

SEGUNDO AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 62.425 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S) : ----
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AGDO.(A/S) : ----
ADV.(A/S) : DANIEL DOMINGUES CHIODE
INTDO.(A/S) : JUÍZA DO TRABALHO DA 7ª VARA DO TRABALHO
DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO: Trata-se de agravo regimental interposto por ---- em face da decisão pela qual julguei procedente a reclamação.

Eis o teor da decisão agravada (eDOC 12):

“**DECISÃO:** Trata-se de reclamação, com pedido liminar, ajuizada em face de acórdão proferido pela Juíza do Trabalho da 7ª Vara de São Paulo, nos autos da reclamação trabalhista n.º 1001034- 58.2021.5.02.0007.

Alega-se afronta ao decidido na ADPF 324 e ao Tema 725 da repercussão geral.

Na origem cuida-se de ação proposta visando o reconhecimento de vínculo empregatício.

Afirma-se que o caso é de contrato de prestação de serviços por pessoa jurídica, mas apesar da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, a sentença concluiu pela procedência do pleito.

Colhe-se do ato reclamado, quanto ao ponto (eDoc 8, pp. 4 a 8):

“(…) Do conjunto probatório, revela-se certo grau de autonomia da reclamante e a mitigação do princípio da hipossuficiência, haja vista ser a autora pessoa altamente qualificada, evidenciando-se, entretanto, o

elemento subordinação jurídica, durante todo o lapso contratual.

Infere-se, ainda, da prova oral colhida em audiência, que a reintegração da reclamante aos quadros da ré, na qualidade de diretora não empregada, teve a nítida intenção de mascarar a relação de emprego havida entre as partes.

Conclui-se, outrossim, que o vínculo entre as partes se deu de forma ininterrupta e que as condições de trabalho mantiveram-se durante todo o lapso contratual, conforme relatado de forma uníssona pelas testemunhas, prestando a obreira serviços inerentes à atividade-fim da reclamada.

Desse modo, declaro nulos os contratos de prestação de serviços havidos entre as partes, inclusive do período como diretora técnica adjunta, e reconheço a unicidade contratual, nos moldes pleiteados na inicia. (...)”

Defende a legalidade da terceirização e que o ato reclamado, *“ao reconhecer indevidamente o vínculo de emprego, o Colegiado afrontou o precedente vinculativo do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da APDF 324 c/c RE 958.252 (Tema 725 da Repercussão Geral), chancelou a compatibilidade da prática dos serviços de terceirização, inerente às atividades finalísticas ou não da empresa contratante, de que resultou na tese vinculativa acerca da licitude de “qualquer forma de divisão de trabalho entre pessoas jurídicas distintas” (eDoc 1, p. 18)*

Diz ainda que na ADC 48 e na ADI 3.991, discutiu-se a *“constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007, disciplinadora do transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros, mediante atribuição de natureza comercial às relações jurídicas decorrentes da atividade regulada, declarando-se que “a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim”, além de que se trataria de diploma que não versaria acerca de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial de natureza civil.” (eDoc 1,p. 20)*

Menciona, ainda que “os entendimentos estão em consonância com o que foi decidido por esta Corte no julgamento da ADC 66/DF, cuja relatoria coube à Ministra Cármen Lúcia, que compreendeu pela constitucionalidade a norma inscrita no artigo 129 da Lei 11.196/2005, que permite a prestação de serviços intelectuais por meio de pessoa jurídica, ainda que se dê em caráter personalíssimo e com atribuição de obrigações aos sócios da sociedade prestadora, justamente porque a CRFB assegurou a liberdade de organização da atividade econômica empresarial (livre iniciativa)”. (eDoc 1, p. 25)

Requer, liminarmente, a suspensão do processo na origem e, no mérito, a procedência da reclamação a fim de que sejam “cassadas as decisões impugnadas, dado o manifesto desrespeito às teses firmadas no julgamento da ADPF 324, da ADC 48, das ADI 3.991 e do RE 958.252 (Tema 725 – Tabela de Repercussão Geral)”. (eDoc 1, p. 29).

Dispensou às informações da autoridade reclamada, bem como a remessa à Procuradoria-Geral da República (art. 52, parágrafo único, do RI/STF), por entender que o processo está suficientemente instruído e em condições de julgamento.

É o relatório. Decido.

O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que somente a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CF), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem Súmula Vinculante (art. 103-A, § 3º, da CF).

A matéria também veio disciplinada pelo Novo Código de Processo Civil, que, no art. 988, prevê as hipóteses de seu cabimento, in verbis:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

I - proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

II - proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

De início, destaco o não cabimento desta reclamação por suposta ofensa à decisão do RE 958.252, paradigma do Tema 725 da sistemática da repercussão geral.

Nos termos do art. 988, 5º, II, do CPC, é inadmissível a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Não por outra razão, Marinoni, Arenhart e Mitidiero esclarecem que:

“(...) não faz sentido introduzir e propor filtros recursais para o conhecimento do recurso extraordinário e do recurso especial com a finalidade de que essas cortes trabalhem menos para que trabalhem melhor, de um lado, se, de outro, outorga-se à reclamação amplo espectro de abrangência, porque aí certamente o número de reclamações provavelmente suplantará o número de recursos, obrigando esses tribunais a conviverem com uma carga de trabalho incompatível com suas funções constitucionais . Em um sistema ideal, portanto, os precedentes constitucionais (...) devem ser naturalmente respeitados por todo o sistema de Administração da Justiça Civil. Contudo, enquanto essa cultura de precedentes não é assimilada entre nós, é necessário prever mecanismos que garantam a sua eficácia.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum . 2ª Edição. São Paulo: RT, 2016, p. 635-636)

Ora, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em inadmitir a reclamação antes de esgotados todos os instrumentos recursais nas instâncias ordinárias, de maneira que se possibilite a aplicação do entendimento fixado pela sistemática da repercussão geral. E por esgotamento de instância, como bem elucidado pelo Ministro Teori Zavascki quando do julgamento da Rcl nº 24.686/RJ-ED-AgR, DJe 11.4.2017, tem-se o percurso de todo o *iter* recursal possível antes do acesso ao Supremo Tribunal Federal.

Isso significa, noutras palavras, que, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.

Esse é o sentido que deve ser conferido ao art. 988, § 5º, II, do CPC. Interpretação puramente literal desse dispositivo acabaria por transferir a esta Corte, pela via indireta da reclamação, a competência de pelo menos três tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral).

No caso dos autos, extrai-se do relato da parte reclamante, a ausência do esgotamento das instâncias ordinárias, uma vez que o processo de origem encontra-se em regular tramitação no Tribunal Superior do Trabalho sem sequer ter havido a interposição de recurso extraordinário, quadro que inviabiliza a pretensão reclamatória ante a ausência de atendimento da norma do art. 988, § 5º, II, do CPC. Nesse sentido:

"AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. DIREITO DO TRABALHO. HORA EXTRA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À TESE VINCULANTE FIXADA NO JULGAMENTO DO ARE 1.121.633 – TEMA-RG 1.046. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ARTIGO 988, § 5º, II, DO CPC. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Supremo Tribunal Federal já

sedimentou o entendimento segundo o qual o esgotamento das vias de impugnação a que se refere o artigo 988, § 5º, inciso II, do CPC deve ser lido de modo a englobar todo o iter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte, inclusive com a interposição de recurso extraordinário e eventual agravo interno contra a decisão que nega seu seguimento. Precedentes. 2. *In casu*, sobressai da narrativa do reclamante e do acompanhamento processual da demanda nos sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho que não houve o devido esgotamento das instâncias recursais, na forma preconizada pela jurisprudência do STF, na medida em que o Tribunal Superior do Trabalho ainda não analisou recurso e revista interposto. 3. A admissão de reclamação fundada na alegação de inobservância de tese fixada sob a sistemática da repercussão geral quando se mostravam cabíveis, ainda, recursos disponíveis no sistema processual implicaria deturpação do caráter eminentemente excepcional da via estreita da reclamação constitucional, o que não se admite. 4. Agravo a que se nega provimento." (Rcl 58.380-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 24.04.2023)

“RECLAMAÇÃO. GARANTIA DE OBSERVÂNCIA DE ACÓRDÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE. NÃO CABIMENTO DO USO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O esgotamento das instâncias ordinárias, previsto no art. 988, § 5º, II, do CPC, exige a impossibilidade de reforma da decisão reclamada por nenhum tribunal, inclusive por tribunal superior. 2. Uma vez pendente de análise o agravo interno interposto na instância de origem, incognoscível se mostra a reclamação

proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl 36278 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.11.2020)

Prossigo no exame da reclamação, porque também fundada em suposta ofensa a outros paradigmas.

É certo que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADPF 324, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, DJe de 9.9.2019, declarou a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim. Na oportunidade, foram fixadas as seguintes teses:

“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”

Atente-se ainda para o desfecho do RE nº 958.252 (Tema 725 da repercussão geral), que também em 30.08.2018, teve o mérito julgado, sendo fixada o seguinte:

“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”.

Nos casos de minha relatoria até agora examinados proferi diversas decisões negando seguimento a reclamações que versavam sobre hipóteses semelhantes à retratada nestes autos, em todas, concluindo pela inexistência da necessária aderência estrita. Confirmam-se, dentre outras, as seguintes: Rcl 55786, DJe 5.10.2022; Rcl 55806, DJe 17.10.2022; Rcl 59222, DJe 27.4.2023; Rcl 59612, DJe 15.5.2023; Rcl 61266, DJe 8.8.2023; e Rcl 61442, DJe 14.8.2023.

E assim decidi por entender que as diversas situações trazidas a exame deste Tribunal pela via estreita da Reclamação Constitucional, tais como vínculos trabalhistas eventualmente reconhecidos entre escritórios de advocacia, franquias, empresas diversas, ainda que passíveis de discussão, nem sempre guardam a estrita aderência com os paradigmas invocados, requisito imprescindível à cognoscibilidade dessa espécie de ação.

Com efeito, permaneço convicto de que a reclamação não guarda a necessária aderência aos paradigmas de confronto nas hipóteses em que a autoridade reclamada, ao manter a decisão que reconhece o vínculo do obreiro diretamente com a reclamada, tenha fundamentado seu entendimento não na ilicitude do instituto contratual escolhido, por se inserir a atividade contratada no âmbito da atividade meio ou fim do rol de atividades desenvolvidas pela contratante, mas na constatação, a partir do exame do conjunto fático-probatório dos autos, de que o contrato realizado não preencheu os requisitos formais exigidos pela norma de regência. Ou, ainda, quando tenha resultado de fraude ou dissimulação, a fim de mascarar a relação de emprego, considerado o princípio da realidade fática, reputando presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, nos termos do art. 3º da CLT, dentre outras hipóteses semelhantes.

Constatedei, contudo, que em recentes julgamentos, o entendimento por fim defendido deixou de ser acolhido pelos meus pares, prevalecendo aquele apresentado pelo Ministro Dias Toffoli, pela existência de aderência estrita da temática suscitada

e aquela objeto do julgamento da ADPF 324 e a tese do Tema 725. Menciono, a título de exemplo, o julgamento das seguintes reclamações, de minha relatoria, e em que fui vencido: Rcl 57057 AgR; Rcl 59.842 AgR; Rcl 53558 AgR; Rcl 53899 AgR; Rcl 57917 AgR; Rcl 57974.

Há, ainda, precedentes da Primeira Turma deste Tribunal nos quais o julgado na ADPF nº 324 e a tese do Tema nº 725 da RG justificaram a procedência da reclamação para afirmar a licitude do fenômeno da contratação de pessoa jurídica unipessoal para prestação de serviço a empresa tomadora de serviço, destacando-se não somente a compatibilidade dos valores do trabalho e da livre iniciativa na terceirização do trabalho assentada nos precedentes obrigatórios, mas também a ausência de condição de vulnerabilidade na opção pelo contrato firmado na relação jurídica estabelecida que justifique a proteção estatal por meio do Poder Judiciário.

Menciono, nesse sentido, Rcl nº 58.301-AgR-segundo, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 3/5/23; Rcl nº 56.285-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 30/3/23.

Percebe-se portanto, à luz dos precedentes citados, que o novo entendimento adotado pela Segunda Turma harmoniza-se com o tem sido decidido relativamente à mesma matéria no âmbito da Primeira Turma.

Assim, prestando deferência à colegialidade, passo a adotar o entendimento que vem sendo amplamente aceito por esta Segunda Turma.

Nos termos do art. 926 do CPC, ressalvo o meu entendimento pessoal e, na linha dos já citados acórdãos de ambas as Turmas desta Corte, constato a existência de ofensa ao que decidido nos paradigmas invocados, dada a natureza comercial do contrato, mesmo que na lide se questione a existência de vínculo empregatício fundado no art. 114 da Constituição Federal ou nos arts. 2º e 3º da CLT.

Por tais razões, nos termos do art. 21, § 1º, e 161, parágrafo único do RISTF, **julgo procedente a reclamação, para cassar a decisão impugnada nos autos do Processo 100103458.2021.5.02.0007 e determinar outra seja proferida em conformidade com os paradigmas invocados.**

Encaminhe-se cópia desta decisão à autoridade reclamada para juntada nos autos originais e ciência da parte beneficiária.”

No presente recurso a parte agravante destaca a inadmissibilidade da reclamação ante a ausência do atendimento à norma do art. 988, 5º, II, do CPC, ressaltando que o processo se encontra em tramitação na segunda instância, perante o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, aguardando o julgamento dos recursos ordinários interpostos (eDOC 23, p. 2/3).

No mérito, sustenta-se a ausência de aderência estrita entre o caso e os paradigmas invocados, aduzindo-se que esses *“não se aplicam aos períodos em que a Agravante foi contratada como pessoa física, inclusive como empregada, não tendo o V. acórdão proferido por esta Corte enfrentado esta questão de forma clara”*; que o caso *“é de mera aplicação do art. 9.º 1 da Consolidação das Lei do Trabalho cumulado com os seus arts. 3.º 2 e 4423 , os quais estatuem o princípio da primazia da realidade nas relações jurídicas trabalhistas”*; e que *“para entender de forma diversa, acarretaria no necessário revolvimento de toda a matéria fático-probatória delineada no processo originário”* (eDOC 23, p. 5-7).

A parte agravada, em contrarrazões, assevera o cabimento da reclamação, considerado os paradigmas ADPF 324, ADC 48, ADI 3991 [3961], ADC 66, *“que não exige o esgotamento de instância para se ajuizar reclamação constitucional, por ser decisão de vinculação erga omnes”* (eDOC 28, p. 4).

Quanto à questão de fundo, repisa o entendimento de que a autoridade reclamada, *“ao decidir que os contratos de prestação de serviços firmados com a empresa de titularidade da Sra. ----ou até mesmo sua eleição ao cargo de Diretora da empresa, constante do contrato social da empresa reclamante, não teriam validade por ela se ativar em atividade considerada a atividade-fim da*

tomadora, desrespeita a posição vinculante do Supremo Tribunal Federal e privilegia relação de emprego inexistente, em prejuízo de justos, legais e válidos contratos instituídos pela lei civil”; e assevera que “o desprezo quanto a validade dos contratos de prestação de serviços com empresa da qual a Sra. ----era sócia, e, posteriormente, sua eleição a cargo de Diretora da empresa, desobedece a autoridade do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL” (eDOC 28, p. 5-10).

É o relatório. Decido.

A irresignação recursal e a superveniência de recente decisão no âmbito da Primeira Turma desta Corte, abordando a matéria objeto desta reclamação de forma diferenciada, me permite, em juízo de regresso, reanalisar o feito e chegar a conclusão diversa da anterior.

Conforme relatado na decisão agravada, inicialmente, firme em minhas convicções pessoais, proferi diversas decisões negando seguimento às reclamações que versavam discussão semelhante, em todas concluindo pela inexistência da necessária aderência estrita.

No entanto, diante daquilo que entendi como uma definição de ambas as Turmas desta Corte acerca do tema, situação que me levou a figurar como voto vencido no julgamento dos agravos regimentais interpostos em diversas reclamações submetidas a apreciação perante a Segunda Turma, passei a adotar, nos termos do art. 926 do CPC, o entendimento dos meus pares, a fim de uniformizar e manter estável, íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte.

Isso foi observado nestes autos, quando, prestando deferência à colegialidade, adotei o entendimento que vinha sendo aceito não apenas pela Segunda Turma, mas também pela Primeira Turma deste Tribunal, no sentido de que devem ser admitidas todas as possibilidades de organização e divisão do trabalho, apenas ressalvando minha posição pessoal quanto ao tema.

Nada obstante, constatei recentemente ter a Primeira Turma adotado posicionamento diverso, por maioria, vencido o Ministro Alexandre de Moraes, consoante se infere do julgamento da Rcl 61438 AgR, de relatoria do Ministro Cristiano Zanin, cuja ementa possui o seguinte teor:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. TRABALHISTA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS POR ESTA SUPREMA CORTE NA ADPF 324/DF, NA ADC 48/DF, NA ADI 5.625/DF, NA ADI 3.991/PA E NO RE 958.252 RG/MG (TEMA 725 DA REPERCUSSÃO GERAL).

AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. REANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO

DESPROVIDO. I - A autoridade reclamada, mediante apreciação das provas produzidas nos autos, concluiu pela configuração dos elementos fático-jurídicos necessários à formação do vínculo empregatício entre a reclamante e o beneficiário do ato reclamado, em conformidade com o art. 3º da CLT. II - Em casos semelhantes, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal exige aderência estrita entre o ato reclamado e o conteúdo dos paradigmas apontados como violados, o que não ocorreu no caso. III Dissentir das razões adotadas pela Justiça trabalhista demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, circunstância também não admitida em reclamação constitucional. IV - A intenção da agravante é utilizar a reclamação como sucedâneo recursal, finalidade essa que não se compatibiliza com a sua destinação constitucional. V - Agravo regimental desprovido.” (Rcl 61438 AgR, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, julgado em 09-10-2023, PUBLIC 16-10-2023)

Naquele caso, a decisão reclamada afastara a eficácia de contrato de corretor de imóveis, alegadamente caracterizador de fraude à legislação trabalhista, assentando a existência de relação de emprego.

A superveniência do julgado em questão evidencia que a questão não está completamente sedimentada no âmbito deste Tribunal, como inicialmente imaginei.

Por esses fundamentos e diante dos argumentos que embasam o presente agravo regimental, retorno à adoção da compreensão que tenho por convicção, razão pela qual reconsidero a decisão agravada.

Passo a novo exame da reclamação.

Reportando-me ao relatório constante da decisão agravada, já transcrito nessa decisão, prossigo apreciando o mérito.

De início, destaco o não cabimento desta reclamação por suposta ofensa à decisão do RE 958.252, paradigma do Tema 725 da sistemática da repercussão geral.

Nos termos do art. 988, 5º, II, do CPC, é inadmissível a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

No caso, extrai-se dos relatos contidos nos autos, que, por ocasião do ajuizamento desta reclamação, o processo de origem encontrava-se em tramitação no Tribunal Regional do Trabalho, quadro que inviabiliza a pretensão reclamatória, ante a ausência de atendimento à norma do art. 988, § 5º, II, do CPC. Confirmam-se:

“RECLAMAÇÃO. GARANTIA DE OBSERVÂNCIA DE ACÓRDÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE. NÃO CABIMENTO DO USO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O esgotamento das instâncias ordinárias, previsto no art. 988, § 5º, II, do CPC, exige a impossibilidade de reforma da decisão reclamada por nenhum tribunal, inclusive por tribunal superior. 2. Uma vez pendente de

análise o agravo interno interposto na instância de origem, incognoscível se mostra a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl 36278 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.11.2020)

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES. PRETENSÃO DE OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTE FIRMADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 632.853 (TEMA 485). INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU OUTRAS AÇÕES CABÍVEIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 4. O exaurimento da jurisdição ordinária antes do manejo da reclamação constitucional de competência do Supremo Tribunal Federal deve ser observado, sob pena de se estimular a propositura per saltum da via eleita. Precedentes: Rcl 25.596AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1/8/2017; e Rcl 18.020-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 18/4/2016. 5. In casu, não foram esgotadas as instâncias ordinárias. A presente reclamação foi ajuizada na pendência do julgamento do agravo em recurso especial interposto pela reclamante na demanda originária, claramente suprimindo instâncias recursais estabelecidas pelo sistema normativo processual e subvertendo, dessa forma, a destinação constitucional do instituto da reclamação, que não deve, portanto, ser admitida na hipótese em tela. 6. O Supremo Tribunal Federal deixa claro que o prévio exaurimento das instâncias ordinárias apenas se concretiza após o julgamento do agravo interno interposto contra decisão da Corte de origem que nega seguimento a recurso extraordinário. 7. Agravo regimental desprovido.” (Rcl 27843 AgR, Rel. Min. Luiz Fux,

Primeira Turma, DJe 27.9.2018;)

Nada obstante, prossigo no exame da reclamação, dada a alegação de ofensa a decisões proferidas em processos de controle, em face das quais não se aplica a exigência contida na norma do art. 988, § 5º, II, do CPC.

Os argumentos que embasam a reclamação não merecem acolhida.

Colho da sentença reclamada (eDOC 8, p. 4-8):

“A reclamante postula reconhecimento do vínculo empregatício com a reclamada, no período de 01/11/1995 a 31/03/2020.

A reclamada nega a existência da unicidade da relação de emprego aventada na exordial, sustentando que as partes mantiveram contrato de trabalho no período de 01/11/1995 a 12/11/2007, depois a reclamante atuou como prestadora de serviços, através de pessoa jurídica, no período de 01/05/2008 a 29/04 /2014, e, por fim, fora nomeada Diretora Técnica Adjunta de Projetos e Serviços, de 30 /04/2014 até 31/03/2020.

Destarte, admitida a prestação de serviços, à reclamada incumbia o ônus de demonstrar a existência de relação jurídica diversa da empregatícia, que se presume.

Pois bem.

A prova oral colhida em audiência demonstra, de forma inequívoca, a presença dos requisitos da relação de emprego, conforme trechos destacados a seguir:

(...)

Do conjunto probatório, revela-se certo grau de autonomia da reclamante e a mitigação do princípio da hipossuficiência, haja vista ser a autorapessoa altamente qualificada, evidenciando-se, entretanto, o elemento subordinação jurídica, durante todo o lapso contratual.

Infere-se, ainda, da prova oral colhida em audiência, que a reintegração da reclamante aos quadros da ré, na qualidade de diretora não empregada, teve a nítida intenção de mascarar a relação de emprego havida entre as partes.

Conclui-se, outrossim, que o vínculo entre as partes se deu de forma ininterrupta e que as condições de trabalho mantiveram-se durante todo o lapso contratual, conforme relatado de forma uníssona pelas testemunhas, prestando a obreira serviços inerentes à atividade-fim da reclamada.

Desse modo, declaro nulos os contratos de prestação de serviços havidos entre as partes, inclusive do período como diretora técnica adjunta, e reconheço a unicidade contratual, nos moldes pleiteados na inicial.”

É certo que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADPF 324, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, DJe de 9.9.2019, declarou a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim. Na oportunidade, foram fixadas as seguintes teses:

“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”

Atente-se ainda para o desfecho do RE nº 958.252 (Tema 725 da repercussão geral), que também em 30.08.2018, teve o mérito julgado, sendo fixada o seguinte:

"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".

Na mesma direção posicionou-se o Plenário, ao apreciar o ARE 791932, paradigma do Tema 739 da repercussão geral, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 6.3.2019, concluindo pela inconstitucional parcial da Súmula 331 do TST e pela licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim.

Assim, ao apreciar os feitos em tela, a Corte reconheceu a inconstitucionalidade do critério de distinção entre atividade-meio e atividade-fim para fins de definição da licitude ou ilicitude da terceirização, afastando a incidência da interpretação conferida pelo TST à Súmula 331 daquele Tribunal.

A análise levada a efeito nesses casos circunscreveu-se às hipóteses de terceirização, explicada pelo Ministro Roberto Barroso em seu voto: *"na terceirização, há duas relações bilaterais: a primeira, entre a empresa contratante e a empresa prestadora de serviços, uma relação de natureza civil; e a segunda, uma relação entre a empresa terceirizada e o empregado, está assim uma relação de natureza trabalhista. Portanto, não há uma relação trilateral, o que há são duas relações bilaterais."*

No julgamento desses paradigmas, rechaçou-se a presunção da fraude pela terceirização, mas se anotou que o seu *"exercício abusivo"* poderia violar a dignidade do trabalhador, de modo que cabe, assim, à Justiça Trabalhista, diante da primazia da realidade, reconhecer os elementos fáticos que denotam a relação de emprego.

Nos demais paradigmas invocados pela parte agravante, a matéria objeto de debate pelo Supremo Tribunal Federal foram as seguintes: na ADC 48, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 19.5.2020, bem como na ADI 3961, Rel. Min. Roberto Barroso, Red. p/ Acórdão, Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 5.6.2020, decidiu-se que a Lei 11.442/2007 é

constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim; e na ADC 66, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Plenário, DJe 29.3.2021, o cerne da discussão trazida ao cuidado deste Supremo Tribunal, na dicção da relatora, consistiu 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”*, decidindo o STF que a norma do art. 129 da Lei n. 11.196/2005 harmoniza-se com as diretrizes constitucionais.

No caso dos autos, por sua vez, ao reconhecer o vínculo da parte beneficiária diretamente com a parte ora reclamante, a autoridade reclamada fundamentou seu entendimento não na ilicitude do instituto contratual escolhido, tampouco o fundamentou na ilegalidade da contratação, por se inserir a atividade contratada no âmbito da atividade meio ou fim do rol de atividades desenvolvidas pela contratante, mas na constatação, a partir do exame do conjunto fático-probatório dos autos, que a reintegração da obreira aos quadros da ora reclamante, na qualidade de diretora não empregada, teve a *“nítida intenção de mascarar a relação de emprego havida entre as partes”*.

Assim, do cotejo dos fundamentos das decisões reclamadas e as matérias debatidas nos paradigmas de confronto, entendo que os argumentos que embasam a presente reclamação não merecem ser acolhidos, dada a ausência de relação de pertinência estrita entre eles.

Nesse sentido:

“EMENTA : RECLAMAÇÃO. CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ART. 3º DA CLT. ADPF 324, ADC 48 E ADI 5625. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ausência de identidade entre a hipótese versada na reclamação e aquela objeto do processo paradigma revela a falta de aderência estrita, pressuposto necessário ao processamento da reclamação. 2.

Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl 55786 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 2.3.2023)

Ademais, verifica-se que as decisões reclamadas fundaram-se em premissas fáticas, que apontavam a configuração dos citados elementos caracterizados dos vínculo empregatício, premissas essas que não podem ser revisitadas em sede de reclamação, uma vez a reclamação constitucional não se presta a esse fim. Confirmam-se:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL E TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADC 16. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É inviável a reclamação cujo conhecimento dependa do reexame do conjunto fático-probatório a que chegaram as instâncias ordinárias. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(Rcl 28203 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 12.3.2020)

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA COM A ADI 2433/RN. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. (...) 2. Impossibilidade de reelaboração da moldura fática pela via eleita, o que impede a análise quanto ao devido respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. (AgRg em Rcl 30504/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 01.08.2019) 3. Agravo interno conhecido e não provido.” (Rcl 28908 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 1º.10.2019)

Por tais razões, reconsidero a decisão agravada, em novo julgamento da reclamação, a ela nego seguimento.

Publique-se. Comunique-se.

Brasília, 24 de novembro de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente