

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC- SP

Theo Benini de Godoy

DA INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO FUNDADO EM TESE SUPERADA
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TEMA 725 DO STF
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

SÃO PAULO
2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC- SP

Theo Benini de Godoy

DA INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO FUNDADO EM TESE SUPERADA
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TEMA 725 DO STF

Artigo Científico apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, sob a orientação do Prof. Me. Arthur Leopoldino Ferreira Neto.

SÃO PAULO
2021

Banca Examinadora

Resumo: O trabalho discorre sobre a inexigibilidade do título executivo fundado em reconhecimento de vínculo empregatício decorrente da tese até então adotada pela Justiça do Trabalho com relação a terceirização. Analisa-se a possibilidade de execução do título executivo formado após a decisão que assegurou a legalidade da terceirização irrestrita das atividades de uma empresa.

Palavras-Chave: Terceirização. Inexigibilidade de título executivo. Recursos repetitivos.

Abstract: The paper discusses the unenforceability of the executive title based on recognition of an employment bond resulting from the thesis hitherto adopted by the Labor Court in relation to outsourcing. The possibility of executing the executive title formed after the decision that ensured the legality of the unrestricted outsourcing of the activities of a company is analyzed.

Keywords: Outsourcing. Unenforceability of executive title. Repetitive appeals.

INTRODUÇÃO

O cerne do que se pôs a analisar no presente trabalho de conclusão de curso foi a inexigibilidade de título executivo fundado em decisão que reconhece o vínculo laboral entre empregado e tomador de serviços diante da superação da tese em que se discutia a terceirização de atividades-meio” ou atividade fim em razão do decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao fixar o tema nº 725

A lacuna existente na legislação formal com relação à possibilidade e responsabilidades ao contrato de prestação de serviços para realização de trabalhos considerados atividade fim da tomadora acarretou nas mais variadas teses adotadas pela Justiça do Trabalho, sendo objeto da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho que por longo tempo norteou a formalização destes contratos e fixou as responsabilidades entre empregador e o tomador.

Diante da existência de uma atividade acessória à atividade principal da empresa e a formação de empresas especializadas na realização destes serviços se iniciou o que se chama de terceirização das atividades da empresa.

Inicialmente o que se teve foi o início da terceirização de atividades claramente acessórias como segurança e limpeza, com posterior início da terceirização de

atividades mais próximas ao objeto social das empresas, vindo a surgir as discussões sobre a possibilidade de terceirização das chamadas atividades fim.

Essas definições, por serem novas ou decorrentes de interpretações diversas, sejam doutrinárias ou judiciais, continuaram a trazer insegurança para a formalização destes contratos e, em não raros casos, tinham o vínculo empregatício reconhecido na Justiça do Trabalho diretamente com o tomador.

Contudo, a constitucionalidade e a legalidade da terceirização das atividades privadas foram pacificadas através das decisões Plenárias do Supremo Tribunal Federal em sessão de 30/08/2018 na ADPF 324 (Relator Ministro Luís Roberto Barroso - Ata n.º 07 de 02/10/2018 - DJE n.º 212 de 03/10/2018I, de eficácia e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário (art. 10, § 3º da Lei 9.882/1999) e no RE 958.252 (Relator Ministro Luiz Fux - ata n.º 31 de 20/08/2018 - DJE n.º 188 de 06/09/2018), precedente de observância obrigatório (art. 927, III, § 1º/CPC), com publicação em 06/09/2019.

Restará demonstrado que, respeitadas as modulações proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tornaram-se inexigíveis os títulos executivos fundados no reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com o tomador quando adotada a tese de que seria ilegal a terceirização de atividades-fim ou ainda quando fundada em tese que indica a ilicitude decorrentes da “subordinação estrutural”.

Diante desse cenário, o trabalho visa demonstrar o equívoco que permeou as decisões que reconheciam o vínculo de emprego entre empregados terceirizados e os tomadores e a inexigibilidade dos pagamentos decorrentes destas decisões.

Necessário ainda mencionar que a manutenção de referida tese fixada não afasta a possibilidade de fraude na forma de contratação, o que pode ser identificado de forma mais clara quando da existência de subordinação direta entre terceirizado e empresa tomadora, acarretando na manutenção da possibilidade de se determinar o vínculo direto do empregado com o alegado tomador.

A presente discussão é de imensa pertinência e atualidade uma vez que referida matéria ainda se encontra em discussões em nossos Tribunais Regionais que possuem súmulas próprias em sentido contrário e também no Tribunal Superior do

Trabalho que ainda mantém processos sobrestados diante da ausência de trânsito em julgado da decisão do STF em que o tema 725 foi fixado.

QUESTÕES SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Diante da necessidade de redução de custos e de foco das empresas na realização de suas atividades predominantes teve início a terceirização de parte da mão-de-obra para empresas terceiras que passaram a se especializar e possuir *know-how* na realização de atividades que, em grande parte, são comuns à todas as empresas, como segurança e limpeza.

A inclusão dessa forma de contrato é decorrência de inúmeras modificações nos últimos anos nas relações individuais de trabalho que passam desde a necessidade de novas especialidades dos trabalhadores, alterações na cadeia produtiva de trabalho e gestão da mão-de-obra de uma empresa.

Diante de sua atualidade, não havia na CLT, formada na década de 1940, tratamento sobre a terceirização, vindo a matéria a ser aprofundada pela jurisprudência nos anos de 1980 e 1990.

Neste sentido, para que haja a maior competitividade entre as empresas e assegurar a sua sobrevivência as empresas passaram a terceirizar toda a administração e realização de determinadas atividades para outras empresas especializadas no seguimento desejado a se terceirizar.

Desde o início de sua utilização iniciaram discussões sobre a sua legalidade, passando a ser objeto de grande debate no meio jurídico. Seja do lado empresarial, que via na sua utilização a possibilidade investimento no objeto social a que se destinava a empresa e manutenção de sua sobrevivência, seja do lado laboral, com maior destaque para os sindicatos que viam a possibilidade de diminuição de seu poder de negociação e representação diante da criação de novas categorias e afastamento de empregados de sua base sindical, já os empregados destas empresas terceirizadas migrariam para a sua categoria específica e não mais seriam mantidas na categoria predominante da empresa que agora era apenas tomadora destes serviços.

Em seu Curso de Direito do Trabalho, Mauricio Godinho Delgado explica:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.¹

Diante da grande disseminação de empresas especialidades na realização de atividades secundárias e início da problematização sobre a sua legalidade passou-se a adotar entendimentos jurisprudenciais sobre o tema que findou com o entendimento pelo Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula nº 331 (em dezembro de 1993, sendo esta última Súmula uma revisão de Súmula anterior de número 256, originalmente de 1986).

Destaca-se que o conceito de Súmula é a conjunção de uma série de decisões sobre referido tema no mesmo Tribunal que adotam o mesmo posicionamento, contudo, sem possuir caráter obrigatório e sim persuasivo.

No caso da Súmula nº 331 do TST é possível verificar que os precedentes que fundamentam a sua existência, nos itens originais de sua redação, são em sua grande maioria formados por decisões proferidas no início da década de 90.

Referida súmula, entre outros temas relacionados, fixa a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços sobre o inadimplemento de verbas trabalhistas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação dos serviços. Ainda que não se discuta no presente trabalho as possibilidades e teorias sobre a responsabilidade civil, é evidente que referido posicionamento indicava uma observação menos gravosa ao tomador de serviços, caso contrário, poderia se ter fixado o entendimento de que a responsabilidade a ser atribuído ao tomador seria solidária.

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 540.

É verdade que a responsabilidade solidária não se presume, mas sim é decorrência de lei. Contudo, para a responsabilidade subsidiária assim também deveria ser, contudo, a referida Súmula opta pelo efeito da subsidiariedade decorrente do inadimplemento da obrigação de pagar.

Com relação a possibilidade de vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional o item II da Súmula nº 331 é clara em afastá-la, trazendo efetividade ao contido no art. 37 da Constituição Federal da República:

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

Ainda, em seu item III constou o entendimento que costumeiramente se utilizava para decretação de vínculo direto entre empregado e tomador nas ações judiciais:

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.

Neste item o TST afasta a possibilidade de vínculo de emprego com o tomador com relação aos contratos de serviços de vigilância, de conservação e limpeza e os serviços ligados à atividade-meio do tomador.

Neste último ponto, com relação à atividade-meio do tomador, nova controvérsia se instaurou. Ora, como se determinar a atividade-fim e atividade-meio de uma empresa?

Desta forma, ainda que melhor regulamentado por Súmula sobre o tema pelo Tribunal Superior do Trabalho, as controvérsias sobre o tema ainda subsistiram.

Não se visa aqui criticar o quanto sumulado pelo TST, uma vez que diante do cenário existente e a ausência de legislação específica até então, a mesma buscou

limitar a terceirização e garantir o mínimo de segurança para os casos tratados pela Justiça Especializada e que norteou os contratos civis.

Contudo, após a fixação do entendimento previsto na Súmula nº 331 do TST sua redação continuou a trazer discussões em razão da incompatibilidade prática de sua aplicação integral ou também em razão de sua redação.

Com o passar do tempo, a definição de atividade-meio e atividade-fim encontrou o seu grande obstáculo. Como se fixar atividade-meio de uma empresa com a grande complexidade das atividades empresariais desempenhadas nos tempos atuais?

Como exemplo podemos trazer a seguinte discussão: o dinheiro em espécie emprestado por uma instituição bancária/financeira é o mesmo objeto da sua cobrança realizada por uma equipe de telemarketing? A realização dessa atividade de cobrança, diante do objeto ser o mesmo, dinheiro, da primeira que tem como atividade de emprestar para obter o retorno com juros e da segunda que apenas realiza a cobrança da dívida, torna a atividade principal da empresa que realiza a cobrança a mesma da que emprestou?

A nosso entender, admitir tal situação seria o mesmo que aceitar que qualquer empresa especializada em cobrança/telemarketing estaria inserida na atividade-fim da empresa contratada, uma vez que a venda de qualquer serviço ou mercadoria pressupõe o seu pagamento pelo consumidor do serviço ou produto.

Demonstra-se a controvérsia sobre este ponto citando a Súmula nº 49 do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG que prevê que atividade de telemarketing se insere na atividade-fim de instituições bancárias:

Terceirização de serviço de "telemarketing". Instituição bancária. Ilicitude. Responsabilidade.

I - O serviço de "telemarketing" prestado por empresa interposta configura terceirização ilícita, pois se insere na atividade-fim de instituição bancária (art. 17 da Lei n. 4.595/64).

II - Reconhecida a nulidade do contrato de trabalho firmado com a prestadora de serviços (arts. 9º da CLT e 942 do CC), forma-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador, pessoa jurídica de direito privado, que responde pela quitação das verbas legais e normativas asseguradas aos seus empregados, com responsabilidade solidária da empresa prestadora.

(...).

O que se verifica neste ponto é que a determinação do que é atividade meio ou fim de uma empresa é passível de construção doutrinária ou jurisprudencial, não havendo até então um critério objetivo quanto este fato o que acarreta enorme insegurança jurídica nos contratos de prestação de serviços formalizados entre as empresas.

Assim, não havia outra alternativa senão a formulação de legislação capaz de esclarecer e tornar viável a atuação destas empresas que já se encontravam sedimentadas em nossa sociedade e amparadas pelo parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal que prevê que “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”.

Diante deste cenário houve um grande avanço na promulgação a Lei nº 13.429 de 31/03/2017 que acarretou a primeira grande alteração legislativa sobre o tema, ao prever a alteração da Lei nº 6.019 de 03/01/1974 com a inclusão do art. 4^a-A, §2º, em que afasta o vínculo “empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.”.

Assim, estava pavimentado através de Lei a impossibilidade de vínculo de emprego independente da atividade desempenhada pela empresa terceirizada.

Ressalte-se que referida definição em nada altera o contido no art. 3º, da CLT, em que determina que para existência de vínculo direito e reconhecimento como empregado é necessária a existência de pessoalidade, onerosidade, habitualidade e subordinação.

Entretanto, diante da realidade já posta e entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, referida alteração não foi suficiente para pôr fim a discussão sobre o tema, havendo resistência no judiciário pela sua integral aplicação, sob o fundamento de que o Tribunal Superior do Trabalho já possuía entendimento firmado sobre o assunto, restando ainda a aplicação de que a terceirização de atividade-fim seria ilegal, caracterizando-se fraude contratual e conseqüente reconhecimento judicial de vínculo empregatício entre empregado e tomador de serviços.

Contudo, desde 2014 tramitava no Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 324) e desde 2016 Recurso Extraordinário que discutia o tema da terceirização (Recurso Extraordinário 958.252 Minas Gerais) que foi objeto da fixação do tema 725.

A partir dessas decisões, tivemos a fixação de tese sobre a terceirização e pacificação sobre a sua aplicação e consequências nos contratos de terceirização e maior segurança jurídica entre pessoas jurídicas que realizavam esse tipo de contrato.

FIXAÇÃO DO TEMA 725 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 958.252 MG E JULGAMENTO DA ADPF 324

Adentrando ao tema específico do presente artigo, para melhor entender o quanto decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário analisado, necessário um breve resumo sobre os fatos julgados e posições adotadas.

Referido Recurso Extraordinário teve repercussão geral reconhecida para examinar a constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST com relação a proibição da terceirização de atividades-fim e a responsabilidade do tomador decorrente de eventual verba trabalhista oriunda do contrato de trabalho celebrado entre empregado e empresa terceirizada.

Embora no nosso regime de direito adotado não seja o mesmo do *common law*, é inegável a preocupação por quem adota o mesmo sistema que nós, o *civil law*, de garantir maior segurança jurídica através da uniformização de sua jurisprudência para que se possa dar certo grau de previsibilidade do que será posto pelo Poder Judiciário. Referida situação é visível pelo quanto previsto em nosso Código de Processo Civil ao determinar que é dever dos Tribunais manterem sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*, CPC).

Neste processo se encontram as Súmulas, como a de nº 331 do TST que foi o objeto de julgamento pelo STF. Conforme nos ensina Humberto Theodoro Junior:

Não corresponde, a súmula, a uma reprodução global do precedente (i.e., do caso ou casos anteriores julgados). Nela se exprime o enunciado que uniforme e repetitivamente tem prevalecido na interpretação e aplicação pretoriana de determinada norma do ordenamento jurídico vigente. Uma vez, porém, que os tribunais não se pronunciam abstratamente, seus julgados sempre correspondem a apreciação de casos concretos, cujos elementos são fatores importantes na elaboração da norma afinal aplicada à solução do objeto litigioso. Assim, embora o sistema de súmulas não exija a identidade dos casos sucessivos, não pode deixar de levar em conta a situação fático-jurídica que conduziu à uniformização da tese que veio a ser sumulada.²

Neste julgamento houve o reconhecimento da dificuldade de determinação dos termos atividade-meio e atividade-fim diante da dinâmica da economia moderna, apontando-os como vagos e imprecisos e afastando eventual fragilização sindical decorrentes da terceirização.

Ainda, na decisão acima citada, restaram indicados dezesseis benefícios da terceirização, estando entre eles as reduções burocráticas na administração da empresa com consequente estímulo à competição e redução de custos operacionais.

No mesmo sentido, não foi ignorado o trabalhador em referida decisão, sendo citados estudos em que demonstram que a terceirização, ao contrário do que se alardeia, acarreta inúmeros outros benefícios ao empregado, como o pagamento superior em determinadas áreas, como na área de segurança e tecnologia da informação, e diminuição do desemprego.

Destaca-se que a votação não foi por unanimidade, mas sim por maioria, havendo divergências quanto ao tema fixado e posições contrárias aos argumentos acima indicados.

Neste ponto, cumpre destacar o posicionamento contrário presente na doutrina, conforme entende Mauricio Godinho Delgado, ministro do TST desde 2007:

De fato, a terceirização rebaixa o patamar de retribuição material do trabalhador em comparação com o colega contratado diretamente pelo tomador de serviços. Esse rebaixamento envolve não somente o montante remuneratório percebido como também o conjunto de vantagens e proteções tradicionalmente conferidas pelo tomador de

² JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, volume 3, Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 827

serviços aos seus empregados diretos, quer originadas de seu regulamento interno, quer originadas simplesmente da prática cotidiana empresarial, quer oriundas dos instrumentos negociais coletivos inerentes às categorias econômica e profissional envolvidas (bancos e empregados bancários, respectivamente; empresas metalúrgicas e empregados metalúrgicos, respectivamente; etc.).

A par disso, a fórmula terceirizante enfraquece a identidade pessoal e profissional do trabalhador, diminuindo, subjetivamente — e mesmo simbolicamente —, a valorização do trabalho e da pessoa humana trabalhadora no conjunto da sociedade capitalista.

Se não bastasse, trata-se de ladina fórmula de desorganização coletiva do segmento profissional e social dos trabalhadores, por esvaziar o conceito de categoria profissional, rompendo a linha histórica de conquistas trabalhistas que inúmeras categorias ostentam ao longo do tempo.³

Por fim, reconhecida a licitude da terceirização, mesmo depois da edição das Leis 13.429/2017 e 13/467/2017 foi fixada a seguinte tese pelo E. STF, consolidada no tema nº 725:

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.

A repercussão geral reconhecida no recurso extraordinário acima indicado é uma condição de admissibilidade introduzida pela Emenda Constitucional 45 de 2004, que foi disciplinada pela Lei 11.418/2006 e, também, pela Emenda Regimental do Supremo Tribunal Federal 21/2017.

O reconhecimento da repercussão geral não é um simples filtro recursal para as matérias que devem ser analisadas pela Suprema Corte, mas sim uma condição para sua admissibilidade, indicando que sua decisão irá repercutir em outros processos.

A repercussão geral prevista no art. 1.035 do Código de Processo Civil determina a forma de tramitação de referido recurso e, além de requisitos genéricos, como “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”, também prevê em sua §3º situações objetivas de repercussão geral.

³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 541.

Com estas alterações buscou-se resguardar a função do STF de guardião da Constituição Federal, afastando a atividade de mera instância recursal que um grande número de recursos poderia lhe dar.

E foi neste escopo que o julgamento do Recurso Extraordinário 958.252 MG se deu, trazendo uniformização da jurisprudência para aplicação obrigatória em todo território nacional com o julgamento que trouxe a fixação do tema 725 pelo Supremo.

No julgamento da ADPF 324/DF, além de reforçar o quanto já decidido no tema nº 725 sobre a possibilidade de terceirização, independente da atividade ser meio ou fim, houve registro de que a decisão não afetaria as decisões já transitadas em julgado, respeitando a coisa julgada.

Claro, não se pretende aqui tentar fundamentar que os processos transitados em julgado antes da decisão proferida em 30/08/2018 pelo STF no tema 725 seria passível de discussão quanto à execução de seu título executivo. Ressalte-se ainda que, reconhecida repercussão geral, houve a determinação de sobrestamento dos processos em trâmite sobre o tema em julgamento (conforme determinado pelo parágrafo primeiro do art. 1.036 do Código de Processo Civil), o que de fato ocorreu, bem como, apesar do julgamento e fixação do tema, ainda não há o trânsito em julgado do recurso extraordinário que firmou o entendimento do STF.

Diante da ausência de trânsito em julgado do Recurso Extraordinário 958.252 MG ainda se verifica, nos dias atuais, processos sobrestados pelo Tribunal Superior do Trabalho, o que vem sendo objeto de Reclamação Constitucional junto ao STF pela ausência de aplicação imediata do quando já decidido em 30/08/2018.

Neste ponto, há posição pelo STF, reiterando a jurisprudência daquela Suprema Corte, pela desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão, uma vez ter sido julgado tema de Repercussão Geral com aplicação imediata a todos os processos que abordam o mesmo tema.

Não poderia ser diferente. Conforme já destacado, o referido recurso tramita no STF desde 06/06/2014, sendo reconhecida a Repercussão Geral e, após reconhecida a terceirização irrestrita das atividades de uma empresa, não há motivo para a

manutenção do sobrestamento dos processos em trâmite perante o TST ou em instâncias inferiores.

O sobrestamento dos processos, com a mesma matéria fática e discussão do tema, diante de um julgamento com repercussão geral pelo STF privilegiou a Corte Constitucional no desempenho de sua tarefa de proteger a Constituição Federal, represando processos sobre o mesmo tema nos Tribunais Regionais, mas também sendo um instrumento para garantir a maior celeridade na prestação jurisdicional sem violar o acesso à justiça, racionalizando o número de processos a serem analisados e corrigindo equívocos da prática jurídica como a existência de decisões divergentes sobre o mesmo tema.

Desta forma, proferida o tema de observância obrigatória esta se impõe a todos os integrantes do poder judiciário, com eficácia *erga omnes*, sob pena de termos de volta a insegurança jurídica, indisciplina judiciária e a possibilidade de se sustentar eventual parcialidade e ativismo judiciário.

DA INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO FUNDADO EM TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM

Em decorrência da decisão proferida pelo STF em repercussão geral, tornou-se obrigatória a aplicação do quanto decidido em todos os processos em trâmite na Justiça Especializada do Trabalho.

Contudo, as situações não se resumem aos processos sem decisão final, independente da instância em que se encontra o processo, mas também daqueles que teve o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a ilicitude de terceirização por enquadrado como atividade-fim da empresa transitado em julgado em data posterior ao julgamento do Tema 725 ocorrido em 30/08/2018.

Não são raras as vezes em que ainda se verifica processos nessa situação. Em fase de execução, com a discussão dos cálculos devidos e que acarretam sua homologação e citação da empresa para garantia da execução.

Nos termos do artigo 884, §5º, da CLT, o título judicial é inexecutável na medida em que fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal:

Ora, se o fundamento jurídico utilizado para a formação do título executivo foi tido como incompatível com a Constituição Federal em julgamento proferido pelo STF em sede de repercussão geral, forçoso é reconhecer que é inexigível o título executivo judicial que fundamenta a execução ainda existente, ainda que o processo esteja em fase de execução definitiva, eis que fundado na teoria da coisa julgada inconstitucional, que não se sobrepõe à própria supremacia da Constituição Federal.

Neste sentido, dispõe o artigo 884, §5º da CLT, artigo 525, §1º, III, §§ 12º e 14º do CPC e artigo 924, III do CPC:

Art. 884 - Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

(...)

§ 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

(...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

(...)

§14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no §12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

Art. 924. Extingue-se a execução quando:

III - o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida;

Frise-se que o artigo 884, §5º da CLT aborda a matéria atinente à inexigibilidade do título executivo fundado em coisa julgada inconstitucional de maneira superficial, o que permite a aplicação do artigo 525, §1º, III, §§ 12º e 14º do CPC, e artigo 924, III do CPC de forma supletiva, conforme autoriza o artigo 15 do CPC.

Ainda, já pacificada a constitucionalidade do art. 884, §5º, da CLT, uma vez que aplicada de forma supletiva ao processo do trabalho conforme decisão do STF, com caráter vinculante, como evidencia a Tese de Repercussão Geral 360, firmada em 20/09/18. Neste sentido nos é esclarecido pela doutrina:

A decisão-paradigma do STF deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda (art. 525, §14, CPC). Se a decisão do STF for posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, o caso é de ação rescisória (art. 525, §15, CPC).

A distinção é plenamente justificável. É preciso dar mais proteção à coisa julgada que surgiu em um momento anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o assunto, ocorreu um fato curioso. O STF, ainda no período da *vacatio* do CPC-2015, teve de enfrentar esse tema e chegou à conclusão idêntica, valendo-se do regramento do CPC-2015 como mais um argumento decisório: se a decisão do STF é posterior à coisa julgada, o caso é de ação rescisória. Mais um exemplo de eficácia persuasiva do CPC-2015 no seu período de *vacância*.⁴

Neste sentido, resta evidente que o título executivo é inexigível, havendo jurisprudência atual neste sentido, podendo-se citar os arestos abaixo neste sentido:

⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, vol. V, p. 545

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO STF NA ADPF 324 E RE 958.252. COISA JULGADA FORMADA APÓS 30/08/2018. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXEQUENDO. Tratando-se de coisa julgada formada após o julgamento pelo STF da ADPF 324 e RE 958.252 em 30/08/2018, carece de exigibilidade o título judicial que condena em obrigações com fundamento na ilicitude de terceirização nos termos do entendimento firmado na Súmula 331 do TST, pois se ampara em interpretação de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, nos termos dos arts. 884, § 5º, da CLT e do art. 525, §§ 1º, III, 12 e 14, do CPC. TRT da 3.ª Região; PJe: 0010899-08.2015.5.03.0104 (AP); Disponibilização: 25/04/2019; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Convocado Carlos Roberto Barbosa.

EMENTA: TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. INEXIGIBILIDADE. PARÁGRAFOS 12 E 14 DO ART. 525 DO CPC/2015. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 324 e o RE 958252, em 30/08/18, com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, independentemente de ser relativa à atividade meio ou fim da empresa contratante. Portanto, como a supracitada decisão do Excelso STF é anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, que declarou ilícita a terceirização levada a efeito pelos executados, nos termos dos §§ 12 e 14 do art. 525 do CPC/2015, é possível a impugnação da execução com base em inexigibilidade do título executivo, não sendo necessária a propositura de ação rescisória. Aplicação da Teoria da "Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional" ao caso examinado. TRT da 3.ª Região; Processo: 0000005-85.2017.5.03.0044 AP; Data de Publicação: 10/04/2019; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno; Revisor: Convocado Ricardo Marcelo Silva.

Apesar de ter o STF declarado constitucional a Medida Provisória 2.180/35. De 24/08/2001 que incluiu a redação do §5º do art. 884 da CLT, Sérgio Pinto Martins entende ser inconstitucional:

Não se pode dizer que é inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF em razão de ferir a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição). Deverá ser apresentada a ação rescisória para declarar inexigível o título. Mostra-se inconstitucional o referido dispositivo.

Alei não pode ser retroativa para atingir a coisa julgada.

O parágrafo prestigia a segurança jurídica e a celeridade processual.⁵

Ressalta-se ainda que, obedecendo a data do trânsito em julgado da decisão que se pretende afastar a exequibilidade, o mesmo pode ser arguido ainda que em exceção de pré-executividade.

O instituto da exceção de pré-executividade pode ser alegado a qualquer tempo, por simples petição, independente de segurança do juízo, desde que desnecessária qualquer dilação probatória.

Vejamos, ausente a necessidade de garantia do juízo, referida medida torna-se de vital importância uma vez que os Embargos à Execução se destinam a atacar decisão final em fase de execução, no prazo de 5 dias, a contar da garantia integral da execução, nos termos do artigo 884 da CLT.

Com relação à exceção de pré-executividade esta é a lição de Lenice Silveira Moreira:

constitui a defesa que se exerce no processo da execução independentemente da oposição de embargos e da prévia segurança de juízo, quando se alega que a ação de execução foi desfechada sem atender aos pressupostos específicos para a cobrança do crédito que, na redação do art. 586 do CPC, se resume à exigência de título líquido, certo e exigível.

(...)

Somente quando se investe diretamente contra o próprio título por não apresentar as garantias mínimas de certeza, liquidez e exigibilidade ou se invoca matéria de ordem pública, como inexistência das condições de ação ou a não satisfação dos pressupostos processuais ou, ainda, matérias pertinentes ao mérito desde que cabalmente comprovadas mediante prova pré-constituída, como o próprio pagamento, pode-se excepcionalmente admitir que essa defesa se faça por simples petição, nos autos do mesmo

⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT, 22ª ed. São Paulo, Saraiva, 2019, p. 1060

processo, algumas vezes pelo próprio devedor e sem estar firmada por advogado.⁶

Neste sentido, também é a jurisprudência pela possibilidade de se utilizar a exceção de pré-executividade para agastar a exequibilidade do título em discussão:

EMENTA: TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. INEXIGIBILIDADE. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. Na hipótese, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e do Recurso Extraordinário (RE) 958252, em 30/08/18, implica na inexigibilidade do título executivo, visto que a supracitada decisão do Excelso STF é anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. (TRT da 3.^a Região; PJe: 0010834-24.2016.5.03.0186 (AP); Disponibilização: 20/05/2019; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Joao Bosco Pinto Lara).

Neste ponto temos que a exceção de pré-executividade é um instituto de grande valia para empresas que não possuem condições financeiras para postergar a discussão sobre a inexecutabilidade do título executivo apenas após a garantia do juízo.

Neste ponto, temos que reconhecer que a diferença de poder financeiro entre as empresas pode ser tão discrepante como o de um trabalhado para a empresa para a qual manteve a relação de emprego e a execução trabalhista decorrente de um reconhecimento de vínculo de emprego pode acarretar valores extremamente altos, o que, mais uma vez, justifica a utilização da exceção de pré-executividade.

Ainda neste sentido, cumpre também indicar que a manutenção de recursos na Justiça Especializada não é uma tarefa simples para as empresas. O custo de sua manutenção e os depósitos recursais exigidos, apesar de servirem para satisfação de eventual futura execução, caracterizam enorme obstáculo ao sistema recursal. Desta forma, analisando o histórico das decisões sobre o tema, é possível verificar que

⁶ MOREIRA, Lenice Silveira. A Exceção de Pré-Executividade e o Processo de Execução Fiscal, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 28

aqueles condenados às verbas decorrentes de eventual vínculo de emprego e não possuíam condições de arcar com o preparo para interposição de recursos teve a sua decisão transitada em julgado antes da possibilidade de ter o seu processo sobrestado, o que acarretaria a aplicação do tema 725.

Em síntese, estando o título executivo fundado em decisão transitada em julgado após 30/08/2018, sendo este fundado em tese ilicitude de terceirização de atividade-fim, a mesma não pode ser exigível, sendo forçoso o seu reconhecimento pelo judiciário e conseqüente extinção da execução de verbas decorrentes desta condenação.

Referida decisão não possui o intuito de afastar o respeito à coisa julgada prevista em nossa Constituição, mas sim de prestigiar o entendimento formado pelo Suprema Corte, com a finalidade de uniformizar a jurisprudência e trazer segurança jurídica a todo território nacional.

Diante do exposto, ainda que ausente o trânsito em julgado da decisão no STF, a fixação do tema 725 deve ser obedecido por todos os órgãos da Justiça do Trabalho, pacificando a discussão que por muito tempo se travou em relação a possibilidade de terceirização de atividade-fim, inclusive com a inexigibilidade de título executivo fundado na tese já superada.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto, não merecem prosperar as decisões contrárias à terceirização da então denominada atividade-fim, sendo lícita a terceirização irrestrita na cadeia produtiva, resguardando, por óbvio, eventuais fraudes que venham a ser cometidas, em especial quando verificada a existência de pessoalidade subordinação inerentes ao contrato de trabalho.

Pelo exposto, restou claro a importância da observação da prevalência do quanto julgado em tema de recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal federal, vez que tal instituto trará aos tomadores e empresas de prestação de serviços terceirizados segurança jurídica em sua modalidade de contratação.

Foi possível perceber que na existência de temas novos e de grande debate no meio jurídico como o tema da terceirização merecem atenção e estratégia adequada, uma vez que as decisões transitadas em julgado anteriores à decisão do STF não são passíveis de inexequibilidade e ou até mesmo de ação rescisória para o afastamento de seu pagamento.

Neste ponto, percebe-se que a modernização das leis trabalhistas acompanha a constante mudança das atividades, contudo, nem sempre o mesmo se dá na velocidade esperada pela sociedade. Da mesma forma, nem todas as empresas possuem condição de arcar com a manutenção e preparo para apresentar recursos às instâncias superiores.

Em relação aos posicionamentos inovadores trazidos pela jurisprudência, como a fixação de súmulas regionais sobre o que poderia caracterizar o desempenho de uma atividade- meio ou atividade-fim temos que a Justiça Especializada nada mais fez do que atuar para garantir a unidade de suas decisões, em especial diante de uma lacuna legal em um tema recente e de grande debate, prestigiando o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

De outra forma, fixado um tema pela STF sobre o assunto, a inexigibilidade do título executivo que vier a se formar após essa decisão é uma obrigação não só como disciplina judiciária, mas como objetivo final da justiça de pacificar sociedade em discussões existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 540.

JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, volume 3, Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 827

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 541.

MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT, 22ª ed. São Paulo, Saraiva, 2019, p. 1060

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, vol. V, p. 545

MOREIRA, Lenice Silveira. A Exceção de Pré-Executividade e o Processo de Execução Fiscal, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 28