

RECONHECIMENTO OU NÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL X JUSTIÇA DO TRABALHO

Orlando José de Almeida
Advogado Sócio de Homero Costa Advogados

Ana Flávia da Silva Costa
Estagiária de Homero Costa Advogados

Conforme amplamente divulgado na imprensa o Supremo Tribunal Federal e a Justiça do Trabalho possuem posicionamentos antagônicos com relação a alguns aspectos do campo de aplicação da terceirização e de outras formas de relação de trabalho.

O conflito tem acarretado inúmeras Reclamações Constitucionais e respectivos julgamentos proferidos no âmbito do STF, declarando a nulidade de decisões prolatadas por órgãos da Justiça do Trabalho, que reconhecem o vínculo de emprego com o tomador dos serviços.

Para melhor elucidação sobre o tema, destacam-se algumas normas em vigor e jurisprudências consolidadas.

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, traz os requisitos para o reconhecimento da relação de emprego ao estabelecer que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

A Justiça do Trabalho, por força da Emenda Constitucional 45/2004, possui competência para julgar, além daquelas especificadas nos incisos I a VIII, do artigo 114, “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei” – inciso IX.

Relativamente à terceirização a antiga Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, estabelece:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

(...)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Posteriormente, por intermédio da Lei 13.429/2017, foi atribuída nova redação ao artigo 10, da Lei 6.019/1974, que trata do trabalho temporário, sendo especificado que “qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de

emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.”

Adiante, com a edição da Lei 13.467/2017 – conhecida como “Reforma Trabalhista” –, a mencionada Lei 6.019/1974 foi modificada para esclarecer que “considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”.

No que tange à matéria o Supremo Tribunal Federal já emitiu inúmeros julgamentos.

Dentre eles, firmou a tese de repercussão geral que ensejou o tema 725, segundo o qual “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.”

Julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 324/DF -, “procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio.”

Dessa forma, o campo de abrangência da terceirização foi ampliando, sendo permitida, inclusive, na atividade-fim do tomador dos serviços.

O ponto principal da divergência de posicionamentos entre o Supremo Tribunal Federal e a Justiça do Trabalho, como já assentado, é voltado ao pronunciamento de eventuais fraudes nas respectivas contratações, de modo a ensejar ou evitar a formação de vínculo empregatício com o tomador dos serviços.

Em matéria publicada *in* <https://www.conjur.com.br/2023-set-01/stf-jt-travam-guerra-terceirizacao-ou-vinculo-emprego/>, Fabíola Marques, sócia do escritório Abud e Marques Sociedade de Advogadas e professora da PUC-SP, diz que “não é a Justiça do Trabalho que não está aplicando os precedentes do Supremo. Na verdade, é o STF que está invadindo a competência da Justiça do Trabalho”.

Ressalta que “a confusão ocorre porque a pejetização só é válida se não houver pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade. Se estiverem presentes tais requisitos, descritos na CLT, somente a Justiça do Trabalho poderá dizer se há uma relação de emprego.”

Arremata asseverando que em outras palavras, a “transferência da responsabilidade do exercício de uma determinada atividade para outra empresa” é plenamente possível. Todavia, para que “a terceirização seja válida, o prestador de serviços não pode, por exemplo, ter horários e reuniões a cumprir, ou mesmo obrigação de atender a determinados clientes, sem poder recusar. Nesses casos, considera-se que, na prática, a terceirização não existiu.”

Os advogados que participam da sociedade Machado Meyer, Andrea Giamondo Massei, Amanda Dias Nunes e Roberto Nasato Kaestner, em artigo intitulado “O CONFLITO ENTRE O STF E A JUSTIÇA DO TRABALHO”, com notável propriedade aduziram:

“Por força legal e constitucional, as decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade – como é o caso das proferidas na

ADPF 324, ADC 48, ADIs 3.961 e 5.625, assim como no acórdão do RE 958252, que ocasionou a tese de repercussão geral prevista no enunciado do Tema 725 – consistem em fontes formais do direito do trabalho.

Essas decisões não podem, como vem fazendo parte dos magistrados trabalhistas, ser ignoradas na entrega da prestação jurisdicional. É legítima, portanto, a intenção do STF de frear as decisões que, amparadas em atos discricionários, ignoram a existência de decisões vinculantes.

Por outro lado, a existência de decisões vinculantes mencionadas acima não pode ter o poder de afastar a competência funcional da Justiça do Trabalho, prevista na Constituição, de processar e julgar conflitos relacionados às relações de trabalho. Aos magistrados trabalhistas cabe a prerrogativa de proceder com a interpretação hermenêutica do direito do trabalho, em todas as suas fontes, o que inclui as decisões vinculantes, com a autonomia para deixar de aplicá-las, desde que devidamente utilizadas as técnicas para a superação de precedentes, com destaque para o *distinguishing* e o *overruling*.”

Naturalmente, não faz sentido a divergência no que tange àqueles abrangidos por normas claras como, por exemplo, é o caso dos advogados associados. É que o artigo 39, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, dispõe expressamente que “a sociedade de advogados pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados.”

O que pode ser observado é que atualmente existe flagrante divergência de posicionamentos entre o Supremo Tribunal Federal e a Justiça do Trabalho, relativamente à aplicação da terceirização e de outras formas de relação de emprego, ao reconhecerem ou negarem o vínculo empregatício com o tomador dos serviços, notadamente quanto a interpretação e aplicação dos requisitos do artigo 3º, da CLT.

O que se espera é o apaziguamento entre estes relevantes órgãos do Poder Judiciário. Afinal o que os jurisdicionados pretendem é a almejada segurança jurídica.