

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se do julgamento conjunto de embargos de declaração opostos pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Guanhães e Região – SITIEXTRA e pelo Ministério Público Federal contra acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal em que apreciada a constitucionalidade da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e fixada a seguinte tese: “ *É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante* ” (tema 725).

Para fins de relatório, adoto o seguinte resumo feito pelo Ministro Roberto Barroso:

“2. O SITIEXTRA alega a existência de omissão e obscuridade no acórdão embargado, pois não foram consideradas as hipóteses de exercício abusivo da contratação.

3. Já o Ministério Público Federal sustenta, em síntese: (i) omissão quanto à possibilidade de a Justiça do Trabalho reconhecer, em casos de fraude, a existência de relação jurídica de emprego com a empresa tomadora, nos termos dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT; (ii) apesar de o acórdão ter examinado a licitude da terceirização, a tese de julgamento alude, de forma ampla, a “qualquer forma de divisão de trabalho entre pessoas jurídicas distintas”; e (iii) a necessidade de modulação dos efeitos da decisão, por razões de segurança jurídica, tendo em vista que o entendimento firmado pelo STF superou a Súmula 331 do TST, vigente por várias décadas.

4. O Min. Luiz Fux, relator, dá parcial provimento aos embargos, exclusivamente para modular os efeitos do julgamento e “assentar a aplicabilidade dos efeitos da tese jurídica fixada apenas aos processos que ainda estavam em curso na data da conclusão do julgado (30/08/2018), restando obstado o ajuizamento de ações rescisórias contra decisões transitadas em julgado antes da mencionada data que tenham a Súmula 331 do TST por fundamento, mantidos todos os demais termos do acórdão embargado.”

Pois bem.

Acompanho o Ministro Luiz Fux no que se refere à inexistência de omissões e contradições no acórdão embargado, mas divirjo quanto à necessidade de modulação de efeitos.

Os embargos de declaração são cabíveis para sanar a ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material da decisão embargada (art. 1.022 do CPC). No presente caso, não se verifica nenhuma dessas hipóteses.

Com efeito, os embargos de declaração não constituem meio processual cabível para reforma do julgado, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais, ora não vislumbradas.

No tocante ao pedido de modulação de efeitos, transcrevo, pela pertinência, trecho do voto que proferi no julgamento de mérito desta ação:

“O foco da discussão está no teor da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a partir da qual se consagrou uma distinção entre atividade-meio e atividade-fim.

O próprio objeto do Recurso Extraordinário, ora também em julgamento, reforça essa postura. No caso, a Justiça do Trabalho reconhece como ilegal a terceirização, por parte de uma empresa de celulose, das atividades de florestamento e reflorestamento, em razão de tais atividades constarem do seu objeto social.

O problema é que, em um cenário de etapas produtivas cada vez mais complexo, agravado pelo desenvolvimento da tecnologia e pela crescente especialização dos agentes econômicos, torna-se praticamente impossível divisar, sem ingerência do arbítrio e da discricionariedade, quais atividades seriam *meio* e quais seriam *fim*. Por isso mesmo, consignou-se, no parecer aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, relativamente ao projeto da reforma trabalhista, o seguinte:

“Já há muito tempo deveríamos ter desistido de fazer a impraticável distinção entre atividade-meio e atividade-fim de uma empresa para fins de permissão de terceirização, aliás, algo que só existe no Brasil. (...) A mudança de paradigma da terceirização é bem ilustrada olhando grandes companhias de hoje e do passado. Enquanto a Ford chegou, no passado, a ser dona até das plantações de seringais para a produção de borracha natural usada nos seus carros, hoje a gigante de computação Dell não produz exatamente computadores, mas sim organiza uma série de milhares de contratos de fornecedores e empregados. Muitas multinacionais já terceirizaram atividades que vão do desenho de seu produto até o pós-venda,

passando até pela política de estabelecimento de preços. (...) A terceirização é decorrente da própria especialização do trabalho, tendência que nos últimos séculos permitiu que as sociedades se desenvolvessem e melhorassem a vida das pessoas. (...) Em uma economia cada vez mais especializada e competitiva, seria impossível que um auditor, procurador ou juiz soubesse determinar quais atividades são fim ou meio para cada segmento da economia”.

Nesse sentido, o critério insculpido a partir da Súmula 331 do TST não se coaduna com a realidade empresarial e econômica moderna, sendo um critério aplicável à luz do subjetivismo. E assim o sendo, sob o prisma jurídico, revela-se como um *não critério*, na medida em que dele não se pode retirar normatividade, em razão da falta de definição segura das suas hipóteses de aplicação. Como leciona Karl Engisch, “ *toda a regra jurídica representa em certo sentido uma hipótese, pois que ela é apenas aplicável quando se apresentem certas circunstâncias de facto que na própria regra se acham descritas* ”. (*Introdução ao pensamento jurídico*, p. 54)

O problema se agrava quando trazemos à consideração os efeitos sociais e econômicos nefastos de decisões judiciais que permitem ou proíbem a terceirização com base em um *não critério*. O próprio Ronald Coase já demonstrava preocupação com o modo pelo qual “ *os tribunais influenciam a atividade econômica de modo direto* ”. (Idem. p. 119)

A título de exemplo, citem-se os seguintes casos em que o Tribunal Superior do Trabalho considerou ilícita a terceirização ao argumento de que estaria em causa atividade-fim:

“Insera-se na atividade-fim de empresa concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica o exercício, por empregado da fornecedora de mão de obra, da função de ‘ **leiturista** ’, que compreende a aferição de relógios de indicação de consumo de energia elétrica”. (Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-1521-87.2010.5.05.0511, rel. Min. João Oreste Dalazen)

“Há vários julgados neste Tribunal reconhecendo a ilicitude da terceirização na contratação de empregado por intermédio de empresa interposta para a execução de vendas de bilhetes de passagens de empresa de transporte ferroviário (CBTU), por considerar que a atividade de venda de passagens está ligada diretamente à atividade-fim da empresa tomadora dos serviços. Entende-se que essa mesma *ratio decidendi* está presente no caso dos autos, na medida em que a venda de bilhetes de passagens, pelo menos em agências próprias das empresas réis, inclusive aquelas situadas nos terminais rodoviários, enquadra-se como atividade essencial ao funcionamento e dinâmica da empresa tomadora de serviços que realiza transporte rodoviário coletivo de passageiro em linhas interestaduais e intermunicipais”.

(Embargos em Recurso de Revista TST-E-RR-1419-44.2011.5.10.0009, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho)

“Trata-se de contratação de empregado por empresa interposta para prestação de serviços para a Brasil Telecom S.A., como instalador, reparador, cabista de linhas telefônicas. A Turma manteve a condenação solidária, nos termos do item I da Súmula 331 do TST”. (Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-234600-14.2009.5.09.0021, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho)

“Trata-se de contratação de empregada por empresa interposta para prestação de serviços na Claro S.A., como atendente do sistema *call center*. Sob o fundamento de licitude na intermediação de mão de obra, a Turma manteve a sentença. Fundamentada a decisão no artigo 94, II, da Lei 9.472/97. Todavia, viabiliza-se a pretensão de reforma do julgado, para reconhecer inválido o contrato de terceirização, e a consequente aplicação da Súmula 331, IV, do TST”. (Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-2707-41.2010.5.12.0030, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho)

Os exemplos ficam ainda mais paradigmáticos quando notamos que a jurisprudência do TST afasta a incidência de normas específicas e que são expressas ao consignar a possibilidade de terceirização de atividade-fim. Trata-se das Leis 8.987/95 (art. 25, §1º) e 9.472/97 (art. 94, II).

A primeira dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e o dispositivo indicado aduz que “ *a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados*”.

Por seu turno, a segunda dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, e o dispositivo indicado aduz que “ *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*”.

Temos, assim, um embate entre o teor da lei e a recusa de sua aplicação por parte de um tribunal superior, o que soa como ativismo judicial. Parece-me que aqui temos uma Era Lochner às avessas.

(...)

Enfim, os únicos produtos da aplicação da referida súmula no contexto da distinção entre atividade-meio e atividade-fim mostrou-se ser a insegurança jurídica e o embate institucional entre um tribunal superior e o poder político, ambos resultados que não contribuem em nada para os avanços econômicos e sociais de que temos precisado”.

Ressalto que o presente mérito de repercussão geral foi apreciado em conjunto com a ADPF 324, oportunidade em que este Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido e firmou 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.*”

Em face desse acórdão foram opostos embargos de declaração e não houve modulação dos efeitos da decisão. O processo transitou em julgado em 29.9.2021, ou seja, desde essa data já se faz possível o ajuizamento de ações rescisórias sobre a constitucionalidade da terceirização, nos termos do art. 525, § 15, do CPC.

Ademais, como bem indicado pelo Ministro Roberto Barroso, sobre essa temática há “ *decisões transitadas em julgado que estabelecem obrigações para o futuro, com a proibição de terceirização de determinadas atividades. Caso prevaleça a modulação na forma proposta pelo relator, aqueles que foram condenados continuarão vinculados a uma obrigação considerada inconstitucional pelo STF*”.

Não vislumbro, portanto, na hipótese, razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que possam justificar a necessidade de modulação de efeitos da decisão ora embargada, nos termos do art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.