V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Ação declaratória de constitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional da Comunicação Social – CNCOM, com o objetivo de obter a declaração de compatibilidade constitucional do art. 129 da Lei n. 11.196/2005.

2. A requerente sustenta haver controvérsia jurídica sobre a validade constitucional do art. 129 da Lei n. 11.196/2005, o que seria demonstrado por decisões judiciais e administrativas nas quais aplicado a pessoas jurídicas prestadoras de serviços intelectuais regime fiscal e previdenciário diverso do estabelecido na lei, a representar grave insegurança jurídica e mitigação da liberdade de organização e desenvolvimento da atividade econômica.

Argumenta que a norma em foco constitui " *cláusula densificadora da liberdade",* ao permitir que o prestador de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, opte por modelo de organização e produção mais eficientes e alinhados a seus negócios, submetendo-se ao respectivo regime fiscal e previdenciário.

3. O Presidente da República, a Advocacia-Geral da União e o Presidente do Congresso Nacional apontam ausência de comprovação de controvérsia judicial, seja porque os precedentes administrativos emanados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não atenderiam ao disposto no art. 14 da Lei n. 9.868/1999, que exige situação de insegurança jurídica instalada entre órgãos jurisdicionais, seja porque os precedentes indicados não infirmaram a constitucionalidade do art. 129 da Lei n. 11.196 /2005, apenas assentando a não subsunção da norma ao caso concreto, em razão da constatação de desvirtuamento na constituição da pessoa jurídica por simulação ou fraude, com finalidade de esquivar de normas trabalhistas ou frustar o recolhimento de contribuições previdenciárias e imposto de renda.

Defendem a constitucionalidade do art. 129 da Lei n. 11.196/2005, assinalando, contudo, que a norma não consubstancia garantia absoluta

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

capaz de legitimar a constituição de pessoas jurídicas para prestação de serviços intelectuais em desatendimento à legislação trabalhista e fiscal. Afirmam que a " *norma interpretativa (seria) dirigida eminentemente aos agentes fiscais"* buscando esclarecer que apenas as sociedades legitimamente constituídas para prestação daqueles serviços não devem ter sua personalidade jurídica desconsiderada para submetê-las a regime previdenciário e fiscal das pessoas naturais.

Relevante controvérsia judicial sobre a aplicação do art. 129 da Lei n. 11.196 /2005

4. Ao apreciar questão de ordem suscitada na ação declaratória de constitucionalidade n. 1 (Relator o Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 16.6.1995), este Supremo Tribunal firmou, incidentalmente, a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/1993, pela qual criada essa ação de controle abstrato. Assentou-se, entretanto, ser necessária para seu aproveitamento que se comprove o interesse objetivo de agir pela demonstração de preexistente controvérsia judicial em controle difuso de constitucionalidade que ponha em risco a presunção de validade jurídico-constitucional do ato normativo.

Com a Lei n. 9.868/1999, pela qual regidos o processo e o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade neste Supremo Tribunal, esse requisito passou a constar expressamente do ordenamento jurídico:

> *"Art. 14. A petição inicial indicará: (…)*
> *III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória".*

Em voto-vista proferido na ação declaratória de constitucionalidade n. 16 (Relator o Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 9.9.2011), sustentei:

> *"(...) 8. Mesmo análogos, embora em sentidos inversos, os efeitos da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a hipótese de cabimento para uma não é a mesma para a outra.*
> *Basta a existência de uma norma inconstitucional para que se possa arguir ter sido ofendida a Constituição, enquanto apenas se*

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

uma norma constitucional tiver sua presunção de constitucionalidade gravemente abalada é que se abrirá espaço para o aproveitamento da ação declaratória de que ora se cuida.

Sobre o tema, afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, no voto que proferiu no julgamento da questão de ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1, verbis:

'… tanto se ofende à Constituição aplicando lei inconstitucional quanto negando aplicação, a pretexto de inconstitucionalidade, à lei que não o seja. Em ambos os casos, fere-se a supremacia da Constituição.

Dá-se, porém, que, ao contrário do que sucede na ADIn, à vista da presunção de constitucionalidade, só a resistência concreta à aplicação de determinada norma legal substantiva o interesse de agir para a declaração de sua constitucionalidade. Mostrou o eminente Relator [Ministro Moreira Alves], portanto, que o interesse de agir só se atualiza, só se manifesta de modo a autorizar a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, quando haja controvérsia judicial, objetivamente demonstrada e em proporções relevantes, sobre a validez de determinada norma legal' (Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16.6.1995).

Firmou-se, naquele julgamento, o entendimento segundo o qual a comprovação da existência de dissídio judicial relevante é imprescindível para o conhecimento desta ação de controle concentrado de constitucionalidade, pois, conforme asseverou o insigne Ministro Moreira Alves naquele precedente, 'a delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar (…)'.

Sem essa demonstração, portanto, a petição inicial seria inepta, por carecer de elemento essencial para a compreensão da controvérsia, a qual deve ser relevante a ponto de instaurar, nas palavras do nosso decano, o Ministro Celso de Mello, 'verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal' (Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 8, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 4.4.2003)".

5. Na espécie, a Confederação Nacional da Comunicação Social – CNCOM ajuizou a presente ação objetivando a declaração de constitucionalidade do art. 129 da Lei n. 11.196/2005, de seguinte teor:

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

> *"Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil".*

6. Para comprovar pendência de controvérsia judicial sobre a aplicabilidade do dispositivo objeto da presente demanda, o autor juntou aos autos decisões emanadas dos Tribunais Regionais do Trabalho nos processos ns. 0011490-96.2014.5.01.0059 (TRT-1); 1000760-86.2016.5.02.0034 (TRT-2); 0000515-23.2011.5.15.0029 (TRT-15); 0001864-90.2013.5.15.0029 (TRT-15); 0001457-84.2013.5.15.0029 (TRT-15); 0001606-80.2013.5.15.0029 (TRT-15); 0101600-06.2016.5.01.0049 (TRT-1); 0101975-26.2016.5.01.0075 (TRT-1) 0000999-29.2015.5.17.0001 (TRT-17); e 1001170-67.2016.5.02.0383 (TRT-2), e ainda decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais nos processos ns. 0013950-19.2014.4.02.5101 (TRF-2); 0022319-12.2008.4.02.5101 (TRF-2); 0001053-66.2006.4.03.6117 (TRF-3); 0010123- 42.1998.4.03.6100 (TRF-3) e 0026600-48.2014.4.03.0000 (TRF-3).

Apresentou, ainda, julgados pelos quais o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF teria afastado a incidência do art. 129 da Lei n. 11.196/2005 ao argumento de que estariam presentes elementos caracterizadores do vínculo empregatício entre o prestador do serviço e o contratante.

7. Há de se afastar a invocação de decisões administrativas emanadas do CARF por não serem essas decisões aptas a demonstrar a existência de dissídio jurisprudencial relevante em sede de controle difuso de constitucionalidade, requisito indispensável ao cabimento da ação declaratória de constitucionalidade.

Como bem realçado nas informações prestadas pelo Presidente do Congresso Nacional, somente a *"divergência entre os pronunciamentos no âmbito da própria jurisdição ordinária, associado ao princípio da presunção de constitucionalidade, gerando uma situação de incerteza e provocando grave insegurança jurídica que se instaura entre os órgãos judiciais"* é capaz de autorizar a instauração da ação declaratória de constitucionalidade.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

8. Quanto aos precedentes jurisprudenciais oriundos dos órgãos da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, deve-se anotar que em nenhuma das decisões indicadas constatou-se expressa declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal objeto desta ação. Entretanto, a incidência do art. 129 da Lei n. 11.196/2005 foi afastada nos casos concretos analisados, algumas vezes se invocando fundamento constitucional.

Confira-se, por exemplo, decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região no julgamento do Recurso Ordinário 0000515-23.2011.5.15.0029:

> *" A questão debatida nos presentes resume-se à validade de constituição de pessoa jurídica por ex-empregados, como condição para a prestação de serviços voltados à atividade fim de seu ex-empregador. (…) O que deve ser apurado é se a relação jurídica formal estabelecida por um contrato de prestação de serviços celebrado nesses moldes estaria a ocultar uma vera relação de emprego; dito de outro modo, se o contrato de prestação de serviços entre duas pessoas jurídicas encerra uma relação de emprego subjacente.*
>
> *Constatada essa hipótese, como ocorreu nos presentes, estar-se-á diante do fenômeno da "pejotização", ardil utilizado de forma crescente visando a fraudar a legislação trabalhista.*
>
> *As recentes mudanças nas relações de trabalho, decorrentes da flexibilização das normas trabalhistas fez surgir o que os doutrinadores e operadores do direito denominam de "fenômeno da pejotização" como uma nova modalidade de contratação pela qual o empregador exige a constituição de pessoa jurídica pelo empregado a fim de descaracterizar a relação de emprego e, por conseguinte, afastar a aplicação da legislação trabalhista. O fenômeno ora tratado se intensifica em relação aos trabalhadores intelectuais, em face do disposto no artigo 129 da Lei 11.196/2005 e em algumas categorias, como bancários e tecnologia da informação, mas não se restringe a estes profissionais (…) A 'pejotização', traz em seu bojo uma condição apenas para que o prestador possa prestar seus serviços para determinada empresa. Ela faz surgir uma camuflagem do vínculo empregatício capaz de duas graves consequências: a primeira delas atinge diretamente o trabalhador, vez que boa parte de sua renda não aparece como verba salarial; já a segunda, reflete justamente em burla ao fisco, à medida que a empresa passa a adotar meios supostamente legais para reduzir suas cargas sociais e tributárias (…)*

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

No caso em tela, além do fato dos trabalhadores serem obrigados a formalizarem uma pessoa jurídica como condição para a continuidade da prestação de serviços, resta claro, pelas próprias alegações recursais, que as atividades desenvolvidas pelos trabalhadores estão direcionadas à atividade-fim da requerida. (…)

Diante de todos os fatos expostos, resta inegável que a conduta da empresa ré narrada na presente ação, além de afrontar direitos trabalhistas dos trabalhadores contratados e de personalidade de cada um deles, vilipendiou também fundamento previsto no artigo 37 (...) da Constituição Federal. No mesmo sentido, agiu em contrariedade ao Princípio da Moralidade Administrativa" (doc. 9).

Ao editar a Súmula Vinculante n. 10, este Supremo Tribunal consolidou jurisprudência no sentido de equiparar à declaração de inconstitucionalidade decisão judicial que, embora sem pronunciar expressamente a invalidade constitucional de determinada norma, deixa de aplicá-la com base em fundamentos de natureza constitucional.

Na dicção do Ministro Sepúlveda Pertence, " *reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinentes à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição"*.

Nessa linha de entendimento, ao confrontar-me com questão semelhante, referente ao conhecimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 (Relator o Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 9.9.2011), sustentei, em voto-vista:

"(...) a despeito da instrução deficiente da petição inicial, tenho que o processamento de inúmeras Reclamações neste Supremo Tribunal, fundadas na premissa de que o julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência originário da redação atual da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho importou em declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666 /93, evidencia a configuração de controvérsia que põe em risco a presunção de constitucionalidade dessa norma.

Daí concluir pela legitimidade da atuação deste Supremo Tribunal no controle de constitucionalidade com o julgamento desta ação declaratória de constitucionalidade, para que se pronuncie sobre a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.

19. Pedindo vênias ao Relator, o Ministro Cezar Peluso, acompanho a dissidência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio,

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

votando pelo conhecimento desta Ação Declaratória de Constitucionalidade.

É como voto, quanto ao conhecimento da presente ação".

Tem-se por devidamente demonstrada, portanto, pendência de controvérsia judicial sobre a aplicabilidade da norma objeto desta ação declaratória de constitucionalidade.

Cumprido está, assim, o requisito prévio a autorizar o regular processamento da presente ação declaratória de constitucionalidade.

Constitucionalidade da norma em exame

9. O cerne da discussão trazida ao cuidado deste Supremo Tribunal consiste em saber se harmônica com a Constituição da República preceito legal pelo qual pessoas jurídicas prestadoras de serviços intelectuais, incluídos aqueles de natureza científica, artística ou cultural, sujeitam-se apenas ao regime fiscal e previdenciário próprio das pessoas jurídicas.

A controvérsia que permeia a presente ação é determinada pela incerteza gerada por prestadores de serviços intelectuais e para os tomadores desses serviços sobre eventual desconsideração de sua relação jurídica pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário que, a pretexto de coibir fraudes e simulação em favor da primazia da realidade, possa a eles impor regramento previdenciário e fiscal mais gravoso que aquele destinado às pessoas jurídicas ou, ainda, reconhecer a formação de vínculo empregatício entre a pessoa física do prestador e a tomadora dos serviços. O receio sobre a eficácia das escolhas empresariais e a dúvida sobre os limites dos compromissos assumidos comprometeria a segurança jurídica, mais ainda, o equilíbrio das relações firmadas, sem o que não se tem como garantido o livre exercício da atividade empresarial e o pleno desenvolvimento econômico.

10. A norma do art. 129 da Lei n. 11.196/2005 harmoniza-se com as diretrizes constitucionais, especialmente com o inc. IV do art. 1º da Constituição da República, pelo qual estabeleceu a liberdade de iniciativa situando-a como fundamento da República Federativa do Brasil. Dessa liberdade econômica emanam a garantia de livre exercício de qualquer

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

trabalho, ofício ou profissão e o livre exercício de qualquer atividade econômica, consagrados respectivamente no inc. XIII do art. 5º e no parágrafo único do art. 170 da Constituição da República.

11. A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa conjugam-se para fundamentar a ordem econômica e dirigem-se a atingir os objetivos fundamentais descritos no art. 3º da Constituição da República, pelo que são elementos indissociáveis para a compreensão e o desate da presente controvérsia jurídica.

Embora o art. 129 da Lei n. 11.196/2005 apenas se refira expressamente implicações fiscais e previdenciárias decorrentes da prestação de serviços intelectuais, incluídas os de natureza científica, artística ou cultural, por pessoa jurídica, não podem ser negada validade no direito de eventuais repercussões secundárias, a determinar os termos e os efeitos de relação jurídica estabelecida entre a tomadora do serviço e a pessoa que desenvolve as atividades em seu benefício.

A complementariedade entre os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa é tema recorrente nos julgamentos deste Supremo Tribunal, que, atento ao sistema constitucional e às transformações das relações de trabalho, não tem se esquivado do exame aprofundado do tema. A ênfase dada a esses vetores constitucionais pode ser exemplificada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 958.252 (Tema 725 da repercussão geral) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324.

12. Em 30.8.2018, este Supremo Tribunal julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324/DF para, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Relator, afirmar a licitude da terceirização da atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Tem-se no julgado:

> " *Ementa: Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. 1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam*

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. 2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. 4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador (...) 7. Firmo a seguinte tese: "1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993". 8. ADPF julgada procedente" (DJe 6.9.2019) .

Em linha com esse entendimento, que, apoiado no dinamismo das transformações econômicas e sociais, reafirma a necessidade de se assegurar ampla liberdade às empresas para definir suas escolhas organizacionais e os modelos de negócio com vistas a assegurar sua competitividade e subsistência, este Supremo Tribunal decidiu:

" Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. CONSTITUCIONALIDADE DA "TERCEIRIZAÇÃO". ADMISSIBILIDADE. OFENSA DIRETA. VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA (ART. 1º, IV, CRFB). RELAÇÃO COMPLEMENTAR E DIALÓGICA, NÃO CONFLITIVA. PRINCÍPIO DA LIBERDADE JURÍDICA (ART. 5º, II, CRFB). CONSECTÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, CRFB). VEDAÇÃO A RESTRIÇÕES ARBITRÁRIAS E INCOMPATÍVEIS COM O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. (…) RESTRIÇÃO DE LIBERDADE ESTABELECIDA JURISPRUDENCIALMENTE. EXIGÊNCIA DE GRAU MÁXIMO DE CERTEZA. (…) DIVISÃO ENTRE "ATIVIDADE-FIM" E "ATIVIDADE-MEIO" IMPRECISA, ARTIFICIAL E

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

INCOMPATÍVEL COM A ECONOMIA MODERNA. CISÃO DE ATIVIDADES ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS. ESTRATÉGIA ORGANIZACIONAL. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER FRAUDULENTO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE DESENHO EMPRESARIAL (ARTS. 1º, IV, E 170). (…) INSUBSISTENTÊNCIA DAS PREMISSAS DA PROIBIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO. (…) 4. Os valores do trabalho e da livre iniciativa, insculpidos na Constituição (art. 1º, IV), são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios, haja vista ser essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. O art. 5º, II, da Constituição consagra o princípio da liberdade jurídica, consectário da dignidade da pessoa humana, restando cediço em sede doutrinária que o "princípio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível" (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 177). 6. O direito geral de liberdade, sob pena de tornar-se estéril, somente pode ser restringido por medidas informadas por parâmetro constitucionalmente legítimo e adequadas ao teste da proporcionalidade. 7. O ônus de demonstrar empiricamente a necessidade e adequação da medida restritiva a liberdades fundamentais para o atingimento de um objetivo constitucionalmente legítimo compete ao proponente da limitação, exigindo-se maior rigor na apuração da certeza sobre essas premissas empíricas quanto mais intensa for a restrição proposta. 8. A segurança das premissas empíricas que embasam medidas restritivas a direitos fundamentais deve atingir grau máximo de certeza nos casos em que estas não forem propostas pela via legislativa, com a chancela do debate público e democrático, restando estéreis quando impostas por construção jurisprudencial sem comprovação inequívoca dos motivos apontados. (...) 10. A dicotomia entre "atividade-fim" e "atividade-meio" é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as "Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais" (...). 11. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas para fazer frente às exigências dos consumidores, justamente porque elas assumem o risco da atividade, representando a perda de eficiência uma ameaça à sua sobrevivência e ao emprego dos trabalhadores. (…) 15. A terceirização de uma etapa produtiva é estratégia de organização que depende da peculiaridade de cada mercado e cada empresa, destacando a opinio doctorum *que por vezes a configuração ótima pode ser o fornecimento tanto interno quanto externo (...) 16. As leis trabalhistas devem ser observadas por cada uma das empresas envolvidas na cadeia de valor com relação aos empregados que contratarem, tutelando-se, nos termos constitucionalmente assegurados, o interesse dos trabalhadores. (…) 21. O escrutínio rigoroso das premissas empíricas assumidas pela Corte de origem revela insubsistentes as afirmações de fraude e precarização, não sendo suficiente para embasar a medida restritiva o recurso meramente retórico a interpretações de cláusulas constitucionais genéricas, motivo pelo qual deve ser afastada a proibição, em homenagem às liberdades fundamentais consagradas na Carta Magna (art. 1º, IV, art. 5º, II, e art. 170). (...) 23. As contratações de serviços por interposta pessoa são hígidas, na forma determinada pelo negócio jurídico entre as partes (...) inclusive quanto às obrigações e formalidades exigidas das empresas tomadoras e prestadoras de serviço"* (Recurso Extraordinário n. 958.252, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 13.9.2019).

13. Sob essa mesma perspectiva de densificação da liberdade de organização da atividade econômica empresarial, dotando-a da flexibilidade e da adequação atualmente exigidas, e da necessária compatibilização com os valores sociais do trabalho, há de se concluir que a norma objeto desta ação não apresenta vício de inconstitucionalidade. Compatibiliza-se a norma com a normatividade constitucional que abriga a liberdade de iniciativa como fundamento da República.

14. Tanto não induz, entretanto, a que a opção pela contratação de pessoa jurídica para a prestação de serviços intelectuais descrita no art. 129 da Lei n. 11.196/2005 não se sujeite à avaliação de legalidade e regularidade pela Administração ou pelo Poder Judiciário quando acionado, por inexistirem no ordenamento constitucional garantias ou direitos absolutos.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020 00:00

No voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 958.252, enfatizei:

> *" Também vou iniciar atentando a que (...) não se cuida de uma discussão entre progressistas e reacionários, mas saber qual é a forma mais progressista de se assegurar empregos, os direitos dos empregados, e o desenvolvimento econômico, tidos como princípios constitucionais e, principalmente, os direitos dos trabalhadores (...)*
>
> *Mudou o mundo, mudaram as formas de negócios, mudaram as formas de se dar concretude ao princípio da livre iniciativa; não mudaram os direitos dos trabalhadores, não mudou a valorização do trabalho. (...)*
>
> *Se, ao terceirizar determinada atividade, se deitarem por terra a proteção constitucional dos direitos do trabalhador, tenho que, inegavelmente, haveria uma contrariedade óbvia à Constituição. (…)*
>
> *A escolha de qualquer modelo negocial indutor à livre concorrência não pode, por certo, ser aceito. Mas insisto: todo abuso a direitos, toda a contrariedade ao direito, especialmente quanto aos valores do trabalho, tem formas de ser questionado e haverá de contar com essas formas e instrumentos para que não se mantenha situação contrária ao Direito, portanto, ilícita. (...)*
>
> *Conforme afirmado em alguns dos votos aqui já proferidos, a terceirização não é por si só a causa da precarização do trabalho, nem viola por si a dignidade do trabalho. E, se isso acontecer, como agora mais uma vez enfatizado pelo Ministro Celso de Mello, há para isso mesmo o Poder Judiciário a acudir para esses abusos não prevalecerem"* (DJe 13.9.2019).

15. Eventual conduta de maquiagem de contrato – como ocorre em qualquer caso – não possa ser objeto de questionamento judicial. Entretanto, a regra jurídica válida do modelo de estabelecimento de vínculo jurídico estabelecido entre prestador e tomador de serviços deve pautar-se pela mínima interferência na liberdade econômica constitucionalmente assegurada e revestir-se de grau de certeza para assegurar o equilíbrio nas relações econômicas e empresariais.

16. Pelo exposto, **declarando a constitucionalidade do art. 129 da Lei n 11.196/2005, voto no sentido julgar procedente o pedido** .

Plenário Virtual - minuta de voto - 1/12/2020 00:00