



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

19490 - OBF - PGR
ARE 791.932-MG
Relator: Ministro Teori Zavascki
Recorrente: Contax S/A
Recorrida: Tatiane Meire da Silva

Recurso extraordinário fundado no alegado desrespeito ao art. 97 da Constituição e da SV 10 do STF. Art. 94, II, da Lei 9.472/1997.

Além dos casos evidentes de declaração expressa da inconstitucionalidade de lei por órgãos fracionários, o art. 97 da CR, especialmente na interpretação que lhe confere a SV 10, impede que órgãos fracionários de tribunais reconheçam, por meio velado, a incompatibilidade de normas legais com as da Constituição.

Também é da jurisprudência do STF que a mera alusão a normas constitucionais, especialmente a seus princípios, no contexto de fundamentação de acórdãos, não configura a declaração encoberta de inconstitucionalidade de leis.

Necessidade da determinação de critério equilibrado, por meio do qual se separem os julgados continentais de declaração disfarçada de invalidade de leis daqueles que apenas as interpretam, considerando sobretudo que a jurisdição constitucional do STF, exercida na via do recurso extraordinário e da reclamação, não se presta à revisão da interpretação do direito infraconstitucional, e que os tribunais inferiores devem obediência à norma de competência do art. 97 da CR.

Múltiplas razões a impedir que se impute ao STF a tarefa de fixar o sentido definitivo de qualquer norma de direito infraconstitucional com apelo à alegada transgressão da reserva de pleno: ausência de norma de competência, óbice de violação indireta da Constituição, inadequação funcional dessa tarefa à função e à estrutura da jurisdição constitucional, divisão de competência entre a jurisdição constitucional e a comum dos tribunais superiores, extinção da representação para interpretação no sistema de 1988, incapacidade hermenêutica de, num único caso, determinar-se o sentido definitivo de qualquer norma jurídica, ausência de espaço para a prova de dolo judicial e vinculação do Tribunal aos aspectos postos em causa pelo aresto recorrido, mesmo no contexto da objetivação do recurso extraordinário.

Os limites de competência e funcionais da jurisdição constitucional, ressaltados no direito comparado, aconselham o exame da ofensa do art. 97 da CR segundo critério negativo do qualificado erro metodológico, em sentido amplo, e objetivamente verificável, em decorrência de diversos fatores: a divisão de competência entre o STF e os demais tribunais, a ilicitude de se transformar qualquer questão de ilegalidade em tema constitucional, nos termos da Súmula 636 do STF, e a impossibilidade lógica e jurídica de que a premissa de afronta de norma de direito processual redunde na determinação do sentido do direito material a ser versado em nova decisão pelo órgão competente.

Validade do acórdão impugnado até por se assentar em dois fundamentos autônomos e suficientes (Súmula 283 do STF), dos quais um tem natureza exclusivamente legal.

Ausência de erro metodológico qualificado e objetivamente aferível no raciocínio desenvolvido no aresto examinado: ao invés de se enredar nos defeitos da “jurisprudência dos conceitos”, ao supostamente extrair a solução do caso dos termos “terceirização” e “atividades finalísticas e acessórias” das empresas, o acórdão recorrido interpretou o art. 94, II, da Lei 9.472/1997 em harmonia com os arts. 3º e 9º da CLT: o procedimento encontra apoio ex-

presso no cânone hermenêutico do critério sistemático da interpretação, que recua a *Savigny*, ao passo que a imputação das consequências do ato fraudado tem seu antecedente expresso no *Digesto*, de modo que não pode ser qualificado de arbitrário.

As instâncias trabalhistas não declararam inválidos todos os contratos de prestação de serviço de atividade inerente cuja validade foi reconhecida pelo art. 94, II, da Lei 9.472; apenas entendeu que essa espécie lícita de contrato não pode escamotear real contrato de emprego desenvolvido entre o trabalhador e a empresa tomadora dos serviços, por meio de empresa interposta de contratação de mão de obra, com o fim de fraudar direitos dos operários.

A determinação de sentido diverso do atribuído pelo TST ao mencionado conjunto de prescrições do direito ordinário já não recairia na competência da jurisdição constitucional de verificação de erro metodológico qualificado, por cujo meio se contorna o art. 97 da CR, mas representaria a determinação do sentido e do alcance de leis, ou seja, a interpretação pura e simples do direito ordinário.

Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.

1. Introdução

Trata-se de recurso extraordinário com agravo interposto contra decisão do TST sobre terceirização de serviços.

2. Do caso

Empregada de central de atendimento ajuizou reclamação trabalhista contra a Contax S/A e, subsidiariamente, contra a concessionária de telecomunicações Telemar Norte Leste S/A. A autora narrou ter sido contratada para a função de atendente de centro telefônico. Embora formalmente contratada pela empresa fornecedora de mão de obra, alegou ter prestado serviços apenas no interesse e sob a fiscalização da empresa de telefonia. Daí que os seguintes fatos autorizariam o reconhecimento do vínculo trabalhista entre a empregada e a empresa em cujo proveito laborou (f. 6-7):

É de se destacar que cabia à Telemar passar à primeira reclamada suas regras e diretrizes a serem seguidas pela autora. Ainda para ter certeza que suas ordens estavam sendo seguidas pela empresa Contax S/A e atendentes, a segunda ré monitorava as ligações e fiscalizava as células de atendimento, além de realizar constantemente ligações se passando pela OI a fim de fiscalizar o atendimento.

A segunda ré possui, até a presente data, uma sala dentre das dependências da Contax S/A, para realizar de forma mais zelosa sua fiscalização, evidenciando a subordinação estrutural.

Realçando ainda mais a fraude perpetrada pelas Reclamadas, cumpre destacar, em especial no tocante às empresas Contax S/A e OI/Telemar, as mesmas pertencem ainda ao mesmo grupo econômico, conforme documentação anexa, inclusive com confissão de seus prepostos, valendo dizer que a criação da primeira se deu com o objetivo primordial de redução de gastos, sendo que seus funcionários foram flagrantemente to-

lhidos do recebimento de diversos direitos (previstos nos instrumentos coletivos celebrados pela Telemar), que só eram pagos aos empregados contratados diretamente pela Telemar, tais como participações nos lucros, vale-refeição, abonos, cestas básicas, reajustes salariais mais vantajosos etc.

O primeiro grau julgou a demanda improcedente, por haver entendido, em síntese, que o art. 94 da Lei 9.472/1997 admitiria a espécie contratual em causa.

O TRT3 proveu o recurso ordinário para declarar ilícito contrato específico examinado, estabelecendo-se, conseqüentemente, o vínculo empregatício direto com a concessionária. Determinou o retorno dos autos à origem, para exame dos pedidos.

A ementa do acórdão do TST assim sumaria seu conteúdo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATENDENTE DE CALL CENTER. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO COM A EMPRESA DE TELEFONIA TOMADORA DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE CABIMENTO DO RECURSO DE REVISTA.

Consignada pelo Tribunal Regional a terceirização de atividade-fim da tomadora dos serviços, o reconhecimento do vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e a empresa cliente não contraria a Súmula 331/TST. Ausência de demonstração de afronta direta e literal à Constituição Federal ou à súmula da jurisprudência uniforme desta Corte, capaz de ensejar a revisão da matéria nesta instância extraordinária, nos termos do art. 896, § 6º, da CLT.

Agravo de instrumento não conhecido e não provido.

O TST impediu o seguimento do recurso extraordinário. Sustentou que o STF negou repercussão geral ao tema. Considerou não haver violação da reserva de plenário e que a ofensa às normas constitucionais, se ocorrente, seria reflexa. Assentou a incidência das Súmulas 279 e 636.

O agravo de instrumento foi recebido pelo TST como agravo interno e desprovido. Os autos vieram ao STF, em função da procedência da Reclamação 16.636, em que reconhecida usurpação de competência do STF.

O em. Relator conheceu do recurso extraordinário, somente pela alegada ofensa ao art. 97, da CR. O STF reconheceu a repercussão geral da matéria, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. “TERCEIRIZAÇÃO”. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 94, II, DA LEI 9.472/97 PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. Possui repercussão geral a questão relativa à ofensa ou não ao princípio da reserva de plenário em razão da não aplicação, pelo Tribunal Superior do Trabalho, a empresas de telecomunicações, do art. 94, II, da Lei 9.472/97, que permite, a concessionárias de serviço público a “terceirização” de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço.

2. Repercussão geral reconhecida.

3. Da estrutura do recurso extraordinário

Importa, de início, recordar a estrutura do recurso extraordinário a ser examinado.

A recorrente centra sua atenção na Súmula 331 do TST, em que consagrada a tese fundamental de que o subterfúgio de contratação de trabalhadores, por meio de pessoa interposta entre eles e o empregador, gera vínculo regido pela CLT entre as verdadeiras partes na relação laboral. Afirma-se ali que, “quando da edição dessa Súmula, em 1992 [rectius, 1993], as novas regras a respeito da terceirização ainda não existiam, [e] somente com a privatização de vários setores da economia nova realidade surgiu”, à qual o TST “ainda não se adequou [...], mesmo depois de revisar a Súmula 331, [... em] 2011”.

Ao ver da recorrente, o pacto discutido no processo contaria com o abono do art. 25 da Lei 8.987/1995 e do o art. 94, II, da Lei 9.472/1997. O art. 94, II, dirigido às empresas de telefonia, autoriza: “no cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”. Daí a conclusão:

As normas legais citadas permitem a terceirização na atividade-fim, pelo que a decisão recorrida violou o art. 94 da Lei 9.472/97, bem como o artigo 25 da Lei 8.987.1995 e, em consequência, os artigos 5º, II, e 170, III, da Constituição Federal, como também confronta com a Súmula Vinculante nº 10 [...].”.

A partir desse ponto, o recurso reproduz a distinção corrente no foro trabalhista entre as atividades empresariais finalísticas e as acessórias, inclusive mediante extensa transcrição de debates havidos em audiência pública no TST alheia ao caso. Com auxílio dessas categorias e do art. 6º da Lei 9.472, que define os serviços de telecomunicação, a recorrente defende a conclusão da licitude do contrato de trabalho celebrado, do qual decorreria a exoneração de sua responsabilidade pelo inadimplemento de indenizações laborais.

4. Aspectos gerais do problema posto pela SV 10 do STF

Em especial por se tratar aqui do primeiro caso dotado de repercussão geral sobre a reserva de pleno, torna-se imprescindível identificar com precisão a atividade do STF, no exame de recursos extraordinários cujo fundamento seja o desrespeito do art. 97 da CR ou da SV 10. Apenas o estabelecimento da característica muito peculiar da atividade do STF nessa espécie de recurso, repetida nas reclamações por ofensa da referida súmula, permitirá a solução da causa de acordo com as funções do Tribunal, nessas vias processuais.

O tema não despertaria maiores indagações, se surgisse apenas em casos simples, nos quais a desobediência da reserva de pleno beira a inépcia de colegiados fracionários, que, por incúria, exercem a competência de que não dispõem para a declaração da inconstitucionalidade de leis¹. Tais casos envolvem não mais do

¹ Entram na mesma categoria os casos intencionais, nos quais se parte do

que os aspectos procedimentais ou burocráticos do respeito à reserva de plenário. Resolvem-se, por conseguinte, com a mera constatação do desrespeito da regra de competência do art. 97 da CR, pormenorizada nos trâmites do art. 948 e segs. do CPC. Tal conjunto de casos oferece escasso interesse, em decorrência do automatismo imposto pelas normas mencionadas.

As coisas alteram-se drasticamente na outra espécie de casos, abrangida pela SV 10 do STF – “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Mais analíticos do que o enunciado vinculatório, os precedentes que o geraram acrescentam algo relevante na identificação do segundo conjunto de casos típicos da aplicação do art. 97: “reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidí-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição”². O problema es-

suposto de que a suscitação do incidente atrasaria a marcha do processo, dado o acúmulo de feitos nos plenos. Na linha intermédia, o argumento de que se deixa de aplicar certa norma, “sob o argumento da ‘ilegalidade da lei’”, qualquer que seja o sentido dessa expressão – AI 464.257 AgRg, rel. Min. TEORI ZAVASCKI.

² RE 240.096, rel. o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 21.5.1999, p. 2.669. Confirmam-se, ainda, os seguintes acórdãos, literalmente idênticos ao citado, no ponto de interesse para a causa: AgRgAI 467.202, AGREsp 543.461, AGA 517.757, AGREsp 523.864, AGA 492.352, AGA 383.396, AGA 502.188, AGA 576.925, REsp 308.711, AGA 455.435, RE 435.871, RE 416.402, AGA 418.124, AGA 419.145, RE 397.943, RE 328.857, RE 222.477,

tá, assim, na identificação daquilo que o STF qualificou, em casos posteriores, como “forma indireta do reconhecimento da inconstitucionalidade”³, como a maneira de “tacitamente”⁴ se repudiar a lei ou como “juízo de inconstitucionalidade disfarçado”⁵ ou “dis simulado”⁶.

A jurisprudência do Tribunal já oferece alguns critérios pelos quais se identifica a rejeição de lei com ofensa do art. 97 da CR. O mais claro deles encontra-se na seguinte passagem de aresto do Pleno: “se o juízo reclamado não declarou a inconstitucionalidade de norma nem afastou sua aplicabilidade com apoio em fundamentos extraídos da Constituição, não é pertinente a alegação de violação à Sumula Vinculante 10 e ao art. 97 da Constituição”⁷. Em se tratando da eventual declaração escamoteada de invalidade de lei, interessa sobretudo a vedação da invocação de fundamentos constitucionais para não aplicar a lei ao caso, a ser entendida em conjunto com outro precedente, no qual o Tribunal decidiu que “o embasamento da decisão em princípios constitucionais não resulta, necessariamente, em juízo de inconstitucionalidade”⁸. Portanto, haverá transgressão da SV 10, se o julgado recorrido lançar mão de normas constitucionais para negar a aplicação

AGA 311.369, AGA 227.163, RE 223.603, DJU de 21.2.2000, p. 153; RE 222.778, DJU de 29.11.1999, p. 190.

³ Rcl 15.724, 15.512, 13.703, e 13.523, rel. Min. ROSA WEBER.

⁴ Rcl. 9.156, rel. Min. ROSA WEBER.

⁵ Rcl. 13.514, rel. Min. CELSO DE MELLO.

⁶ Rcl. 20.397 e 22.537, rel. Min. TEORI ZAVASCKI.

⁷ Rcl. 12.122, rel. Min. GILMAR MENDES.

⁸ AI 814.519-AgR-AgR e RE 575.895, rel. Min. ELLEN GRACIE.

da lei no caso, mas não se apenas as considerar na solução da causa.

Ao indicado campo de certeza da ilicitude do comportamento dos tribunais corresponde o âmbito de igual segurança da validade de seu comportamento, assim delineado em outros precedentes da Casa: “a jurisprudência do STF é firme no sentido de que não há que se exigir reserva de plenário para a mera interpretação e aplicação das normas jurídicas que emerge do próprio exercício da jurisdição, sendo necessário para caracterizar violação da cláusula de reserva de plenário que a decisão de órgão fracionário fundamente-se na incompatibilidade entre a norma legal e o Texto Constitucional [...]”⁹. Nesse vasto campo de interpretação da lei, há muitas razões pelas quais não se aplica determinada norma em certo caso. Entre elas, merecem citação os motivos lícitos mais correntes para o afastamento de certa norma do caso, alguns dos quais já espelhados em arestos do STF: a “não subsunção da previsão legal ao caso concreto”¹⁰; incidência de norma diversa da invocada pela parte¹¹; a “interpretação restritiva, após a apreciação dos fundamentos infraconstitucionais incidentes à hipótese”¹²; a “interpretação sistemática com o intuito de alcançar o verdadeiro

⁹ Rcl. 16.740 e 22.651, rel. Min. EDSON FACHIN; em sentido similar, declarou-se a litude de “aplicação das regras de hermenêutica no âmbito infraconstitucional”, no ARE 862.685-AgR, rel. Min. ROSA WEBER.

¹⁰ Rcl. 21.126, rel. Min. ROBERTO BARROSO.

¹¹ Rcl. 20.397, rel. Min. TEORI ZAVASCKI; Rcl. 22.714 e 22.210, 19.376 rel. Min. LUIZ FUX.

¹² Rcl. 20.III, rel. Min. LUIZ FUX.

sentido da norma [...] da CLT”¹³; “a ausência de manifestação expressa sobre dispositivos legais suscitados pela parte não representa ofensa à súmula vinculante 10, se o acórdão reclamado decidir a causa com fundamento em outras normas”¹⁴; “a simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, tão-somente por si, violação da orientação” da SV 10¹⁵; o emprego da analogia¹⁶; a preferência da norma especial sobre a aplicação de regra geral; a preponderância da lei posterior sobre a anterior, a redução teleológica etc. Existe, portanto, um amplo domínio no qual os tribunais inferiores se podem movimentar licitamente, na interpretação da lei e na verificação dos resultados decorrentes da inter-relação entre várias normas editadas em diversos períodos. O simples fato de um tribunal não aplicar ao caso a norma apontada pela parte não implica que a repudiou, por inconstitucionalidade.

Em suma, a jurisprudência do STF acerca da SV 10 não se limita a anular decisões nas quais a lei incidente no caso dele é afastada por meio da invocação de norma constitucional, sem que, todavia, seja declarada a incompatibilidade entre ambas. Ao contrário, os julgados vão além e realizam, em muitos casos, um teste de consistência mínima dos fundamentos do acórdão recorrido, mesmo que relativos ao direito ordinário. O Tribunal tem analisado os recursos fundados em ofensa da reserva de pleno,

¹³ ARE 690.470, rel. Min. ROBERTO BARROSO.

¹⁴ Rcl. 11.859, rel. Min. TEORI ZAVASCKI.

¹⁵ RE 278.710-AgR, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; no mesmo sentido, AI 814.519-AgR-AgR, rel. Min. ELLEN GRACIE.

¹⁶ Rcl. 16.989, rel. Min. GILMAR MENDES.

em termos da validade dos motivos concretos das decisões dos tribunais inferiores¹⁷.

Sucedo que esse ou qualquer outro critério de aferição da existência de rejeição dissimulada da lei regente do caso tem repercussões de máximo relevo no funcionamento do sistema judiciário. Independentemente de outras consequências, o exame da validade dos fundamentos pelos quais não se aplicou a lei em certos fatos traslada ao mais alto grau de jurisdição todas as espécies de causa, com sua evidente sobrecarga. Em virtude desse aspecto prático e sobretudo das questões de adequação dessa tarefa às funções confiadas aos órgãos de cúpula de diversos sistemas judiciários, o problema não se confina ao Brasil, apesar da forma peculiar com que aqui aflora – a transgressão de regra de competência de plenos de tribunais.

Além da jurisprudência do STF acima inventariada, a experiência estrangeira há mais tempo com o problema da revisão de aplicação da lei por tribunais encarregados basicamente de temas constitucionais tem reflexões capazes de auxiliar na resposta ao problema de como se atribuir ao mais elevado órgão judicial de um país o ônus de rever a aplicação até do direito ordinário, em casos concretos, sem lhe inviabilizar a vida prática, nem lhe contrariar a função precípua para o qual criado.

¹⁷ A ausência de motivos é tema sobretudo para a aplicação de normas processuais acerca dos requisitos das decisões judiciais e, excepcionalmente, também para o recurso extraordinário, quando inexistentes.

5. Dos defeitos do critério proposto pela recorrente para a solução do caso

Com base em motivos ligados fundamentalmente à Súmula 331 do TST e à discussão sobre as atividades finalísticas da empresa por oposição às instrumentais, que não foram tratados no acórdão do TRT confirmado pelo TST, a recorrente pretende ver reconhecida sua suposta irresponsabilidade por deveres trabalhistas decorrentes do pacto regido pela CLT. Com auxílio de argumentos gerais atinentes ao conteúdo apenas das regras de direito ordinário em causa, a recorrente deseja demonstrar que o art. 94, II, da Lei 9.472 tem o sentido inequívoco de exonerá-la dos ônus exigidos pela autora.

Diversos motivos de ordem funcional, processual, sistemática e histórica – devidamente espelhados na jurisprudência do STF sobre o art. 97 da CR – impedem o emprego do método de análise e do critério sugeridos pela recorrente para se determinar a solução do caso, assim como vedam a concessão de pedido da natureza por ela formulado.

Em primeiro lugar, a determinação primordialmente do sentido do direito ordinário não consta do rol da competência do STF do art. 102, I, I, e III, da CR. Ademais, a fixação – pelo STF – do sentido de norma das normas legais destoa das funções da jurisdição constitucional.

Embora tenha reconhecido, que toda violação da lei redundava em ofensa da constituição¹⁸, Kelsen excluiu da competência da jurisdição constitucional o exame da mera legalidade de atos, porque lhe cabe interpretar as normas da Constituição, como meio de protegê-la, mas não lhe compete o exame da conformidade de atos concretos com a lei ordinária. Idêntico motivo determina a vigência da Súmula 636, pela qual o STF se recusa ao reexame da interpretação da lei, para que dela ulteriormente se infira desrespeito da garantia constitucional da legalidade. Como notou o em. Min. Sepúlveda Pertence, “cuida-se de verdadeiro axioma da nossa jurisprudência. Afirmou-o o Tribunal, sem vacilações, desde quando, a partir da EC 16/65, se iniciou, nas áreas da Justiça Eleitoral (onde os textos anteriores eram ainda mais restritivos; CF 34, art. 83, § 1º; CF 46, original, art. 120) e da Justiça do Trabalho, a tendência – universalizada pelo regime atual –, de circunscrever o recurso extraordinário à hipótese de contrariedade à Constituição¹⁹. Também no direito comparado é corrente a afirmação doutrinária e jurisprudencial de que o Tribunal Constitucional não pode ser visto como superinstância de revisão da aplicação do direito ordinário²⁰.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (1929: Wien), Berlin: Walter de Gruyter, 1929, Heft 5, p. 30-123 (39-40 e 59-60).

¹⁹ RE 147.684, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, com a transcrição da ementa do RE 79.959.

²⁰ Cf., por todos, em monografia dedicada ao tema, ALLEWELDT, Ralf. *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit*. I. Aufl., Tübingen: Mohr, 2006, p. 43, 47 e, especificamente no controle da aplicação do direito ordinário, p. 278.

Do ponto de vista funcional, a transferência da função aludida atentaria contra a estrutura de tribunal composto por apenas onze Juízes. Além disso, prejudicaria as atribuições inequivocamente sujeitas à jurisdição do Tribunal, com enfraquecimento da defesa das normas relativas aos bens constitucionais protegidos noutros processos.

Ainda no aspecto funcional, a assunção pelo STF da competência para determinar, em última análise, o exato sentido de normas legais implodiria o sistema de repartição de competência entre ele mesmo e os restantes tribunais, em especial os superiores. Ainda que, como se verá, o controle da validade de decisões judiciais, pela via do art. 97 da CR, permita ao STF algum exame da atividade dos tribunais a respeito do direito infraconstitucional, não se pode chegar ao ponto da completa especificação do sentido da norma legal, sob pena de os mencionados parâmetros funcionais da jurisdição constitucional serem transgredidos.

A dimensão histórica das normas de competência do STF demonstra a impossibilidade de se realizar, agora, o controle de aplicação do direito ordinário, em julgamento cujo “resultado [...] é fixar a única interpretação que o texto legal [...] pode ter”²¹. Sem indagar se a representação para a interpretação de leis do art. 119, I, I, da Carta de 1969 se predisponha a uma utopia – a demarcação “em caráter definitivo”²² do sentido de normas –, havia norma

²¹ Voto do Min. MOREIRA ALVES, na Rp. I.273.

²² SILVEIRA. José Néri da. O Supremo Tribunal Federal e a interpretação jurídica com eficácia normativa. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 159, p. 7-29, jul-set. de 1981, p. 25. O próprio autor, agora na qualidade de

constitucional a autorizar que o Tribunal o fizesse²³. Sucede que similar competência não foi reproduzida na Constituição de 1988, de modo que parece anacrônico pretender-se, no atual regime que o STF o faça, por meio de recurso extraordinário ou de reclamação. Além da falta de norma de competência, avultam dois outros motivos. Do ponto de vista histórico-sistemático, desapareceu a razão pela qual se deferiu outrora ao STF a jurisdição mencionada, pois a criação do STJ veio a completar o processo iniciado ainda em 1965 de focar o STF no trato das matérias constitucionais. Assim, carece de sentido devolver ao STF a determinação final do conteúdo da legislação infraconstitucional, quando não lhe cabe mais apreciá-lo com essa finalidade sistemática. Ademais, a intervenção do STF no tema em causa só se justifica em conexão com alguma norma constitucional. Sucede que, mesmo no regime anterior, o Tribunal entendeu que normas constitucionais não eram objeto idôneo à representação interpretativa, justamente para não petrificar o direito constitucional:

E se o risco daquela imobilização do direito já foi considerado temível quando atinge texto legal, que dizer da que alcança a própria Constituição? É que a Constituição, feita para durar por todo o sempre [...]. Por isso mesmo se há de recusar a in-

Juiz do STF, manteve tal compreensão, ao relatar a Rp. 1.325.

²³ O art. 179 do RISTF então vigente autorizava: “o Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este lhe fixe a interpretação”. Segundo o art. 180 do RISTF, entre as condições da representação estava a exposição dos “motivos que justificam a interpretação” da lei, “bem como o entendimento que lhe dá o representante”.

terpretação *em tese* do texto constitucional, pelo risco redobrado e insanável de conferir efeito vinculativo a exegese que agora atende àquelas imposições da realidade, mas amanhã, ou hoje mesmo, não serve à manutenção da ordem e da paz social, ante a mutação dos fatos que deve regular [...] ²⁴.

A superação do quadro da interpretação da lei pelo STF e manutenção dos motivos contrários à petrificação do direito constitucional desaconselham o estímulo a todas as partes em litígio no País a solicitar tal providência.

Intimamente ligado aos aspectos precedentes está a incapacidade de qualquer ser humano, individual ou colegiadamente, de determinar o sentido definitivo de qualquer objeto cultural. Em direito, nenhum tribunal está em condição de precisar, numa só decisão atinente a um único caso, todas as possibilidades de sen-

²⁴ Rp. 1.273, rel. Min. OSCAR CORRÊA: “Representação para interpretação de texto constitucionais (art. 119, I, l, da constituição federal). Inadmissibilidade. O texto constitucional autoriza ao procurador-geral da republica pedir a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Não lhe facultou pedir a interpretação em tese de texto constitucional. Representação não conhecida”. No mesmo sentido, o voto do Min. MOREIRA ALVES, naquele precedente: “as Constituições visam perdurar o mais possível, e isso só é alcançável – como se vê com relação à Constituição americana – graças à flexibilidade de seus textos a essa interpretação evolutiva, impossível de conviver com a interpretação autêntica. O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, e até por isso mesmo não pode retirar dela, imobilizando seu texto, a flexibilidade que tem de amoldar-se às necessidades futuras”. Acerca do perigo da interpretação do direito constitucional em termos estáticos, cf., por todos, LEPSIUS, Oliver. Die Maßstabsetzende Gewalt. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; SCHÖNBERGER, Christof. *Das entgrenzte Gericht*. Frankfurt a M: Suhrkamp, 2011, p. 159-280.

tido de determinada norma, mesmo nas demandas cuja causa de pedir seja aberta. As inumeráveis combinações de normas e as incontáveis configurações dos fatos geram sentidos novos para o texto normativo. Por isso se tem sublinhado que, mesmo nos processos abstratos de fiscalização de validade das leis não se confrontam puras normas, mas se figuram casos hipotéticos, com cujo auxílio se examinam as normas controladas²⁵. O próprio STF já reconheceu o fenômeno, ao admitir, por exemplo, que as diversas estruturas de casos novos forcem a particularização de decisões demasiado genéricas tomadas no controle de constitucionalidade por omissão em mandados de injunção²⁶. A técnica secular

²⁵ Parece hoje indiscutível que mesmo o controle concentrado de constitucionalidade não se desenvolve apenas no plano das abstrações normativas. No quadro de teorias tradicionais de interpretação, já se nota que o controle examina o tratamento legislativo de um problema, segundo o padrão constitucional, como se vê, por exemplo, em EHMKE, Horst. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich [Hrsg.]. *Probleme der Verfassungsinterpretation*. 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag, 1976, p. 164-210 (204) = VVDStRL 20, 1963, (95-96); OSSENBÜHL, Fritz. *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognosenentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*. In: STARCK, Christian [Hrsg.]. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, v. 458-518 (478-479). Já noutra visão, o próprio domínio regulado pela norma co-determina seu sentido e extensão; aqui, cf. , por todos, MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1997, p. 176, nº 235 e segs., e *Strukturierende Rechtslehre*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 162-163

²⁶ MI 708, rel. Min. GILMAR MENDES, que bem resume o conjunto das três decisões paradigmáticas do STF a respeito da greve no serviço público, em cuja ementa se lê: “[...] 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam

do *distinguishing* do direito anglo-americano também testemunha essa necessidade. Assim, a validação incondicional das terceirizações, tal como postulado pela recorrente, pode desconhecer implicações em sentido contrário. Embora esteja longe de ser especialista em direito do trabalho, parece-me líquido que o art. 94, II, da Lei 9.472 não impede, por exemplo, acordos e convenções coletivas de trabalho, nos quais se vede a terceirização. A referida norma tampouco resolve todos os aspectos da sucessão de empresas, no campo específico. Fico a imaginar quantas outras hipóteses terão os versados na arte a opor ao reconhecimento, sem mais, da licitude de todos os contratos de terceirização no setor telefônico, para não dizer do direito do trabalho como um todo.

Razão de índole processual também desautoriza a discussão do problema, em termos ilimitados, como pretendido pela recorrente. Nem toda a objetivação do recurso extraordinário consegue pôr abaixo o fato de que os meios de impugnação judicial impõem a pertinência entre os motivos declinados na decisão recorrida e a questão posta sob o exame da jurisdição constitucional. A experiência comparada de país de sistema concentrado de controle, no qual também se desenvolveu a ideia da relativa objetivação mesmo dos processos subjetivos, merece lembrança. O Tribunal Constitucional Federal alemão aprecia os incidentes de inconstitucionalidade

submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 90 a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 90 a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*)”.

lidade suscitados pelos tribunais, na proporção exata da necessidade de decisão da causa. Entende-se lá que o exame do tema constitucional deve ocorrer de modo tão inteiramente concreto quanto necessário à solução de um processo pendente nas demais instâncias, tal como ocorre aqui²⁷. Nessa distinção de amplitude, aliás, mostra-se a diferença entre os controles abstratos e difuso de constitucionalidade²⁸. Considerando-se, assim, que a decisão recorrida prescindiu tanto do exame da Súmula 331 do TST como da distinção entre atividades finalísticas e instrumentais das empresas, segue-se a impertinência de se colocarem em causa tais aspectos do problema, porque irrelevantes, ao menos para a decisão deste caso. Lá como no Brasil, o incidente de inconstitucionalidade serve à “decisão de um processo pendente”, de modo que não se deve avançar no tema, além do necessário à solução do caso específico²⁹.

Tudo considerado, redundaria na impossibilidade de, mesmo em tese, deferir-se o pedido da índole requerida pela interessada – a improcedência da demanda, no que lhe diz respeito. Logo de saída, há erro lógico na formulação do pedido no recurso. Uma vez que o STF só admitiu à discussão uma única premissa constitucional de natureza processual, é evidente que o julgamento a ser proferido só pode conter conclusão de mesma natureza, ou seja,

²⁷ SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht*. 10. Aufl., München: Beck, 2015, p. 122.

²⁸ SCHLAICH e KORIOTH, ob. cit. na nota 27, p. 121-122.

²⁹ Decisões do TCF alemão, em *BVerfGE*, v. 42, p. 42 (49); v. 74, p. 182 (198); e v. 77, p. 259, (261), segundo indicações de SCHLAICH e KORIOTH, ob. cit. na nota 27, p. 122, nota 214.

relativa à competência de determinado órgão para eventualmente reconhecer a invalidade de leis. Nunca, entretanto, essa premissa de ordem meramente processual poderá originar conclusão de direito material a respeito da procedência ou da improcedência da causa.

Em síntese, diversos fundamentos impedem a adoção de técnica de decisão que invista o STF no papel de intérprete final do direito ordinário, pois esta função lhe cabe apenas quando promove, “precipualemente, a guarda da Constituição”, nos termos do *caput* do art. 102 da CR.

Se o STF quiser conservar sua jurisprudência, que não con-temporiza a burla da legislação por meio de argumentos manifestamente artificiais, mas se, em contrapartida, não se desejar investir na função de órgão judicial incumbido da última interpretação de todas as leis brasileiras, atraindo para si a sobrecarga paralisante de processos daí decorrente, deve rechaçar o critério alvi-trado pela recorrente para a solução de casos atinentes à SV 10. Aqui a jurisprudência e doutrina comparadas parecem boas conselheiras.

6. Do critério de análise de casos da SV 10

Estabelecido que o critério de demarcação absoluta do sentido da lei pelo STF não pode prevalecer, parece interessante recorrer a outros padrões tentados no direito comparado para o reexame da aplicação do direito ordinário pela jurisdição constitucional.

6.1. De padrões inviáveis do direito comparado

A determinação do parâmetro aludido pode iniciar-se pela rejeição dos pontos de vista alhures sugeridos para tanto, mas que se mostram inviáveis. Longe de ser o exercício da gratuita derrisão forense, o rápido inventário dessas ideias apontará, ao final, para aquele que parece o norte a ser seguido no tema.

Deve-se descartar a pesquisa do elemento subjetivo dos juízes dos tribunais inferiores. Além de a prova de determinado ânimo ser impossível, no recurso extraordinário, em decorrência da Súmula 279 do STF, a discussão nas conhecidas bases do desvio de finalidade administrativo renderia muito pouco: em especial um juiz inclinado a perverter, de propósito, determinada lei seria o primeiro a disfarçar tal intento sob estratégias de aparência legal³⁰. O critério só funcionaria em casos anedóticos. E, pior, o esforço do Tribunal no reexame do caso teria escassa, para não dizer nula, serventia, em razão de sua alta dependência dos pressupostos de fato da decisão, motivo pelo qual nele não se firmaria nenhuma tese com repercussão geral, agora exigida pelo art. 102, § 3º, da CR. Logo, o critério de avaliação do caso deve ter natureza objetiva, ou seja, independente do elemento subjetivo dos autores da decisão impugnada³¹.

³⁰ LINDEINER, Fabian von. *Willkür im Rechtsstaat?* Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 175.

³¹ Daí não se deve extrair a conclusão, *a contrario sensu*, de que as decisões proferidas com a intenção subjetiva de perversão da ordem jurídica sejam válidas perante a Constituição. Apenas se observa, assim, que o problema suscitará a cassação do pronunciamento judicial com base em argumentos constitucionais diversos da SV 10.

A suposta injustiça da decisão submetida ao STF tampouco serve de padrão, porque representaria apenas a substituição do subjetivismo entre instâncias judiciais, na medida em que existem diversas concepções da solução correta, além de que, em sociedades democráticas, a preponderante vem fixada na lei³².

O critério da intensidade com que afetado determinado bem protegido pela Constituição não se presta a definir a questão, por dois motivos. Em primeiro lugar, as sanções jurídicas não são variáveis em função de hipóteses de incidência atentas a tal critério, como se fossem pressupostos gradativos de subsunção aos quais correspondem consequências jurídicas por igualmente progressivas. Ademais – e mais importante – assim se confundem coisas bem distintas: o que a Constituição determina seja feito com o alcance do controle pela jurisdição constitucional³³. Se a diferença entre ambas as coisas é de fácil percepção na dicotomia entre questões de fato e de direito, o mesmo não ocorre na discussão da utilidade do parâmetro da intensidade da interferência do ato em bem constitucional. A hipótese de conhecimento de recurso destaca-se dos motivos atinentes a seu mérito³⁴.

³² LINDEINER, ob. cit. na nota 30, p. 175-176.

³³ Cf., por todos, JESTAEDT, Matthias. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. In: *Das Deutsche Verwaltungsblatt*. 2001, Ausgabe 17, p. 1309-1322, p. 1.317.

³⁴ Sobretudo agora, quando a própria jurisprudência do STF as distingue, mesmo se em causa os pleitos apreciados com base no art. 102, III, a, da CR e afirma que conhecer do recurso não implica seu provimento.

Tampouco se deve admitir a evidência da ilicitude como padrão de conhecimento do recurso, por motivos bastante similares aos antecedentes. Ao subjetivismo do critério e da confusão entre a hipótese de conhecimento do recurso e de seu provimento, acresce-se a insegurança linguística da ideia implícita na qualificação de algo como evidente³⁵. O critério da mera evidência teria o grave defeito adicional de agredir a isonomia, porque dependente da formação de cada juiz do colegiado³⁶. Notórios especialistas em determinado domínio jurídico tendem a examinar decisões nas áreas de conhecimento de sua predileção com mais acribia e acirrado espírito crítico dos que os estudiosos de outros assuntos. Tal defeito do critério da evidência aumenta de importância no caso do STF, porque 90% de suas decisões são monocráticas, uma característica muito peculiar entre seus homólogos.

6.2. Dos critérios de solução do problema

A origem do problema e simultaneamente as diretivas básicas para sua superação encontram-se na interseção de duas premissas normativas evidentes do sistema jurídico brasileiro: embora todos os tribunais se sujeitem à Constituição, mesmo na atividade de interpretar o direito ordinário, a jurisdição constitucional carece de competência para fixar o sentido e o alcance da lei, porque isso é tema de tribunais comuns, no exercício da jurisdição fundada em normas infraconstitucionais. Há paralelismo na divisão de ta-

³⁵ LINDEINER, ob. cit. na nota 30, p. 182.

³⁶ LINDEINER, ob. cit. na nota 30, p. 182.

refas entre o STF e os demais tribunais segundo o material incidente no caso³⁷.

Caso levada às últimas conseqüências, qualquer das premissas indicadas produz incongruência no sistema, motivo pelo qual tudo parece estar na definição da medida válida de adequação de cada uma delas ao todo no qual inseridas. A proposta da recorrente esgarça o sistema, na medida em que transfere ao STF a fixação do único sentido normativo possível à norma legal; de sorte que deve ser substituído por outro critério, para se evitar o desequilíbrio do sistema na outra ponta. Ainda que com intensidade atenuada e até de maneira encoberta, os padrões da evidência, da intensidade da ofensa, da justiça e dos motivos pessoais repetem o defeito da alternativa precedente, a saber, entregam à jurisdição constitucional atribuição que não lhe pertence e da qual não tem como se desincumbir, dado o já superabundante volume de seus afazeres. Sobretudo na modalidade alvitrada pela recorrente, na da evidência e na da justiça, percebe-se a substituição dos juízos das instâncias inferiores sobre a lei pelos órgãos da jurisdição constitucional.

Quando bem analisadas, percebem-se duas características comuns às cinco soluções a serem evitadas: todas baseiam-se em critérios positivos e de direito material.

Todas elas desequilibram a harmonia do sistema em detrimento da jurisdição dos tribunais comuns. Além disso, surgem outros aspectos negativos de tais soluções. A generalidade das

³⁷ LINDEINER, ob. cit. na nota 30, p. 165.

questões legais transforma-se em temas constitucionais (p. 136), na linha do defeito apontado na Súmula 636, com o risco de que toda a parte se sinta estimulada a tentar sua sorte no STF³⁸.

Assim se criaria, ainda, uma pretensão constitucional de quase completa aplicação perfeita da lei³⁹. Pior, tudo redundaria num rematado paradoxo: o art. 97 da CR garantiria uma jurisprudência generalizada de correção na aplicação da lei, apesar de mera norma de competência dos plenos dos tribunais⁴⁰. Não se entende como norma processual poderia gerar critérios materiais de decisão positivos. Da premissa relativa ao poder de um órgão para emitir certa declaração não se pode seguir conclusão sobre o conteúdo dela.

Tudo indica, portanto, a adoção de critério objetivo, negativo e metodológico *lato sensu* de apuração da ofensa da SV 10, como meio de se harmonizarem ambas as tendências opostas indicadas.

O parâmetro negativo tem a grande virtude de não imputar às normas constitucionais o conteúdo das leis e de não inserir artificialmente nas atribuições do STF a função de arbitrar o sentido das leis. Além disso, ele se mostra consciente do fato epistemológico de que nenhum colegiado consegue, de antemão num só caso, determinar todos os sentidos de certa norma, em todas as suas

³⁸ LINDEINER, ob. cit. na nota 30, p. 85, sobre a situação alemã, com auxílio até de dados estatísticos, em apêndice.

³⁹ LINDEINER, ob. cit. na nota 30, p. 132.

⁴⁰ LINDEINER, ob. cit. na nota 30, p. 118.

conexões imagináveis com o restante do ordenamento jurídico. Para encerrar, o critério de perfil negativo tem a vantagem de poupar o STF de interferir no direito ordinário, até por não determinar o conteúdo das decisões da jurisdição comum, mas apenas ordenar que decidam o tema com a observância de método adequado⁴¹. “Porque o Tribunal Constitucional, em todo caso, não decide antecipadamente [a causa], trata-se aí primordialmente de suspender uma decisão defeituosa, e não de ditar uma decisão correta”⁴². Portanto, o critério de decisão dos casos atinentes à SV 10 deve ser negativo, ou seja, deve levar à cassação das decisões atentatórias contra a Constituição, ao invés de por seu meio se imporem supostos conteúdos constitucionais ao direito legal.

Até por se referir a uma norma de competência de órgãos judiciários, parece sistematicamente válida a preponderância dos aspectos metodológicos da decisão recorrida, entendidos em termos amplos de coerência dogmática do raciocínio nelas desenvolvido. Supera-se, assim, o paradoxo de norma processual determinar o sentido material de sentenças. “O critério [...] pelo qual se mede a ofensa à proibição de arbitrariedade judicial é se a decisão impugnada contém uma violação grave contra a metodologia jurídica”, nota von Lindeiner⁴³.

⁴¹ LINDEINER, ob. cit. na nota 30, p. 161.

⁴² LINDEINER, ob. cit. na nota 30, p. 162: “Weil das BVerfGinaller Regel nicht ‘durchentscheidet’, geht es hier primär darum, selbst eine richtige Entscheidung zu treffen”.

⁴³ LINDEINER, ob. cit. na nota 30, p. 183: “Das Kriterium, an dem Verstöße gegen das dem Gleichheitssatz zu entnehmende Verbot richterlicher Willkür gemessen werden soll, ist, ob das angefochtene Urteil einen beson-

Em razão de seus limites funcionais, o Tribunal Constitucional Federal alemão agrega terceiro critério pelo qual se repudiam, na sua jurisdição, sentenças fundadas apenas no direito ordinário: a ausência absoluta de fundamentos racionais para sustentar-se o acórdão examinado. Eis a diretiva básica da jurisprudência, repetida desde os primórdios daquele tribunal:

O controle pela jurisdição constitucional da ofensa da proibição de arbitrariedade não se exercita em relação a qualquer erro na interpretação e aplicação do direito ordinário material ou processual pelos tribunais especializados. Deve-se, ao contrário, acrescentar que a aplicação defeituosa já não seja mais compreensível em apreciação à luz do pensamento dominante da Lei Fundamental e, por isso, imponha-se a conclusão de que repousa em consideração impertinente ao tema⁴⁴.

Noutro precedente, o TCF alemão foi mais sintético, para declarar-se competente para a revisão de decisões que “não se mostrem justificáveis sob nenhum ponto de vista”⁴⁵.

ders schweren Verstoß gegen die juristische Methodenlehre enthält”.

⁴⁴ BVerfGE, v. 4, p. 1 (7): “Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Verletzung des Willkürverbots des Art 3 Abs 1 GG durch gerichtliche Entscheidungen greift also nicht bei jedem Fehler in der Auslegung und Anwendung des einfachen materiellen und formellen Rechts durch die Fachgerichte ein. Hinzukommen muß vielmehr, daß die fehlerhafte Anwendung des einfachen Rechts bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluß aufdrängt, daß sie auch sachfremden Erwägungen beruht”. Sobre a constância dessa jurisprudência, cf., por exemplo, ALLEWELDT, ob. cit. na nota 20, p. 95.

⁴⁵ BVerfGE v. 42, p. 237 (242), e BETZ, Alexander. *Die verfassungsrechtliche Absicherung der Vorlagepflicht*. Tübingen: Mohr, 2013, p. 90-91; similarmente, a de-

A Argentina também conhece o problema aqui enfrentado e o resolve de modo similar ao da Alemanha, apesar de a linha divisória entre sua Suprema Corte e os demais órgãos judiciais não ser tão nítida, porque ela ainda continua competente para a revisão da aplicação do direito ordinário, além do constitucional, nos termos do art. 116 da Constituição. É tradicional a jurisprudência da Corte Suprema platense acerca do “recurso extraordinário de sentença arbitrária”, também admitido, no que interessa ao caso, com base na “questão do método de interpretação”⁴⁶, em sentido amplo. Tal como no outro exemplo do direito comparado, o mais alto Tribunal argentino, nessas hipóteses, não anula uma sentença apenas por ser “simplesmente desacertada ou errônea”⁴⁷, mas em virtude de causa mais grave e excepcional: “ao decidir uma questão, o tribunal deixa de lado, sem dar razões plausíveis ou, às vezes, sem dar razão alguma, textos legais que se referem diretamente ao caso”⁴⁸.

Examine-se, portanto, a alegada ofensa do art. 97 da CR segundo critério negativo do qualificado erro metodológico, em sentido amplo, e objetivamente verificável.

cisão em *BVerfGE*, v. 29, p. 45 (49), como aponta LEISNER, Walter. *Urteilsverfassungsbeschwerde wegen Nichtvorlage bei Abweichung*. In: *NJW* 1989, p. 2446-2450 (2448, em especial nota 42).

⁴⁶ Fragmento de decisão da Suprema Corte argentina transcrito por CARRIÓ, Genaro R; CARRIÓ, Alejandro D. *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, v. I., p. 32.

⁴⁷ CARRIÓ e CARRIÓ, ob. cit. na nota 46, v. I., p. 32.

⁴⁸ CARRIÓ e CARRIÓ, ob. cit. na nota 46, v. I., p. 177.

7. Da aplicação do critério sugerido ao caso

O primeiro passo demandado por qualquer parâmetro de controle da decisão recorrida consiste em se recapitular os fundamentos da decisão atacada no recurso extraordinário.

O TST não conheceu do agravo de instrumento, em recurso de revista, por entender “que não se cogita, na hipótese, de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei, e sim, de interpretação sistemática das normas pertinentes à matéria, a afastar a alegada contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF” (f. 789). Para assim concluir, o aresto do TST valeu-se basicamente da transcrição do seguinte trecho do acórdão do TRT, quanto à questão discutida no recurso extraordinário (f. 785-786):

Conquanto o art. 94 da Lei 9.472/97 permita a terceirização dos serviços que lhe são essenciais, tal dispositivo não autoriza a terceirização da atividade econômica principal, com fraude à legislação trabalhista.

No caso, a reclamante foi contratada para prestar serviços exclusivamente à segunda ré, conforme confessou o preposto da 1ª reclamada, na audiência de f. 85.

Portanto, suas atividades estavam inseridas na dinâmica estrutural da empresa tomadora de serviços, o que revela a presença de subordinação, dado que aponta para a terceirização levada a efeito.

Em situações como estas, em que o empregado presta serviços exclusivamente a determinado tomador de serviços, na atividade econômica principal deste, a relação de emprego com a

prestadora de serviços representa apenas a intermediação irregular de ser mão de obra, com o intuito de evitar a obtenção de direitos assegurados à categoria profissional dos empregados da tomadora, o que enseja tratamentos desiguais, gerando situações repudiadas pela ordem juslaboral.

De fato, utilizar a terceirização de mão de obra para o único fim de reduzir custos é desrespeitar os princípios constitucionais fundamentais da pessoa humana, sobretudo os postulados de tutela no direito do trabalho. Não se pode esquecer, ademais, que o princípio básico da nossa ordem econômica é a valorização do trabalho humano, o que também ocorre com a nossa ordem social (artigos 170 e 193 da Constituição da República).

A terceirização das atividades tratadas neste caso implica o desvirtuamento de normas trabalhistas e violação do art. 9º da CLT, que é parâmetro para a interpretação de qualquer outro dispositivo infraconstitucional, incluindo-se a Lei 9.472/97.

Vale frisar que não se está a declarar a impossibilidade de a tomadora terceirizar serviços, mas apenas a se ponderar que, no caso específico dos autos, a terceirização não atendeu aos princípios e normas de proteção efetiva ao trabalho humano, fato que singulariza a presente contenda.

E a par da irregularidade da contratação – que já seria suficiente para o deferimento do pleito obreiro, - não se pode olvidar, ainda, que o conjunto probatório constante dos autos revela a presença de todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego previstos no art. 3º da CLT, quais sejam: trabalho prestado a um tomador, com pessoalidade, não eventualida-

de, onerosidade e subordinação jurídica, essa última manifestada na sua modalidade estrutural.

É certo que a decisão aludida faz menção, de passagem, a normas constitucionais regentes de atividade econômica. Diversos motivos, entretanto, impedem que se veja nisso uma declaração velada de inconstitucionalidade do art. 94, II, da Lei 9.472.

Em primeiro plano, o caso suscita a interpretação da SV 10, em conexão com a Súmula 283, objeto de, ao menos, dois julgados do Tribunal⁴⁹. O acórdão só poderia ser reformado, se postos abaixo ambos os fundamentos autônomos e suficientes nele lançados. A principal – para não dizer, única – razão de decidir no julgado em causa diz respeito à interpretação da Lei 9.472 e da CLT. E, ao menos nos limites do conhecimento do recurso extraordinário, a existência de dualidade de motivos para sustentar a conclusão do aresto mencionado tem como consequência sua manutenção. Noutras palavras, o hipotético provimento do recurso em causa redundaria apenas na anulação do alegado fundamento constitucional do julgado do TST. Subsistiria o de ordem legal, como se vê nos referidos precedentes do STF⁵⁰.

⁴⁹ Rcl. 19.032, rel. Min. TEORI ZAVASCKI, e Rcl. 21.126, rel. Min. ROBERTO BARROSO.

⁵⁰ Lê-se, no voto condutor da Rcl. 19.032: “Ademais, a decisão atacada sustenta seu juízo sob outro fundamento autônomo e suficiente: o acórdão reclamado decidiu a causa, não com base em argumentos extraídos da Constituição, mas de acordo com a jurisprudência do STJ e do STF (= o reconhecimento de nulidade depende da comprovação de prejuízo), fundamento que não foi infirmado pelo agravante”.

Não bastasse o motivo antecedente, a própria jurisprudência do STF acerca da SV 10 já notou que “o embasamento da decisão em princípios constitucionais não resulta, necessariamente, em juízo de inconstitucionalidade”⁵¹. Portanto, o fato de o julgado recorrido ter mencionado normas constitucionais não basta à caracterização da ofensa da SV 10. Tal conclusão parece tanto mais impositiva, ao se considerar a menção às normas constitucionais no contexto geral da fundamentação do aresto trabalhista.

O fundamento no qual se apoia o acórdão do TST consiste na interpretação do art. 94, II, da Lei 9.472, em conjugação com os arts. 3º e 9º da CLT. A apreensão do raciocínio desenvolvido ao longo do julgado do TST parece facilitada por meio da transcrição das três normas legais envolvidas, no que interessam ao caso:

Art. 3º [da CLT]. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Art. 9º [da CLT]. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 94 [da Lei 9.472]. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência [ANATEL]:

⁵¹ AI 814.519-AgR-AgR e RE 575.895, rel. Min. ELLEN GRACIE.

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Vastas porções do recurso extraordinário dedicam-se à discussão das categorias doutrinárias das atividades finalísticas e as instrumentais das empresas como suposto critério divisor dos campos lícitos e ilícitos da contratação. Ao citado par conceitual, acrescentou a ideia de terceirização. Como resultado, imputou-se o acórdão recorrido uma equação do caso resumível como a interdição de terceirização em atividades finalísticas da empresa. Em consequência disso, pretende que o STF assevere que a lei ordinária autoriza o contrário.

Sucedo que o acórdão recorrido não desenvolveu o raciocínio descrito, decididamente marcado pelo erro da “jurisprudência dos conceitos”, que pretende extrair de generalizações calcadas em normas imperativos jurídicos. Ao contrário do que se lhe imputa, o acórdão analisado separou estritamente a doutrina das fontes do direito positivo⁵². Para ser exato, a decisão judicial recorrida

⁵² JESTAEDT, Matthias, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Padernborn: Ferdinand Schöningh, 2009, p. 22. Daí ter LARENZ objetado que as conclusões extraídas da associação de conceitos doutrinários possuem “meramente o valor de afirmações teóricas; por mais que se o preze, dele não se segue nada em prol da validade dessas proposições como enunciados normativos” (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5. Aufl., Berlin: Springer Verlag, 1983, p. 27: “In der Tat ‘existieren’ die elementaren Rechtsbegriffe nicht so, wie Rechtsnormen ‘existieren’ (idem sie ‘gelten’), sondern sie haben, mitsamt allen aus ihnen durch Schlußfolgerungen gewonnenen Sätze, lediglich einen theoretischen Aussagewert; man mag diesen wie hoch immer einschätzen, für eine Geltung dieser Sätze als Gebotsnormen ergibt sich daraus nichts”).

nem se valeu de conceitos doutrinários como base de suas conclusões. Ao contrário, fundou-as apenas em normas do direito ordinário. Daí cabe apenas testar a coerência do pensamento esboçado pelo tribunal recorrido, segundo o parâmetro de racionalidade mínima indicado nos tópicos precedentes.

Em síntese absoluta, o acórdão recorrido entendeu que a Lei 9.472 deve ser interpretada em conjunto com as duas mencionadas regras da CLT. Ao contrário do que afirma a recorrente, o julgado do TST não afirmou que as empresas estejam proibidas de confiar suas atividades – finalísticas ou não – à execução por outra empresa. Tampouco nele se afirmou que os empregados das empresas prestadoras de atividade de qualquer índole em prol de outra manterão vínculo laboral com a empresa tomadora dos serviços. O TST apenas afirmou que a Lei 9.472 há de ser compreendida em harmonia com os arts. 3º e 9º da CLT, de sorte a impedir-se o uso da espécie de contrato de objeto lícito da Lei 9.472 como subterfúgio para ocultar a real contratação de trabalhadores por meio de interposta pessoa. Analisando a prova do processo, as instâncias especializadas competentes chegaram à conclusão de que embora seja em tese válida, a espécie contratual regulada na Lei 9.472 foi desvirtuada para encobrir verdadeiro contrato de emprego entre o trabalhador e a empresa em cujo benefício seus serviços revertem. O TST não decidiu que a modalidade de contrato em causa seja um mal em si, mas apenas que, nas circunstâncias do caso, foram mal empregadas, porque constatada, na prática, a presença dos elementos estruturais da relação de emprego da CLT, de ocorrência agora indiscutível.

O raciocínio desenvolvido no acórdão parece inspirado em motivo plausível, para dizer o mínimo. O grau de racionalidade da cadeia silogística nele levada a cabo parece mais do que suficiente à aprovação no teste de coerência mínima da aplicação do direito ordinário, a ser conduzido pela jurisdição constitucional. A viabilidade do raciocínio sobre a incidência das várias normas do direito ordinário no caso, por meio da recíproca harmonização de regras para que componham um único sistema jurídico coerente é procedimento tão clássico no direito, a ponto de contar com o apoio expresso do autor apontado como o fundador da metodologia jurídica – Savigny –, em texto de 1840:

O elemento sistemático [da interpretação] finalmente se refere ao nexó interno, que torna todos os institutos e as regras jurídicas uma grande unidade. Esse nexó, tanto como o histórico, também se apresentava ao legislador, e nós só reconheceremos por completo seu pensamento, se tivermos claro, qual relação essa lei mantém com todo o sistema jurídico e como ele deve influir eficazmente no sistema⁵³.

Por sua vez, a imputação da consequência do art. 9º da CLT ao contrato – concretamente – defraudador do art. 3º da CLT e da

⁵³ SAVIGNY, Carl Friedrich. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp., 1840, v. I, § 33, p. 214: “Das systematische Element endlich bezieht sich auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft. Dieser Zusammenhang, so gut als der historische, hat dem Gesetzgeber ebenfalls vorgeschwebt, und wir werden also seine Gedanken nur dann vollständig erkennen, wenn wir uns klar machen, in welchem Verhältnis dieses Gesetz zu dem ganzen Rechtssystem steht und wie es in das System wirksam eingreifen soll”.

própria Lei 9.472, que não vai ao ponto de autorizar a burla, é providência ainda mais ortodoxa e antiga no direito, insuscetível de ser tachada de arbitrária ou irracional.

Trata-se da velha fraude à lei, já conhecida no direito romano, na definição de Paulo: “*contra legem facit, qui id quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*”⁵⁴. Desde a Antiguidade, o direito romano articulou diversas formas de combate à fraude, entre cujos figurinos mais corriqueiros estava a pessoa interposta entre o credor ou o devedor de obrigações variadas⁵⁵. Já a *Constitutio Theodosiana*, de 429 d. C., estabeleceu diretiva vigente até hoje: “as palavras da lei podem não cominar a nulidade para o ato que ostensiva ou ocultamente a viola, todavia tal sanção deve sempre considerar-se implícita no preceito jurídico”⁵⁶. Contemporaneamente, sabe-se que a consequência jurídica da fraude à lei consiste na chamada “equiparação”, ou seja, na imputação ao negócio jurídico que visa contornar a lei das consequências da norma proibitiva⁵⁷.

Nesse sentido, decisão do em. Relator em reclamação de tema essencialmente similar ao presente não reputou desrespeitada a SV 10, malgrado o acórdão lá em causa - diferentemente do aqui

⁵⁴ *Digesto*, I, 3, 29.

⁵⁵ BENECKE, *Gesetzumgehung*, p. 9.

⁵⁶ CHAMOUN, Ebert. *A fraude à lei no direito romano*. Tese de concurso para o provimento da cadeira de direito romano da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, 1955, p. 34.

⁵⁷ BENECKE, Martina. *Gesetzumgehung im Zivilrecht*. Tübingen: Mohr, 2004, p. 97.

examinado – se tenha valido da Súmula 331 do TST. A decisão monocrática referida entendeu que a existência de lei em tudo semelhante àquela discutida neste caso não foi contornada com infração do art. 97 da CR; mereceu antes plausível interpretação sistemática com o restante conjunto de normas trabalhistas:

O caso não revela ofensa aos termos da Súmula Vinculante 10, tendo em vista que o TST, ao decidir pela validade da terceirização apenas quanto às atividades-meio, levou em conta os arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, não havendo juízo sobre a constitucionalidade ou não do art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995, mesmo quando consigna que o acórdão regional está em consonância com a Súmula 331 do TST.

[...]

Ademais, considerando que a interpretação do art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995 teve como parâmetro a legislação infraconstitucional, é de se concluir que a menção ao item IV da Súmula 331 do STF, que não cuida do tema da terceirização, foi feita pelo acórdão reclamado em situação de reforço de fundamentação⁵⁸.

A determinação de sentido diverso do atribuído pelo TST ao mencionado conjunto de prescrições do direito ordinário já não recairia na competência da jurisdição constitucional de verificação de erro metodológico qualificado, por cujo meio se contorna o art. 97 da CR, mas representaria a determinação do sentido e do

⁵⁸ Rcl. II.329, rel. Min. TEORI ZAVASCKI.

alcance de leis, ou seja, a interpretação pura e simples do direito ordinário.

Logo, o acórdão recorrido não ofende o art. 97 da CR nem a SV 10 do STF, na medida em que passa, com folga, no teste da racionalidade da aplicação do direito ordinário e que não é tarefa da jurisdição constitucional reexaminar a validade da atividade dos tribunais comuns na interpretação do direito ordinário.

8. Conclusão

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Brasília, 29 de setembro de 2016.

Odim Brandão Ferreira
Subprocurador-Geral da República

Aprovo:

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República