

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 791.932 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

RECTE.(S) : **LIQ CORP S/A (NOVA DENOMINAÇÃO DE CONTAX-MOBITEL S/A)**

ADV.(A/S) : **JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL**

ADV.(A/S) : **DÉBORAH CABRAL SIQUEIRA DE SOUZA**

RECDO.(A/S) : **TATIANE MEIRE DA SILVA**

ADV.(A/S) : **MARCELO DA COSTA E SILVA**

ADV.(A/S) : **MAYCON WILLIAM RESENDE ROTHÉIA**

INTDO.(A/S) : **TELEMAR NORTE LESTE S/A**

ADV.(A/S) : **JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL**

ADV.(A/S) : **LUCAS OTTONI AMANCIO OLIVEIRA**

ADV.(A/S) : **BRUNO MACHADO COLELA MACIEL**

AM. CURIAE. : **FEDERACAO BRASILEIRA DE TELECOMUNICACOES - FEBRATEL**

ADV.(A/S) : **FLAVIO HENRIQUE UNES PEREIRA**

AM. CURIAE. : **ABT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELESSERVIÇOS**

ADV.(A/S) : **FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES RODRIGUES**

AM. CURIAE. : **CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS - CEBRASSE**

ADV.(A/S) : **PERCIVAL MENON MARICATO**

ADV.(A/S) : **DIOGO TELLES AKASHI**

AM. CURIAE. : **FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DOS TRABALHADORES E PESQUISADORES EM SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - FITRATELP**

ADV.(A/S) : **VERÔNICA QUIHILLABORDA IRAZABAL AMARAL**

ADV.(A/S) : **ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS**

AM. CURIAE. : **CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRAS**

ADV.(A/S) : **JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL**

AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO - BRASSCOM**

ADV.(A/S) : **JOÃO GERALDO PIQUET CARNEIRO**

ADV.(A/S) : **GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETTO**

AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE**

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR DESRESPEITO A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97 E SV 10). NEGATIVA PARCIAL DE VIGÊNCIA E EFICÁCIA AO INCISO II, DO ART. 94 DA LEI 9.472/1997 (LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES) POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO COM BASE NA SÚMULA 331/TST. IMPOSSIBILIDADE. LICITUDE DE TERCEIRIZAÇÃO DE TODA E QUALQUER ATIVIDADE, MEIO OU FIM, NÃO SE CONFIGURANDO RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE A CONTRATANTE E O EMPREGADO DA CONTRATADA (ADPF 324 E RE 958.252). AGRAVO CONHECIDO. RECURSO PROVIDO.

1. A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal.

2. A cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, também no controle concentrado (CF, art. 97 e SV 10).

3. É nula a decisão de órgão fracionário que, ao negar a aplicação do inciso II, do art. 94 da Lei 9.472/1997, com base na Súmula 331/TST, e declarar ilícita a terceirização e atividade-fim, reconhece a existência de vínculo trabalhista entre a contratante e o empregado da contratada, pois exerceu controle difuso de constitucionalidade, declarando a parcial nulidade sem redução de texto do referido dispositivo em observar a cláusula de reserva de Plenário. AGRAVO PROVIDO.

4. O PLENÁRIO DA CORTE declarou parcialmente inconstitucional

ARE 791932 / DF

a SÚMULA 331/TST e proclamou a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim; para afirmar a inexistência de relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

5. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, com a fixação da seguinte tese no TEMA 739: *"É nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), observado o artigo 949 do CPC."*

11/10/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 791.932 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário com juízo positivo de admissibilidade exclusivamente para analisar se o Tribunal Superior do Trabalho deixou de observar o preceito normativo do art. 97 da CARTA MAGNA e o enunciado da Súmula Vinculante 10 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao afastar a incidência parcial da Lei 9.472/97, sem o respeito à cláusula de reserva de plenário e, considerando ilegítima a terceirização de “*atividade-fim*”, decidiu pelo reconhecimento da formação de vínculo empregatício direto entre operadora de telefonia e atendente que lhe prestava serviços de *call center* por meio de uma interposta empresa especializada nesse segmento.

Em 5/5/2014, “o Plenário Virtual desta Corte afirmou a existência de questão constitucional com repercussão geral na controvérsia veiculada pelo presente recurso, em decisão que veio a ser tombada no temário informatizado do Tribunal sob a seguinte epígrafe *Tema 739 Possibilidade de recusa de aplicação do art. 94, II, da Lei 9.472/1997 em razão da invocação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, sem observância da regra de reserva de plenário*”.

Nas razões do recurso extraordinário, a parte recorrente sublinha que o aresto recorrido, ao decidir com esteio nos supracitados argumentos, teria violado frontalmente a Súmula Vinculante 10 do STF, pois não houve declaração de inconstitucionalidade, pelo plenário do TST, dos arts. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995 (Lei geral de concessões e permissões de serviços públicos) e 94, II, da Lei 9.472/1997 (Lei geral de telecomunicações), os quais autorizariam as concessionárias de telecomunicações a contratar, por meio de terceiros, um amplo universo de serviços, inclusive aqueles relacionados às atividades-fim.

Com razão a parte recorrente.

A 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, confirmando o

ARE 791932 / DF

entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, considerou ilícita a terceirização das atividades desenvolvidas pela empresa operadora dos serviços de telefonia, pelos seguintes fundamentos:

(...)

O recurso não merece processamento.

De plano, esclareço que se mostra inservível a acenada ofensa à legislação infraconstitucional e o dissenso de teses, porque não se amoldam às hipóteses descritas no art. 896, § 6º, da CLT, para a admissibilidade do apelo revisional em rito sumaríssimo.

Irrepreensível despacho agravado, consoante também se denota dos fundamentos da decisão de origem, ao assinalar que a reclamante, contratada pela primeira reclamada para atividades de call center, prestou serviços diretamente à tomadora dos serviços, em atividade-fim. Premissa fática suficiente para a manutenção do acórdão regional. A decisão regional está, portanto, em consonância com os itens I e III da Súmula 331/TST.

Não há falar na indigitada afronta aos arts. 1º, IV, 5º, II, e 170, da Carta Magna, a qual, acaso houvesse, dar-se-ia de forma apenas reflexa, o que não autoriza o processamento da revista.

De outra parte, incólumes os arts. 5º, XXXVI e 7º, XXVI, da Lei Maior, porquanto espelhado o entendimento de que o deferimento das vantagens constantes das normas coletivas dos empregados da tomadora dos serviços é mero consectário do reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a tomadora.

Noutro giro, inaplicável a Súmula 374/TST, a qual trata de empregado integrante de categoria profissional diferenciada, caso diverso do ora examinado.

Acresço, outrossim, que não se cogita, na hipótese, de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei, e sim, de interpretação sistemática das normas pertinentes à matéria, a afastar a alegada contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF.”

A questão recursal tomou os seguintes contornos no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

“Conquanto o artigo 94 da Lei 9.472/97 permita a terceirização dos serviços que lhe são essenciais, tal dispositivo não autoriza a terceirização da atividade econômica principal, com fraude à legislação trabalhista.

No caso, a reclamante foi contratada para prestar serviços exclusivamente à segunda ré, conforme confessou o preposto da 1ª reclamada, na audiência de fl. 85.

Portanto, suas atividades estavam inseridas na dinâmica estrutural da empresa tomadora de serviços, o que revela a presença de subordinação, dado que aponta para a ilicitude da terceirização levada a efeito.

Em situações como estas, em que o empregado presta serviços exclusivamente a um determinado tomador de serviços, na atividade econômica principal deste, a relação de emprego com a prestadora de serviços representa apenas intermediação irregular de mão de obra, com intuito de evitar a obtenção de direitos assegurados à categoria profissional dos empregados da tomadora, o que enseja tratamentos desiguais, gerando situações repudiadas pela ordem juslaboral.

De fato, utilizar de mão de obra para o único fim de reduzir custos é desrespeitar os princípios constitucionais fundamentais da pessoa humana, sobretudo os postulados de tutela do direito do trabalho. Não se pode esquecer, ademais, que o princípio básico da nossa ordem econômica é a valorização do trabalho humano, o que também ocorre com a nossa ordem social (artigos 170 e 193 da Constituição da República).

A terceirização das atividades tratadas neste caso implica o desvirtuamento de normas trabalhistas e violação ao art. 9º da CLT, que é parâmetro para a interpretação de qualquer outro dispositivo infraconstitucional, incluindo-se a Lei 9.472/1997.

Vale frisar que não se está a declarar a impossibilidade de

ARE 791932 / DF

a tomadora terceirizar serviços, mas apenas a se ponderar que, no caso específico dos autos, a terceirização não atendeu aos princípios e normas de proteção efetiva ao trabalho humano, fato que singulariza a presente contenda.

E a par da irregularidade da contratação – que já seria suficiente para o deferimento do pleito obreiro – não se pode olvidar, ainda, que o conjunto probatório constante dos autos revela a presença de todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego previstos no artigo 3º da CLT, quais sejam: trabalho prestado a um tomador, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica, essa última manifestada na sua modalidade estrutural.”

Como se vê, o acórdão recorrido valendo-se do teor da Súmula 331, III, do TST amparou sua conclusão sobre o alcance do art. 94 da Lei 9.472/1997 (Lei geral de telecomunicações), que assim diz:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

O acórdão recorrido considerou ilegítima a terceirização dos serviços de *call center*, pois constituem atividade-fim das empresas de telecomunicações, afastando a incidência do inciso II, do art. 94 da Lei 9.472/97. Ao realizar essa redução interpretativa, o órgão fracionário do Tribunal Superior do Trabalho exerceu o controle difuso de constitucionalidade e utilizou a técnica decisória denominada *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, pela qual o intérprete declara a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem, contudo, alterá-lo gramaticalmente, ou seja, censurou

ARE 791932 / DF

uma determinada interpretação por considerá-la inconstitucional.

Em outras palavras, a decisão do órgão fracionário do TST, ao considerar *ilegítima a terceirização dos serviços de call center*, afastou parcialmente a vigência e eficácia do inciso II, do art. 94 da Lei 9.472/97, por entender ser vedado pela Constituição Federal a possibilidade de terceirização de *atividade fim*.

Ocorre, porém, que a inconstitucionalidade *total ou parcial* de lei ou ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal.

Essa verdadeira *cláusula de reserva de plenário* atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, também no controle concentrado.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no sentido de reforçar a exigência constitucional, editou a Súmula Vinculante 10, com o seguinte teor:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão do órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

A jurisprudência da CORTE tem reiteradamente proclamado que a desconsideração do princípio em causa gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal (RTJ 58/499; RTJ 71/233; RTJ 110/226; RTJ 117/265; RTJ 135/297; RTJ 95/859; RTJ 96/1188; RT 508/217; RF 193/131).

Dessa forma, embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade incidental, o órgão fracionário do Tribunal Superior

ARE 791932 / DF

do Trabalho afastou a aplicação da Lei 9.472/1997, tendo, conseqüentemente, exercido o controle difuso de constitucionalidade, sem aplicação do artigo 97 da CF, e violado o enunciado da Súmula Vinculante 10, por desrespeito à cláusula de reserva de plenário.

Essa orientação, inclusive, vem sendo adotada pela 1ª Turma desta CORTE, em casos absolutamente análogos, com relação ao art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995 (Lei geral de concessões e permissões de serviços públicos), em casos relacionados ao setor de energia elétrica (Rcl 27.068 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Redator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 8/8/2018; Rcl 27.169 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 25/6/2018); Rcl 27.173 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Redator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 19/6/2018; Rcl 22.882 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Redator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 12/6/2018; Rcl 27.184 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 12/6/2018).

No mesmo sentido, cito as seguintes decisões monocráticas: Rcl 17.397 (DJe de 29/9/2017); Rcl 23.633 (DJe de 21/8/2017); Rcl 25.508 (DJe de 21/8/2017); Rcl 27.170 (DJe de 9/2/2018); Rcl 27.182 (DJe de 9/2/2018); Rcl 27.814 (DJe de 29/9/2017); Rcl 30.040 (DJe de 9/4/2018); Rcl 30.211 (DJe de 26/4/2018); Rcl 30.273 (DJe de 27/4/2018); Rcl 30.476 (DJe de 18/5/2018); Rcl 31.023 (DJe de 31/7/2018); Rcl 31.180 (DJe de 3/8/2018); Rcl 31.216 (DJe de 3/8/2018); Rcl 31.267 (DJe de 3/8/2018); Rcl 31.372 (DJe de 13/8/2018), todas de minha relatoria.

Não há dúvidas, portanto, que a decisão do órgão fracionário do TST, ao invocar a Súmula 331 do TST, negou vigência e eficácia parcial ao inciso II, do artigo 94 da Lei 9.472/97, sem a obrigatória observância da cláusula de reserva de Plenário.

Esse argumento bastaria para dar provimento ao presente Agravo em recurso extraordinário, anulando a decisão do órgão fracionário e determinando a devolução do processo ao Plenário do TST, para observância do art. 97 e da SV 10.

Ocorre, porém, que a conclusão adotada pelo acórdão recorrido fundou-se na Súmula 331/TST, acabando por contrariar, o entendimento,

ARE 791932 / DF

recentemente, fixado por esta CORTE, em 30/8/2018, quando do julgamento da ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO) e do RE 958.252 (Rel. Min. LUIZ FUX), oportunidade em que esta CORTE SUPREMA considerou inconstitucional o referido enunciado sumular, por violação aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, assentando, ao final, a constitucionalidade da terceirização de atividade-fim ou meio, com a fixação da 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”.

Na ocasião, consignei, em meu voto, que:

A empresa tomadora contrata a prestadora para, em tempo determinado, realizar atividade específica que contribui com seu fluxo de produção, mas jamais substitui em inteireza sua atividade, com abuso e prejuízo aos trabalhadores.

É ultrapassada a manutenção dessa dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio, para fins de terceirização, e errônea a confusão de identidade entre terceirização com intermediação ilícita de mão de obra.

Por partir da errônea confusão entre terceirização e intermediação de mão de obra, chega-se à errônea conclusão de precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários.

Em nenhum momento a opção da terceirização como modelo organizacional por determinada empresa permitirá, seja a empresa tomadora, seja a empresa prestadora de serviços, desrespeitar os direitos sociais, previdenciários ou a dignidade do trabalhador.

A garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado mediante o tradicional contrato de trabalho, mas também o autônomo e o terceirizado, e, além

ARE 791932 / DF

disso, como salienta PAOLO BARILE, alcança o próprio empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país, que tem, na correta interpretação dos valores sociais do trabalho, a necessária segurança jurídica.

Caso isso ocorra, seja na relação contratual trabalhista tradicional, seja na hipótese de terceirização, haverá um desvio ilegal na execução de uma das legítimas opções de organização empresarial, que deverá ser fiscalizado, combatido e penalizado.

Da mesma maneira, caso a prática de ilícita intermediação de mão de obra, com afronta aos direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores, se esconda formalmente em uma fraudulenta terceirização, por meio de contrato de prestação serviços, nada impedirá a efetiva fiscalização e responsabilização, pois o Direito não vive de rótulos, mas sim da análise da real natureza jurídica dos contratos.

Dessa forma, não há como se confundir a terceirização de uma das etapas do fluxo de produção com a hipótese de ilícita intermediação de mão de obra, como fez o acórdão recorrido.

Ante o exposto, CONHEÇO DO AGRAVO e, desde logo, DOU PROVIMENTO ao recurso extraordinário para (i) declarar a nulidade da decisão do órgão fracionário do TST por inobservância do art. 97 da CF e SV 10 e (ii) restabelecer a sentença proferida pelo Juízo da 19ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – MG (doc. 5 – fls. 6/11), que, afastou a existência de vínculo empregatício entre operadora de telefonia e atendente de empresa terceirizada especializada nesse segmento que lhe prestava serviços de *call center*; fixando, em relação ao TEMA 739, a seguinte TESE:

“É nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), observado o artigo 949 do CPC.”

É o voto.