes, sendo que a imensa maioria trata de bancos públicos (ou que foram públicos). São 24 (vinte quatro) envolvendo a Caixa Econômica Federal, 04 (quatro) envolvendo o Banespa (antigo Banco do Estado de São Paulo, incorporado pelo Santander), 01 (um) da Nossa Caixa Nosso Banco (banco estadual paulista incorporado pelo Banco do Brasil) e 01 (um) da CORSAN (Companhia Riograndense de Saneamento). Em todos eles as razões de decidir se coadunam com o que foi exposto no acórdão anteriormente mencionado, ou seja: aplicação do princípio da isonomia (artigo 5º, da CF) e da não discriminação entre os trabalhadores manuais, técnicos e intelectuais (artigo 7º, inciso XXXII, da CF), além da aplicação analógica do artigo 12, alínea *a*, da Lei n. 6.019/74, que preconiza a isonomia entre o trabalhador vinculado à empresa tomadora e o trabalhador temporário, acrescentando-se, no caso, que a terceirização do serviço sem a comunicação remuneratória (a isonomia salarial) transformaria a prática em mero “veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país”.

É importante frisar, por oportuno, que o fato de serem empresas públicas foi o único fator impeditivo para o reconhecimento

72 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 383, da Subseção de Dissídios Individuais - I (SDI)**. Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA383>. Acesso em: 22.08.2017, às 23:39.

do vínculo empregatício direto com tais instituições. E isto não ocorreu por expressa vedação constitucional que impede o acesso a cargos ou empregos públicos sem a prévia aprovação em concurso público. Ainda assim, a jurisprudência reconheceu o direito do terceirizado de auferir as mesmas vantagens trabalhistas deferidas ao empregado público que realizasse as mesmas tarefas. Portanto, mesmo neste caso, o impedimento constitucional não foi suficiente para barrar a isonomia.

Assim sendo, no caso trazido pela reforma trabalhista, sem o empecilho da questão envolvendo ente público, que, repita-se, não foi suficiente para afastar a isonomia na situação trazida pela Orientação Jurisprudencial aludida, com muito mais razão é de se aplicar, no caso das empresas privadas, o entendimento de que é obrigatório o tratamento igualitário para os trabalhadores que realizam as mesmas tarefas, ainda que prestem serviços para pessoas jurídicas distintas.

1.4.6 Convenção n. 111 da OIT

1.4.6.1 Convenções da OIT como tratados de direitos humanos

Antes de analisar especificamente a Convenção n. 111 da OIT cabe verificar a posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos trabalhistas no ordenamento jurídico pátrio.

Pode-se dizer, sem dúvida, que tratados internacionais relativos ao Direito do Trabalho são instrumentos normativos

relativos a direitos humanos. Isto porque a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), em seus artigos 23º e 24º estabelece:

Artigo 23º

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

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

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

4.Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

Artigo 24º

Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.⁷³

Importante frisar que a mesma Declaração Universal também preceitua sobre o direito à igualdade, tão discutido nesta apresentação, fazendo-o nos artigos 1º, 2º e 7º:

73 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Op. Cit.

Artigo 1º

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2º

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Artigo 7º

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Prosseguindo, se no início havia divergências quanto à força normativa da Declaração (se era mera recomendação ou tinha

força vinculante), após os Pactos de Direitos Humanos elas se esvaneceram.

Assim, em 1966 foram elaborados dois tratados internacionais distintos – o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –, os quais representam referenciais no tocante à proteção internacional dos direitos humanos.⁷⁴

No processo de elaboração dos dois Pactos discutia-se acerca da possibilidade de se fazer apenas um pacto que abrangesse ambas as categorias de direitos. Entretanto, os pactos foram elaborados em separado, sem, contudo, desfigurar a natureza indivisível e una de tais direitos.⁷⁵

A própria ONU reafirmou a indivisibilidade e unidade dos direitos humanos, argumentando que, sem direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos civis e políticos somente existiram no plano nominal, ao passo que, sem os direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos e culturais existiriam tão-somente no plano formal.⁷⁶

Os principais direitos assegurados pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos são: o direito à vida (artigo 6º); o direito de não ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 7º); o direito a não ser escravizado

74 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. P. 176.

75 Ibid. P. 178.

76 Ibid. PP. 178-179. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International human rights in context: law, politics, morals**. 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2000. P. 237. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. PP. 41-43.

ou submetido à servidão (artigo 8º); os direitos à liberdade e segurança pessoal, a não ser submetido a prisões arbitrárias, e a um julgamento justo (artigo 9º); o direito à igualdade perante a lei (artigo 14); a proteção contra a interferência arbitrária em sua vida privada (artigo 17); as liberdades de pensamento, consciência e religião (artigo 18); o direito de reunião (artigo 21); a liberdade de associação (artigo 22); o direito de casar e formar uma família (artigo 23); proteção à criança (artigo 24); o direito de participação política (artigo 25); proteção dos direitos de minorias à identidade cultural, religiosa e linguística (artigo 27).⁷⁷

Da mesma forma que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais teve por finalidade dotar de força normativa tais direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Isso porque a doutrina tradicional entendia que a Declaração por si só não gozava de força normativa. Com a aprovação dos Pactos criou-se responsabilidade internacional em relação ao Estado violador desses direitos.⁷⁸

Reforçando este entendimento, a Declaração de Viena de 1993 reitera a concepção de que os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados:

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade

77 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Op. Cit. p. 184-185. BUERGENTHAL, Thomas; KISS, Alexandre. **La protection internationale des droits de l'homme**. Kehl am Rhein; Strasbourg; Arlington, Va.: Engel, 1991. P. 29. BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights in a nutshell**. St. Paul: West Publishing, 1988. PP. 42-44.

78 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Op. Cit. P. 193.

internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.⁷⁹

Diante destas ponderações, pode-se concluir pela indivisibilidade dos direitos humanos e que os direitos sociais dos trabalhadores são direitos humanos, sendo que os tratados que lidam com esta temática devem ter o mesmo tratamento que os demais tratados que tratam da matéria.

E é no âmbito da Organização Internacional do Trabalho que são editadas as normas internacionais relacionadas ao trabalho, as Convenções Internacionais, que são tratados internacionais abertos a ratificações dos seus Estados-partes, passando a ter vigência internacional a partir de um número mínimo de ratificações previsto no próprio texto.⁸⁰

A integração da norma internacional no direito nacional depende de sua aprovação pelo Congresso Nacional (artigo 49,

79 RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002. p. 259. ALVES, J.A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia. **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. PP. 144-146.

80 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª Ed. Atual. São Paulo: LTr, 2000. P. 189.

inciso I, da CF). Em sendo aprovada, cabe ao Executivo depositar o instrumento de ratificação na Repartição Internacional do Trabalho. Depois é expedido um decreto de promulgação com o texto da convenção em português.⁸¹

Após sua incorporação no direito nacional, a norma decorrente da Convenção da OIT, sendo concernente a direitos humanos, terá hierarquia de norma supralegal, ou seja, com patamar inferior à Constituição, mas superior ao da lei. É este o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.⁸²

Trata-se do julgamento relativo à prisão do depositário infiel, situação que o STF acabou entendendo como incabível diante da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (um

81 Ibid. P. 230.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 03/12/2008. Data da Publicação: Dje 04/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 23.08.2017, às 23:06.

tratado de direitos humanos), considerando-se como supralegal e, pois, tendo o “condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.

Apresentando o caráter supralegal, a Convenção n. 111 da OIT deve ser analisada no contexto da reforma trabalhista.

1.4.6.2 Análise da Convenção n. 111 da OIT

A Convenção em comento trata de “Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação” e foi aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1958), entrando em vigor no plano internacional em 15.6.60. Em relação ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 24.11.64, ratificada em 26 de novembro de 1965, promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19.1.68, passando a ter vigência nacional em 26 de novembro de 1966.⁸³

Preliminarmente, destaca-se o artigo 1º da Convenção:

ARTIGO 1º

1. Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, côr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por

⁸³ Conforme informações constantes do Escritório da OIT no Brasil. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 23.08.2017, às 23:20.

efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.⁸⁴

O dispositivo acima traz o conceito de discriminação como distinção, exclusão ou preferência, fundada em diversos fatores, que destrua ou altere a igualdade de oportunidades ou de tratamento em relação a emprego ou profissão. Os fatores citados como elementos discriminatórios vedados são os que mais comumente

84 BRASIL. **Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 23.08.2017, às 23:38.

aparecem em situações discriminatórias: raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

Releva destacar que o item 3 aponta que a regulamentação abrange o acesso à formação profissional, ao emprego, às diferentes profissões e às condições de emprego. Neste contexto, pode-se entender que ela abarca a questão remuneratória e outras vantagens decorrentes de determinado trabalho. Assim, deve-se coibir a distinção de tratamento (em remuneração e em condições gerais de trabalho) baseada em elementos discriminatórios arbitrários, tais como os citados no item 1 do mesmo artigo.

Pode-se depreender que a ideia subjacente a essa regra é a de que ao trabalho de igual valor caberá igual tratamento, nos mesmos moldes do que fora preconizado na Convenção n. 100 da OIT (Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor), também ratificada pelo Brasil. Portanto, se a ideia é a do trabalho de igual valor recebendo o mesmo tratamento, pode-se depreender que outras formas de discriminação arbitrárias também são coibidas por esta norma jurídica.

Desse modo, a discriminação advinda com a reforma trabalhista, no sentido de possibilitar tratamento distinto a empregado de uma empresa em relação ao empregado da prestadora de serviços, ainda que eles realizem o mesmo trabalho, no mesmo local, afronta não somente a Constituição Federal, tal como exposto alhures, mas também a Convenção n. 111 da OIT, norma de caráter supralegal, devendo, portanto, a novel

norma jurídica ser considerada inválida por contrariar norma de hierarquia superior.

E mais. O legislador pátrio não poderia ter aprovado norma com este caráter infringente do direito internacional, sobretudo pelo que dispõem outros dois artigos da mesma Convenção:

ARTIGO 2º

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

ARTIGO 3º

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve, por métodos adequados às circunstâncias e os usos nacionais:

- a) Esforçar-se por obter a colaboração da organização de empregadores e trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação desta política;
- b) Promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação;
- c) Revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas,

administrativas que sejam incompatíveis com a referida política.

d) Seguir a referida política no que diz respeito a emprêgos dependentes do contrôre direto de uma autoridade nacional;

e) Assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação dependentes do contrôre de uma autoridade nacional;

f) Indicar, nos seus relatórios anuais sôbre a aplicação da convenção, as medidas tomadas em conformidades com esta política e os resultados obtidos.⁸⁵

O artigo 2º evidencia a obrigação do Estado-membro que ratificou a Convenção de que sua política nacional deve buscar a concretização da “igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprêgo e profissão, com *objetivo de eliminar tôda discriminação nessa matéria*” (itálicos nossos). Não há dúvida de que esta disposição foi totalmente afrontada pela reforma trabalhista aqui discutida, pois esta possibilitou, em posição diametralmente oposta à norma internacional, a discriminação arbitrária em matéria de trabalho ao prever como *faculdade* (e não dever) que as empresas contratante e prestadora de serviços fixem remunerações distintas a seus empregados, mesmo que eles executem as mesmas tarefas e trabalhem no mesmo local.

85 Ibid.

A alínea c do artigo 3º, inclusive, estabelece a obrigação de “revogar tôdas as disposições legislativas e modificar tôdas as disposições ou práticas, administrativas que sejam incompatíveis com a referida política”. A reforma trabalhista foi no sentido contrário: ao invés de preceituar novas regras voltadas à não discriminação trouxe normas que a acentuam. Portanto, uma vez mais, a nova legislação não é compatível com esta Convenção da OIT, de caráter suprallegal, e, em assim sendo, não poderá ter validade por contrariar norma de hierarquia superior.

1.4.7 Função social do contrato e abuso de direito

A análise empreendida a partir do Direito Constitucional e do Trabalho apontaram, de modo veemente, para a inconstitucionalidade ou invalidade da discriminação advinda com a reforma trabalhista no caso da possibilidade de tratamento diferenciado a trabalhadores vinculados à contratante e empregados da prestadora, mesmo quando eles executem os mesmos serviços, no mesmo local de trabalho.

Resta, neste ponto, aferir a situação sob a perspectiva do Direito Civil, mais precisamente, no âmbito da função social do contrato.

Pode-se dizer que a função social do contrato se enquadra em um contexto de *funcionalização* dos institutos de direito privado, o que significa que o ordenamento jurídico exerceria certo controle

sobre os atos privados e somente atribuiria tutela àqueles que se coadunassem com os interesses da coletividade.⁸⁶

Observe-se, nesse contexto, que o artigo 421 do atual Código Civil contempla a função social do contrato:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.⁸⁷

A função social do contrato, portanto, representa, de certo modo, limitação à liberdade contratual, que somente poderá ser exercida quando apresentar uma função social, ou, dito de outro modo, não poderá afrontar valores sociais da coletividade.

Inclusive, ela, a função social do contrato, serve de parâmetro para a definição do abuso de direito, que está conceituado como sendo o exercício de um direito de forma a exceder os limites impostos pelo seu *fim econômico ou social*, pela boa-fé ou pelos bons costumes (artigo 187 do Código Civil).

Ou seja, aquele que exerce um direito, mesmo sendo o seu titular, não pode exorbitar de sua finalidade econômica ou social, ou, ainda, não pode ultrapassar os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Pode-se vislumbrar a aplicação da função social do contrato no Direito do Trabalho, por exemplo, no modo de exercitar o poder diretivo. Cita-se, neste contexto, a relativização do poder diretivo

86 RENTERÍA, Pablo. Função social do contrato e abuso de prerrogativas contratuais por parte do empregador e empregados. In: TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 255.

87 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24.08.2017, às 22:22.

na dispensa de um empregado, como no caso da dispensa de um empregado portador de alguma doença, podendo configurar a cessação do contrato como discriminatória.⁸⁸

Aliás, é exatamente isto o que prevê a Súmula n. 443 do TST:

Súmula nº 443 do TST

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.⁸⁹

O entendimento consubstanciado neste verbete é o de que é vedada a dispensa discriminatória, presumindo-se como tal aquela praticada em relação a empregado portador de doença grave. Ou seja, mesmo sendo direito do empregador dispensar o empregado, tal direito deve ser exercido dentro de sua finalidade econômica e social, prevalecendo, no caso, a concepção de que a dispensa de pessoa que tenha doença grave é presumida como discriminatória.

88 RENTERÍA, Pablo. Função social do contrato e abuso de prerrogativas contratuais por parte do empregador e empregados. In: TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. Op. Cit. P. 260.

89 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 443**. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 24.08.2017, às 23:00.

Assim, o ato de dispensa é considerado abusivo e, pois, ilícito, cabendo a reintegração do trabalhador.

Pode-se vislumbrar, nesta senda, que o contrato de prestação de serviços que permita a diferença de tratamento entre o empregado da contratante e o empregado da prestadora, mesmo que executem as mesmas tarefas, no mesmo local de trabalho, não cumpre sua função social, pois afeta direitos de terceiros (os trabalhadores da prestadora), diminuindo o valor de seu trabalho, enfim, discriminando-os.

A discriminação, no caso, decorre diretamente da contratação realizada entre as empresas. O contrato de prestação de serviços é um direito conferido a elas (liberdade de contratar, decorrente da liberdade de iniciativa). Contudo, a ele é imposto um limite no sentido de que deve cumprir uma função social (atender a uma finalidade social), o que não ocorre quando ele resulta em discriminação de terceiros, os empregados da prestadora de serviços. A discriminação decorrente da contratação haverá, portanto, de ser considerada como abusiva (exercício abusivo de um direito, o direito de contratar). E, em sendo abusiva, configura ato ilícito (artigo 187 do CC), sendo cabível o dever de indenizar:⁹⁰

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

90 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Op. Cit.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Considerando-se estes aspectos, ou seja, que a contratação que resulta em tratamento discriminatório desrespeita a função social do contrato, configurando abuso de direito, que é um ato ilícito e, ainda, que aquele que comete ato ilícito tem o dever de reparar o dano, ao se deparar com esta situação é indubitável a possibilidade de condenação das empresas a indenização por danos (materiais e morais). Na situação em tela serão ambas as empresas responsabilizadas solidariamente, pois o ato ilícito é praticado pelas duas (contratante e prestadora), tal como se extrai do disposto no artigo 942, parágrafo único, do Código Civil (São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932).

Ante o exposto, pode-se chegar às seguintes conclusões:

1. A Reforma Trabalhista pretendeu possibilitar a contratação de serviços para a realização da atividade principal da empresa tomadora dos serviços e, assim, favoreceu a discriminação;
2. O princípio da isonomia, seja como princípio fundamental, ou como decorrência do direito fundamental de igualdade, vincula não somente o julgador (Judiciário), mas também o criador do direito (Legislativo), tanto no aspecto formal (da estrutura da norma jurídica), quanto no material (seu conteúdo);

3. A regra é do tratamento igualitário, sendo possível a assimetria em situações em que haja desigualdade, desde que sejam preenchidos determinados parâmetros, sobretudo, a compatibilidade da distinção com valores constitucionais;
4. **É possível e, até mesmo,** desejável, o tratamento desigual em algumas situações (como as ações afirmativas), mas com o objetivo de promover a própria igualdade por meio do reequilíbrio das relações sociais, oferecendo tratamento jurídico mais favorável a grupos sabida e reiteradamente discriminados (negativamente);
5. A análise empreendida sobre a reforma trabalhista demonstrou que a discriminação com ela advinda não apresenta correlação lógica entre o fator de *discrímen* e o tratamento jurídico diferenciado, sendo, portanto, uma discriminação arbitrária ou ilegítima, vedada pela ordem constitucional;
6. Prosseguindo, o estudo realizado denotou que a discriminação trazida pela reforma trabalhista não é compatível com os valores constitucionais;
7. Além da incompatibilidade constitucional constatada, verificou-se que a jurisprudência trabalhista apresenta entendimento consolidado de vedação a

- discriminações arbitrárias, inclusive com a previsão de isonomia entre empregados da prestadora e os contratados diretamente pela tomadora, quando seja inviável o reconhecimento do vínculo empregatício entre o trabalhador e a tomadora dos serviços, como quando ela é uma empresa ou ente público, pois a relação de emprego não pode ser reconhecida devido ao impedimento constitucional (acesso a cargo ou emprego público somente mediante concurso público);
8. A análise da Convenção n. 111 da OIT, que foi incorporada à ordem jurídica nacional, com caráter supralegal, demonstra que a reforma trabalhista também afronta esta norma jurídica, sendo, portanto, inválida por contrariar disposição de hierarquia superior;
 9. O contrato entre a tomadora e a prestadora de serviços que proporcione a discriminação entre os trabalhadores das distintas pessoas jurídicas viola a função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil, **configurando abuso de direito (artigo 187 do mesmo código), que é um ato ilícito, cabendo, portanto, o direito à reparação, tanto no aspecto material, quanto no moral (artigo 927, do CC).**

2. “Pejotização”: fraude à relação de emprego

Analisados os contornos do contrato de prestação de serviço, mister se faz passar à análise das alterações legislativas que pretenderam fomentar a chamada “pejotização”. Debruçando-se sobre o artigo 4º-A da Lei 6.019/74, acrescido pela Lei 13.429/2017, com a alteração promovida em seu *caput* pela Lei 13.467/2017, observa-se que ele tem a seguinte redação:⁹¹

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a **transferência** feita pela contratante **da execução de quaisquer de suas atividades**, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços **que possua capacidade econômica compatível com a sua execução**. (Redação de acordo com a Lei 13.467, de 2017).

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017). (Negritou-se).

91 BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Op. Cit.

De início, cabe lembrar que a denominada “pejotização” consiste em contratação de trabalhador subordinado como sócio ou titular de pessoa jurídica, mecanismo voltado a mascarar vínculo empregatício por meio da formalização contratual autônoma, em fraude à relação de emprego. Daí se origina o neologismo “pejotização”, no sentido de transformar artificialmente um empregado em pessoa jurídica.

Numa primeira análise, o § 2º do artigo 4º-A oferece argumento jurídico facilitador da “pejotização”, ao afastar vínculo empregatício entre os sócios das empresas prestadoras de serviços e a empresa contratante.

No entanto, quando se examina o conjunto das normas que foram acrescentadas à Lei 6.019/74 com o objetivo de regulamentar a prestação de serviços a terceiros, constata-se que a “pejotização” não se enquadra na figura da prestação de serviços, considerado o conceito legal dessa modalidade contratual e a forma de sua execução.

O primeiro aspecto a inviabilizar a utilização do contrato de prestação de serviços como instrumento de “pejotização” reside na exigência de transferência do serviço para a contratada, sendo a autonomia um elemento a ela inerente.

Note-se que a autonomia abrange a capacidade de auto-organização e gestão da atividade transferida, inclusive quanto aos métodos de trabalho, o que é incompatível com as situações em que a contratante visa a prestação de serviços pessoais pelo contratado, inserindo-o no seu processo produtivo.

Como decorrência da transferência da execução da atividade, o contrato de prestação de serviços resulta descaracterizado nas situações em que houver subordinação direta ou estrutural do trabalhador à contratante, inclusive por meios telemáticos e informatizados. Nesse contexto, dispõe o parágrafo único do artigo 6º da CLT que *“os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”*.

Ao conceituar a prestação de serviços a terceiros, por sua vez, o caput do art. 4º-A a define como a transferência da execução de atividades da contratante à pessoa jurídica prestadora de serviços que possua *“capacidade econômica compatível com a sua execução”*. Quando o trabalhador, ainda que na condição de sócio ou titular de pessoa jurídica, se compromete a prestar uma atividade em caráter pessoal, entregando para isso apenas sua força de trabalho, esse contrato não configura prestação de serviço, pois por meio dele não se transfere execução de atividade, mas apenas se contrata força de trabalho, e para sua execução não se exige capacidade econômica do prestador, por se tratar de trabalho por conta alheia.

No mesmo sentido aponta o § 1º do artigo 4º-A, ao estabelecer que cabe à empresa prestadora a direção do trabalho desenvolvido por seus trabalhadores. Apesar de referir-se a *“trabalhadores”*, a norma os enquadra juridicamente como *“empregados”*, pois, segundo o enunciado, a empresa prestadora os *“contrata, remunera e dirige”*, elementos próprios da relação de emprego (CLT, arts. 2º e 3º).

A exigência de que a empresa prestadora dirija os trabalhos inviabiliza, em termos lógicos, a utilização do contrato de prestação de serviços como instrumento formal para mascarar a relação de emprego, pois é da essência da “pejotização” que o trabalhador contratado preste serviços com pessoalidade e sob subordinação estrutural ou direta à contratante, figurando esta na direção de seu trabalho. Se a contratante mantém o controle administrativo e operacional da atividade objeto do contrato, há forte indício de fraude.

Ao fixar os requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros, o legislador exige que possua capital social “compatível com o número de empregados”, conforme escala que se inicia com “empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00...” (art. 4º-B). Claramente a Lei define a prestadora de serviços como uma empresa estruturada, com quadro de pessoal e que executa o objeto do contrato com uso de mão de obra de empregados, tanto que assegura “aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o Art. 4-A desta Lei (...) as mesmas condições”, atendimento médico ambulatorial, utilização de refeitório, transporte, treinamento e saúde e segurança no trabalho (art. 4º-C).

Essa caracterização da figura da prestadora de serviços como uma empresa dotada de estrutura funcional consta expressamente do art. 5º-A da Lei 6.019/74, com redação dada pela Lei n. 13.429/2017:⁹²

92 BRASIL. Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017. Op. Cit.

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que **celebra contrato com empresa de prestação de serviços** relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram **objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços**.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante **poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços** o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. (Negritou-se).

Ainda que se possa entender que a Lei contempla também hipótese em que as atividades sejam executadas diretamente pelos sócios ou titulares da empresa de prestação de serviços,

essa somente poderá se dar no exercício de típica atividade empresarial, observadas as balizas que decorrem de seu conceito e características, que claramente diferem da relação de emprego mascarada em uma “pejotização”.

Oportuno observar que o artigo 966 do CC conceitua a figura do empresário como “*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”.

Analisando referido dispositivo, BARBOSA aponta:

*“Vejam os cada um dos elementos que compõem o conceito de empresário individual, de acordo com o que está descrito no Código Civil. O primeiro elemento é a palavra “quem”, correspondente, a nosso ver, a uma pessoa. É o empresário quem dirige, em nome próprio, uma atividade econômica. É ele que assume os riscos do negócio, auferindo lucros ou sofrendo prejuízos decorrentes da atividade econômica. A direção em nome próprio caracteriza a assunção, de forma pessoal pelo empresário individual perante terceiros, da responsabilidade pelas obrigações decorrentes dos riscos do empreendimento. O segundo elemento é que o verbo “exerce” nos induz a pensar em atividade econômica. Na verdade, é importante destacar que o empresário “dirige” a atividade econômica. É uma atividade, portanto, diretiva-organizativa.”*⁹³

93 BARBOSA, Leonardo Garcia. **Conceito e função econômica da empresa**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503047/001011329.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24.09.2017, às 12:55.

Na mesma linha é a lição de REQUIÃO, para quem “dois elementos fundamentais servem para caracterizar a figura do empresário: a iniciativa e o risco.”⁹⁴. O trabalhador contratado sob o mascaramento de pessoa jurídica não ostenta essas condições, pois não dirige uma atividade econômica e não assume os riscos dela decorrentes.

No plano trabalhista, a figura do empresário deve ser interpretada em harmonia com o artigo 2º da CLT, segundo o qual “*Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços*”.

Como se percebe, o conceito de empresa pressupõe o exercício de uma atividade econômica organizada, na qual o empresário assume os riscos da atividade empresarial e, logicamente, colhe os frutos do seu lucro.

O desenvolvimento de atividade econômica e a assunção dos riscos a ela inerentes são os elementos que a Lei 8212/91 adota para a caracterização da empresa:⁹⁵

Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

94 REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol. I. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, S/D. p. 75.

95 BRASIL. **Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 27.09.2017, às 23:03.

Na mesma toada, conclui SILVA que “*Quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal não é empregário*”.⁹⁶

Assim, a norma do artigo 5º-C deve ser interpretada coerentemente, no contexto normativo em que inserida, pois embora utilize o termo “pessoa jurídica”, está se referindo à empresa, no sentido de atividade econômica organizada.⁹⁷

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, **a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.**

O dispositivo revela preocupação do legislador em evitar o desvirtuamento e utilização indevida do contrato de prestação de serviços para fraudar a relação de emprego, impedindo que empresas contratantes induzam empregados ou trabalhadores autônomos a constituir pessoas jurídicas para figurar como empresas prestadoras de serviços, em típico processo de “pejotização”. O descumprimento da proibição legal gera presunção de irregularidade da contratação, resultando descaracterizada a prestação de serviços, com formação de vínculo de emprego entre os trabalhadores e a contratante.

96 SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de empresa**: teoria da empresa e direito societário. São Paulo: Atlas, 2007, p. 34.

97 BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Op. Cit.

Esse tipo de irregularidade é comum e em muitos casos visa à obtenção de benefícios tributários, pois a empresa criada para assumir a execução de determinada etapa do processo de produção, enquadrada como micro ou pequena empresa, é beneficiária de regime de tributação diferenciado, conforme a legislação que rege tais modalidades.

Destarte, as alterações normativas inseridas na Lei 6.019/74 não autorizam, pelo contrário, vedam o expediente da “pejotização”, deixando claro que esse tipo de simulação não encontra amparo nos contratos de prestação de serviços a terceiros. Nesse sentido, são nulos os contratos que, apesar de formalmente ostentar como objeto a prestação de serviços, visam tão-somente o fornecimento de mão de obra, figurando como mero artifício fraudulento à configuração do emprego, nos termos do artigo 9º da CLT.

São características muito comuns da prática de “pejotização”, indiciária da presença de fraude contratual: a) todo o equipamento e instrumentos, incluindo sistemas e bancos de dados, utilizados pelos profissionais pertencem à contratante; b) a receita obtida com a atividade econômica cabe à contratante; c) os custos da atividade igualmente são suportados pela contratante; d) os profissionais contratados como pessoa jurídica fornecem apenas mão de obra, recebendo remuneração fixa mensal, por horas trabalhadas.

3. Trabalhador autônomo “exclusivo”

Outra inovação apresentada pela Lei 13467/2017, que, igualmente, facilita o cometimento de fraudes à relação de emprego, se encontra no artigo 442-B da CLT, segundo o qual:⁹⁸

Art. 442-B. A contratação do autônomo, **cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não**, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

À primeira leitura, o enunciado condiciona o afastamento da qualidade de empregado ao cumprimento de “todas as formalidades legais” na contratação do trabalhador autônomo. Em nenhum momento, porém, indica quais seriam tais formalidades. Inexiste enunciado normativo específico a disciplinar as formalidades específicas para contratação de trabalho autônomo, além dos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral (art. 104 do CC).

O afastamento *a priori* de relação de emprego em face de mero ajuste formal que observe os requisitos de validade do negócio jurídico é incompatível com o regime constitucional de proteção à relação de emprego, como elemento base para o acesso aos direitos sociais, em especial as normas do arts. 7º, I, e 170, VIII, da CF. Portanto, a norma deve ser lida à luz do princípio da primazia da realidade, em face da necessidade de se preservar a

⁹⁸ BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Op. Cit.

eficácia das normas constitucionais e legais que proclamaram os elementos caracterizadores do vínculo de emprego (CLT, arts. 2º e 3º).

A previsão de trabalho autônomo com exclusividade e de forma contínua, por sua vez, implica contradições conceituais, pois tais características, embora não constituam elementos caracterizadores do vínculo de emprego, são deles muito próximas e, portanto, indiciárias da presença de trabalho subordinado por conta alheia. A exclusividade é elemento muito característico da ausência de autonomia do trabalhador e a continuidade muito se aproxima da não-eventualidade, inerente ao conceito de empregado, nos termos do art. 3º da CLT.

Oportuno lembrar que o Direito do Trabalho está assentado em severa divisão entre o trabalho subordinado (artigos 2º, 3º e 6º da CLT) e o trabalho autônomo, que constitui objeto do Direito Civil. A relação de emprego se afere objetivamente pela presença das características da subordinação, onerosidade, pessoalidade e não-eventualidade do trabalho, independente da roupagem jurídico-formal que se empreste ao contrato.

BEZERRA LEITE identifica, por sua vez, os elementos caracterizadores do trabalho autônomo, chamando atenção para o fato de que o trabalhador autônomo desenvolve sua atividade com discricionariedade, iniciativa e organização própria, escolhendo o lugar, o modo, o tempo e a forma de execução dos serviços:

“Autônomo propriamente dito é aquele que trabalha por conta própria, assumindo os riscos do negócio.

Não transfere para terceiro o poder de organização de sua atividade.

Desenvolve sua atividade com discricionariedade, iniciativa e organização própria, escolhendo o lugar, o modo, o tempo e a forma de execução dos serviços”.⁹⁹

Na mesma trilha, NASCIMENTO destaca que o autônomo não se submete ao poder de controle e ao poder disciplinar de outrem:

“Divide-se o trabalho autônomo, que é aquele no qual o trabalhador mantém o poder de direção sobre a própria atividade, em trabalho autônomo propriamente dito e empreitada, esta uma modalidade daquele.

Trabalhador autônomo, como vimos, é aquele que não transfere para terceiro o poder de organização da sua atividade. Assim, auto-organizando-se, não se submete ao poder de controle e ao poder disciplinar de outrem. O autônomo exerce atividade econômico-social por sua iniciativa, sua conveniência ou os imperativos das circunstâncias, de acordo com o modo de trabalho que julga adequado aos fins a que se propõe”.¹⁰⁰

Como se percebe, portanto, as características inerentes ao trabalho autônomo não se harmonizam com a prestação

99 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito do Trabalho - Primeiras Linhas**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 1997, p. 65.

100 NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 256/257.

de serviços em caráter de exclusividade e continuidade. Esses elementos são mais descritivos da relação de trabalho com dependência econômica e inserção do trabalhador na atividade e dinâmica empresarial do empreendedor.

Não obstante, a norma tem por efeito vedar o descortinamento de vínculo de emprego sob falso manto de trabalho autônomo, apenas sob o argumento da natureza contínua e exclusiva do trabalho. Apenas diz o legislador que esses elementos, por si sós, não descaracterizam o trabalho autônomo. Por outro lado, no entanto, não obsta a norma que esses elementos estejam associados a outras características do vínculo de emprego, como a não-eventualidade, a pessoalidade e, principalmente, a subordinação pessoal ou estrutural.

A respeito da subordinação decorrente dos procedimentos de contratação de prestação de serviços de terceiros, vem bem a calhar a lição de DELGADO, já mencionada no capítulo 3 deste Manual, na conceituação da subordinação estrutural:

“é a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”.

“subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta

medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores - em especial a terceirização".¹⁰¹

RUSSOMANO refere, dentre os critérios apontados pela doutrina para conceituar o requisito da subordinação no contrato de trabalho, a dependência econômica e técnica do trabalhador. Quanto à dependência técnica, estaria vinculada a dois aspectos: a) a obrigação de o empregado cumprir as ordens do empregador; e b) a impossibilidade material de o empregado trabalhar de acordo com sua vontade e com seu método próprio.¹⁰²

Em síntese, se o trabalho é prestado com pessoalidade, habitualidade, subordinação e mediante salário, está caracterizada a relação de emprego, servindo a contratação formal autônoma apenas como simulacro para engendrar fraude aos artigos 2º e 3º da CLT.

Enunciado com a natureza do 442-B, que afasta *a priori* a configuração de relação de emprego com base em formalização de contrato de trabalho autônomo, facilitando o mascaramento de relação de emprego, não é novidade no ordenamento jurídico-trabalhista. Semelhante disposição foi incluída no parágrafo único do artigo 442 da CLT, pela Lei 8.949/1994, segundo o qual, "*qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe*

101 DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Op. Cit. p. 667. p. 667.

102 RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. Vol. I. 4ª Ed, S/D. p. 45.

vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Submetida a um longo e amadurecido processo de interpretação sistemática, teleológica e principiológica, à luz dos fundamentos do Direito do Trabalho, essa disposição recebeu da doutrina e da jurisprudência sentido condizente com o princípio do contrato realidade, restando sua incidência restrita às situações em que se caracterize real relação cooperativista, com ausência dos requisitos da relação de emprego.

Nesse sentido, o seguinte precedente do TST:

Vínculo Empregatício. FRAUDE. COOPERATIVA.

Não há que se falar na violação do art. 442 da CLT, pois no presente caso, foi desvirtuada a relação de cooperado. O Tribunal de origem aplicou o princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC) e não decidiu com base na mera distribuição do ônus da prova, como crê a reclamada. Assim, incólumes os arts. 333, I, do CPC e 818 da CLT. A respeito da apontada violação do artigo 5º, II, da Constituição da República, o Tribunal Superior do Trabalho, segue o entendimento da Súmula 636 do STF. Arestos inespecíficos, o que atrai a incidência da Súmula 296 do TST. Há a existência de simulação de trabalho cooperado em verdadeira fraude aos direitos trabalhistas.¹⁰³

103 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista com Agravo (ARR) n. 516-67.2010.5.02.0461**. Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma. Data de Julgamento: 10/06/2015. Data de Publicação: DEJT 19/06/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20516-67.2010.5.02.0461&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAN9+AAG&dataPublicacao=19/06/2015&loc>>

A similaridade das situações foi apontada pelo Relator do PL 6787/16, que deu origem à reforma trabalhista, Deputado Rogério Marinho, em seu parecer na Comissão Especial, ao justificar inclusão do artigo 442-B da CLT:

*O art. 442-B, inserido na CLT nesta oportunidade, segue o mesmo raciocínio adotado em relação à descaracterização do vínculo empregatício entre a sociedade cooperativa e o seu associado. De fato, não há motivo razoável para configurar vínculo empregatício entre a empresa e um autônomo que lhe preste algum serviço eventual. Ressalte-se que, na eventualidade de uma tentativa de se fraudar a legislação trabalhista, estando configurados os requisitos próprios da relação de emprego, a Justiça do Trabalho poderá reconhecer o vínculo empregatício, garantindo ao empregado todos os direitos a ele inerentes”.*¹⁰⁴

Portanto, embora a norma se apresente como elemento facilitador a tentativas de mascaramento da relação de emprego, deve receber interpretação condizente com os princípios que orientaram a aplicação do parágrafo único do art. 442 da CLT, coibindo as fraudes contra a relação de emprego com uso de falsos contratos de trabalho autônomo. Apenas se deve evitar, por força

alPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 27.09.2017, às 23:30.

104 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.787/16**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=SBT+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 24.09.2017, às 12:38.

da nova disposição, afastamento do regime de trabalho autônomo fundado unicamente nas características de exclusividade e continuidade do trabalho, o que demanda averiguar a presença de outros elementos configuradores de relação de emprego, como a pessoalidade e, principalmente, a subordinação pessoal ou estrutural.

REFERÊNCIAS

Doutrina

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** [Theorie der Grundrechte]. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, J.A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia. **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARBOSA, Leonardo Garcia. **Conceito e função econômica da empresa**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503047/001011329.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24.09.2017, às 12:55.

BERTOLDI, Marcelo Marco e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico** [Teoria dell'ordinamento giuridico]. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights in a nutshell**. St. Paul: West Publishing, 1988.

BUERGENTHAL, Thomas; KISS, Alexandre. **La protection internationale des droits de l'homme**. Kehl am Rhein; Strasbourg; Arlington, Va.: Engel, 1991.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Vol. II. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, S/D.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista LTr, São Paulo, LTr, ano 70, n. 06, p. 657-667, jun. 2006.

FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** [Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland]. Trad. da 20ª Ed. Alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito do Trabalho - Primeiras Linhas**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Ed. 18ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. IV. 3ª. Ed. Rev. Atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3º ed. São Paulo: LTr, 2000.

RENTERÍA, Pablo. Função social do contrato e abuso de prerrogativas contratuais por parte do empregador e empregados. In: TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol. I. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, S/D.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. Vol. I. 4ª Ed, S/D.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª. Ed. Rev. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de empresa: teoria da empresa e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª Ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International human rights in context: law, politics, morals**. 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 4ª Ed. Ampl. e Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª Ed. Atual. São Paulo: LTr, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

Legislação

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Trad. Assis Mendonça. Rev. Jur. Urbano Carvelli. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 07/08/2017, às 11:06.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 25.08.2017, às 08:54.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16.08.2017, às 08:37.

BRASIL. **Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 23.08.2017, às 23:38.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08.10.2017, às 15:49.

BRASIL. **Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974.** Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 08.10.2017, às 15:50.

BRASIL. **Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 27.09.2017, às 23:03.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24.08.2017, às 22:22.

BRASIL. **Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017.** Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 13.09.2017, às 10:05.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 24.08.2017, às 23:04.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).** Disponível em: <<http://www.ohchr.org/>>

EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 12.08.2017, às 00:09.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 09/08/2017, às 22:43.

Jurisprudência

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário (RO) n. 0032600-90.2007.5.03.0076**. Relator: Mauricio Godinho Delgado, 1ª Turma. Data do Julgamento: 27/08/2007. Data de Publicação: DJMG 31/08/2007, p. 05. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:06.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário (RO) n. 0094200-76.2008.5.03.0109**. Relator: Luiz Otavio Linhares Renault, 4ª Turma. Data do Julgamento: 03/12/2008. Data de Publicação: 13/12/2008. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:09.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário (RO) n. 0000501-82.2012.5.03.0079**. Relatora Convocada: Erica Aparecida Pires Bessa, 1ª Turma. Data do Julgamento: 10/12/2012. Data de Publicação: DEJT 14/12/2012. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:12.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário (RO) n. 0439600-45.2008.5.09.0021**. Relatora: Marlene T. Fuverki Suguimatsu, 2ª Turma. Data do Julgamento: 25/08/2009. Data de Publicação: DJPR 18/09/2009. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/pesquisaprocessual/processo/exibirProcesso.xhtml>>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:16.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário (RO) n. 0182900-26.2009.5.09.0303**. Relator: Celio Horst Waldruff, 1ª Turma. Data do Julgamento: 22/06/2010. Data de Publicação: DEJT 13/07/2010. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/pesquisaprocessual/processo/exibirProcesso.xhtml>>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:24.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) n. 286900-72.2005.5.02.0025**. Data do julgamento: 12.12.2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/12/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20286900-72.2005.5.02.0025&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJFKAAD&dataPublicacao=14/12/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 08.10.2017, às 18:54.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) n. 394500-42.2009.5.09.0018**. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma. Data do Julgamento: 18/12/2012. Data de Publicação: DEJT 01/02/2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20394500-42.2009.5.09.0018&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKICAAW&dataPublicacao=01/02/2013&localPublicacao=DEJT&query=>>. Acesso em: 08.10.2017, às 19:02.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 383, da Subseção de Dissídios Individuais - I (SDI)**. Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA383>. Acesso em: 22.08.2017, às 23:39.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo (RODC) n. 337100-65.2009.5.04.0000**. Relator

Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Data de Julgamento: 13/08/2012. Data de Publicação: DEJT 17/08/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RO%20-%20337100-65.2009.5.04.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKLGAAJ&dataPublicacao=17/08/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 22.08.2017, às 14:41.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista (RR) n. 655048-35.2000.5.02.5555**. Relator Ministro: Rider de Brito, 5ª Turma. Data de Julgamento: 24/03/2004. Data de Publicação: DJ 11/06/2004. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20655048-35.2000.5.02.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAjDTAAS&dataPublicacao=11/06/2004&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso em: 22.08.2017, às 14:53.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista (RR) n. 3833600-25.2008.5.09.0016**. Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma. Data do Julgamento: 08/02/2012. Data de Publicação: DEJT 14/12/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203833600-25.2008.5.09.0016&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADyTAAM&dataPublicacao=09/03/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 08.10.2017, às 18:57.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista (RR) n. 964-35.2013.5.10.0001**. Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma. Data do Julgamento: 04/11/2015. Data de Publicação: DEJT 18/12/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20964-35.2013.5.10.0001&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANG>>

5AAU&dataPublicacao=18/12/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 08.10.2017, às 18:59.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista com Agravo (ARR) n. 516-67.2010.5.02.0461**. Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma. Data de Julgamento: 10/06/2015. Data de Publicação: DEJT 19/06/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20516-67.2010.5.02.0461&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAN9+AAG&dataPublicacao=19/06/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 27.09.2017, às 23:30.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 443**. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 24.08.2017, às 23:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.721-3/DF**. Rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 11/10/2006. Data da Publicação: DJe 28/06/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469598>>. Acesso em: 18.08.2017, às 18:57.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.305-1/DF**. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 13/09/2006. Data da Publicação: DJ 24/11/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3305.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3305.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4o2656>>. Acesso em: 11.08.2017, às 08:46.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.330/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 03/05/2012. Data da

Publicação: DJe 21/03/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3330.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3330.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbaylot>>. Acesso em: 11.08.2017, às 15:30.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 26/04/2012. Data da Publicação: DJe 17/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+186.NUME.%29+OU+%28ADPF.ACMS.+ADJ2+186.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aredg4n>>. Acesso em: 11.08.2017, às 16:30.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição (Ext) n. 986/BO**. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 15/08/2007. Data da Publicação: DJe 05/10/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+986%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+986%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/as86lpp>>. Acesso em: 24.08.2017, às 23:21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) n. 161.243/DF**. Rel. Min. Carlos Velloso. 2ª Turma. Data do Julgamento: 29/10/1996. Data da Publicação: DJ 19/12/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 11.08.2017, às 16:59.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 03/12/2008. Data da Publicação: DJe 04/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 23.08.2017, às 23:06.