LABUTA

ISSN 2966-0394

Artigo

As Reclamações Constitucionais no Precedente 725 do Supremo Tribunal Federal

Ivan Simões Garcia

Instituição: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Recebido em: 24/9/2024
Aceito em: 1º/10/2024

RESUMO:
Este artigo aborda o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Tema 725 diante do fenômeno da "pejotização", analisando a relevância dos precedentes judiciais e seu uso no caso de direitos trabalhistas, através das Reclamações Constitucionais. Examina-se a aplicação dos precedentes no Brasil e do instituto das Reclamações para analisar pesquisas sobre casos no STF que têm como paradigma o Tema 724 e a ADPF 324, geralmente questionando o vínculo empregatício e a competência da Justiça do Trabalho. Ademais, discute-se o impacto das Reclamações Constitucionais no bojo do processo de reforma do Direito do Trabalho, à luz da Constituição Federal.

ABSTRACT:
This article addresses the precedent set by the Brazilian Supreme Court (STF) in Theme 725 regarding the phenomenon of "pejotização", analyzing the relevance of judicial precedents and their use in the case of labor rights, through Constitutional Complaints. The application of precedents in Brazil and the Complaints institute are examined to analyze research on cases in the STF that have as a paradigm Theme 724 and ADPF 324, generally questioning the employment relationship and the jurisdiction of the Labor Court. Furthermore, the impact of Constitutional Complaints in the process of reforming Labor Law, in light of the Federal Constitution, is discussed.

PALAVRAS-CHAVE:
Precedentes judiciais; Tema 725; Supremo Tribunal Federal; Reclamações Constitucionais.

ISSN 2966-0394
Artigo

KEYWORDS:
Judicial precedents; Theme 725; Federal Supreme Court; Constitutional Complaints.

1. Introdução

O sistema jurídico brasileiro tem evoluído significativamente na utilização dos precedentes judiciais, especialmente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que buscou dar maior previsibilidade e segurança jurídica às decisões judiciais. Nesse contexto, os artigos 926 e 927 do CPC reforçam a importância de uniformizar a jurisprudência e observá-la de forma compulsória.

No entanto, antes de tudo, impõe-se desfazer uma confusão que paira na doutrina e alastra-se pela jurisprudência. Uma avaliação heurística dos dispositivos do CPC sobre os Precedentes está calcada em um equívoco: A de que o artigo 927, do CPC ensejaria um efeito vinculante quanto à obrigatoriedade do conteúdo dos precedentes para juízes e Tribunais.

De fato, desde o sistema do *Common Law*, há um constrangimento de observância dos precedentes, um dever por parte dos magistrados. Mas se trata do dever de interpretar, conquanto que de forma criativa, levando em consideração as interpretações anteriores, devendo criar a melhor interpretação possível como se não fosse obra de um único julgador, parafraseando a ideia do "romance em cadeia", na obra "Império do Direito" (Dworkin, 2007, p. 276). O julgador pode acrescentar novas leituras, novas perspectivas, mas deve levar em conta o conjunto de interpretações anteriores, ajustando as inovações ao que fora produzido (Dworkin, 2007, p. 278).

Assim, como premissa, estabelecemos que o dever de "observar", do artigo 927, CPC, refere-se a considerar os fundamentos dos precedentes, levar em

conta seus argumentos de princípio dos precedentes, na construção de uma nova decisão judicial.

É esse diálogo com os argumentos das decisões anteriores que a Lei impõe. E não a mera reprodução mecânica do conteúdo do precedente, como se os juízes e Tribunais fossem meros autômatos, vinculados cegamente à ***auctoritas*** das Cortes superiores (Streck, 2024, p. 36).

Apresenta-se essa questão preliminar para retirar qualquer debate sobre o tema do campo em que pululam teses sobre juízes insubmissos ou Tribunais insurretos que por isso seriam responsáveis pela demora da prestação jurisdicional ou insegurança jurídica[8].

2. "Pejotização" e Fraude ao Vínculo Empregatício

As formas de organização produtiva propostas para superara crise capitalista a partir dos anos 1980, promovem também uma mudança no que se refere à gestão do trabalho, ganhando fôlego a busca por formas mais fugazes e precárias de prestação laboral, num contexto em que ganha relevância a flexibilização ou desregulamentação do direito do trabalho.

A partir dos anos 1990, verificou-se no Brasil um protagonismo de uma vertente neoliberal na política e na economia, no qual se reproduz com mais força um discurso que defende que a CLT e as garantias dos trabalhadores consagradas desde os anos 1930 estariam ultrapassadas, defendendo-se a necessidade de "modernizar" as leis trabalhistas, empregando-se, dentre outros meios, a constituição de novas formas jurídicas de regulação das relações de

[8] Há quem confunda segurança jurídica com segurança pública. E há os que entendem que para ambos os problemas, a solução está na pura coerção.

trabalho e se materializam em disposições legais que consagram desde os contratos temporários, uso de cooperativas até o estabelecimento de um marco regulatório que permite a ampla difusão da terceirização.

Nesse contexto político e social, reformas da legislação na década de noventa do século passado e início dos anos dois mil, instituíram mudanças nas leis trabalhistas e previdenciárias seguindo esta lógica de diminuição dos custos dos encargos sociais, muitas vezes em prejuízo às garantias da ordem constitucional vigente, cumprindo, no âmbito trabalhista mencionar a regulação legal da participação nos lucros e resultados desvinculada de quaisquer reflexos no plexo salarial a partir da Medida Provisória 794/1994, a previsão das cooperativas profissionais previstas na Lei 8.949/1994, entidades usadas muitas vezes para a fraudes trabalhistas, a lei do trabalho por prazo determinado, "provisório" (Lei 9.601/1998), que também instituiu o Banco de Horas.

E é precisamente nesse contexto que além das remodelações em institutos laborais são disseminadas novas fraudes no mercado de trabalho com vistas a atender a uma suposta necessidade de redução de direitos e, por via de consequência, tais ardis lançados pelos tomadores de serviços acabam sendo apreciados pelas Cortes trabalhistas. Esse é o panorama de origem da "pejotização", também referida como "pjotização" ou "personificação por encomenda", uma fraude que, por consagrada na prática do mercado de trabalho, é nomeada com distinção no âmbito da doutrina e da jurisprudência trabalhistas na senda do demonstrado por Luz (2023, p.64).

Tal prática designa o fenômeno no qual uma pessoa natural formaliza uma personalidade jurídica com o intuito de disponibilizar a um tomador sua mão de obra através de um contrato cível, comercial ou de qualquer outra

natureza, visando encobrir a prestação de serviços sob os pressupostos da relação de emprego.

A ideia é empreender uma tentativa de transmutar formalmente a natureza jurídica da relação laboral no intuito de minorar custos com a mão de obra, que vão desde garantias com o salário mínimo, horas extras, descansos semanais remunerados, férias com adicional constitucional, passando por verbas rescisórias até a encargos devidos pelo empregador sobre a folha de pagamento, como aponta Silva (2024, p. 64).

Inegável portanto, que tal prática afasta boa parte das garantias legais conferidas à relação empregatícia, precarizando as condições de trabalho e de vida daqueles que vendem a força de trabalho.

Tal prática fraudulenta, ganha força com a entrada em vigor da Lei 11.196/2005, que em seu artigo 1298, prevê a possibilidade de contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços de natureza artística, científica ou cultural, tendo esta prestação laboral intuito personalíssimo ou não.

Esta disposição legal foi utilizada em prol dos que defendiam um autorizativo legal destas contratações sem formação do liame empregatício, mesmo diante da verificação dos requisitos do artigo 3º da CLT[9]. E logo se defendeu esta mesma possibilidade para outros segmentos além daqueles previstos em lei, abrangendo serviços intelectuais, técnicos ou serviços predominantemente manuais na senda do apontado por Luz (2023, p. 64).

A jurisprudência das Cortes trabalhistas, entretanto, se consolidou em sentido diverso ao preconizado pelos defensores da vertente liberal,

[9] Tal dispositivo de lei foi objeto da Ação de declaração de constitucionalidade ADC 66, já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

considerando que o viés de irrenunciabilidade das normas de direito do trabalho obstaculizaria o reconhecimento de natureza civil ou comercial de relações desde que verificados os requisitos da subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade no caso concreto com base ainda no princípio da primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual a natureza jurídica de uma relação laboral não deflui propriamente da qualificação formalmente atribuída pelas partes, mas da verificação concreta das circunstâncias da prestação laboral.

Deste modo inegável a recorrência do tema, sendo certo também que o Judiciário, de maneira majoritária e histórica entende que o emprego da "pejotização" constitui uma forma de fraude a direitos trabalhistas, pois visa, simuladamente, operar modalidade de contratação de serviços de modo a ilidir com os encargos trabalhistas, previdenciários e tributários, como apontado por Francisco Neto e Bertolin (2015, p.157) e acordo com Pereira (2013, p. 7)

Na linha do apontado por Luz (2023, p. 74), até mesmo considerando a forma de tratamento da pejotização no âmbito do Judiciário, a reforma trabalhista empreendeu tentativa de instituir disposição no sentido de inviabilizar ou dificultar interpretações de que este seria um expediente fraudulento, tendo o art. 442-B da CLT, dando a entender que a natureza jurídica da relação, bastando haver formalização de contrato civil ou comercial, afastaria a possibilidade do Judiciário reconhecer a relação jurídica de tomador e prestador como empregatícia.

Tal interpretação, porém, ao se chocar contra os princípios da proteção e da primazia da realidade, não prevalece. Em verdade, o disposto no Art. 442-B estabelece apenas uma obviedade: A contratação do autônomo (autônomo de

verdade. Autônomo reconhecido pela primazia da realidade) afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3o da CLT.

Embora se opere a partir de um mesmo mecanismo geral, a "pejotização" assume facetas diversas a depender do expediente específico utilizado para fraudar a relação empregatícia.

Por exemplo, talvez a mais difundida, se aplica aos mais diversos segmentos da atividade laboral e é conhecida como "pejotização" empregatícia, na qual, de acordo com Luz (2023, p. 63), os trabalhadores se ativam como pessoas subordinadas e são instados pelo tomador a constituir pessoa jurídica para intermediar o contrato de prestação de serviços, criando-se óbice formal ao reconhecimento do vínculo de emprego.

Desta forma, na "pejotização" empregatícia cria-se uma ficção da pessoa jurídica em que a remuneração do empregado se traveste de receita, vez que o trabalhador não detém o controle das prestações de serviços, é dependente do patrão camuflado de tomador de serviço, nem dos ganhos de capital.

O fato é que nestas condições fáticas, a lei, de forma cogente, impõe o vínculo empregatício.

Claro que nem toda contratação via pessoa jurídica é fraudulenta, mas caso presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, verificando o Judiciário as provas que o prestador do serviço trabalha de forma subordinada, sem autonomia, se está diante do vínculo empregatício.

Há ainda figuras como a da "pejotização" societária, de relevância nos precedentes do STF, que surge sobretudo nas sociedades simples e ficou conhecida como meio de precarização do trabalho de profissionais liberais,

sobretudo na advocacia. O Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) em seu artigo 15, § 10º prevê a figura do advogado associado, instituto que é regulado ainda pelo Conselho Federal da Ordem no Provimento 169/2015 o definindo como sendo aquele advogado que integra uma sociedade de advogados sem, todavia, subordinação, controle de jornada e, portanto, sem vínculo empregatício.

Ocorre que tal figura do contrato de associação, assim como o sócio sem poder de gestão que consta com um percentual muito diminuto do capital social passaram a ser empregadas no intuito de mascarar verdadeiras relações empregatícias, em que de fato, há o controle de jornada, a subordinação e os outros elementos do liame empregatício.

Assim, na fraude da "pejotização" societária, de acordo com as definições de Luz (2023, p. 70) não se constitui a pessoa jurídica titularizada pelo prestador de serviços, mas de algum modo se insere alguma figura jurídica que aproxima o prestador à personalidade jurídica do tomador, tal como um contrato de associação, ou inclui-se o trabalhador formalmente numa sociedade sem qualquer característica de sócio efetivo.

Assim, para Plá Rodriguez (2000. p. 339) salienta que o princípio da primazia da realidade significa que, "em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge dos documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos",

E nesse sentido, prossegue para defender que "esse desajuste entre fatos e a forma pode ter diferentes procedências, dentre elas a que resultar de uma intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real. É o que se costuma chamar de simulação."

Além do princípio da primazia da realidade, parte relevante do tratamento dispensado à fraude da pejotização deflui de outro relevante princípio peculiar do direito do trabalho, o da irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Segundo Godinho Delgado (2017, p. 143), a indisponibilidade traduz a impossibilidade do empregado de poder, por simples manifestação de vontade, renunciar às vantagens e proteções que a ordem jurídica e o contrato asseguram empregado, sendo que o aludido autor situa nesta indisponibilidade o maior elemento equalizador da desigualdade imanente aos sujeitos da relação e emprego.

Cumpre ressaltar que há autores como Nascimento (2011, p. 136) que designam tal princípio por princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, atribuindo-se, contudo, basicamente, o mesmo conteúdo material que se atribui ao princípio da indisponibilidade, na senda do que reconhece o próprio Delgado (2017, p.143), que adota este último termo por entendê-lo mais amplo, de modo a abarcar não só o ato unilateral da renúncia, mas também, por exemplo, o ato bilateral da transação.

Américo Plá Rodriguez defende que o princípio da irrenunciabilidade dos direitos Trabalhistas está também diretamente ligado à noção de ordem pública, podendo ser considerado como forma de limitação da autonomia de vontade em nome de um interesse maior (2000, p. 144). O caráter imperativo das normas trabalhistas traduz o que o autor uruguaio designa por princípio da imperatividade das normas trabalhistas, que também tem aplicação no caso da análise da fraude da pejotização.

Tal opção de limitação da manifestação da vontade é que fornece substrato para a anulação do contrato simulado de natureza civil ou comercial no caso de "pejotização", tratando-se de importante elemento para o tratamento judicial da aludida fraude no âmbito da construção jurisprudencial e teórica empreendida pela Justiça do Trabalho.

3. O "Sistema"[10] de Precedente no Brasil e o "leading case" do Tema 725 do STF e a ADPF 324

O precedente se refere a uma situação (decisão judicial) paradigmática que serve de modelo ou referência para outras situações similares no futuro.

Não existe uma caracterização conceitual simples e objetiva para um precedente se observamos sua origem no Direito anglo-saxônico. Os precedentes, ou *stare decisis*, decorrem de um longo processo de reiteração da jurisprudência, no qual o elemento vinculante – a *ratio decidendi* – é extraído, por meio de um processo de discussão da comunidade jurídica de parte da fundamentação da decisão, sendo excluída desta fundamentação aqueles argumentos que não é imprescindível para a solução do caso – a *obiter dicta*[11].

[10] Lênio Streck (2016) objeta o uso indiscriminado da palavra "sistema" ao se referir aos precedentes do CPC de 2015, devendo se interpretar conforme a Constituição. Segundo o autor: "Nossa principal objeção ao uso performático do sistema-de-precedentes é que no Brasil, diversas vezes, sua utilização esconde o ovo da serpente. Parcela do pensamento processual civil entende que é possível resolver o problema de insegurança jurídica — que é, frise-se, um problema essencialmente qualitativo na prestação jurisdicional, conforme explicamos nos nossos Comentários ao CPC (Saraiva, 2016) — mediante a criação de instrumentos de vinculação decisória, o que faz parecer que essa doutrina ignora que a própria Constituição e a legislação que lhe é conforme vinculam efetivamente a atuação do Judiciário antes de tudo. E não o contrário."

[11] Problema complexo, de renitente e de grande dificuldade é a separação do que compõe a *ratio*, e o que é *dictum*. Daí indagar como falar em precedentes no Brasil, se a suposta *ratio* já nasce como "tese" generalizante da Corte Superior, criada *a priori* para

Nos países que fazem parte da tradição do common law, o precedente jamais é imposto por lei, num sistema de vinculação que defina previamente que é precedente e menos ainda retira sua autoridade do tipo de tribunal que o profere. A obrigatoriedade do precedente não decorre de lei e nem se provê os julgados de força normativa que contradiga a lei. O que vincula no *common law* são os argumentos de. É daí que os precedentes tiram sua força, sua autoridade, conformando a integridade em oposição a qualquer tese utilitarista de eficiência princípio (Dworkin, 2007, pp. 271 e ss.).

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma nova perspectiva para o uso de precedentes no Brasil, estipulando que os tribunais devem manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926), além de observarem os precedentes obrigatórios, incluindo decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, e acórdãos proferidos em julgamentos de recursos repetitivos (art. 927).

A adoção dos precedentes obrigatórios, segundo seus defensores, visa conferir uniformidade e segurança jurídica ao ordenamento, obrigando os tribunais a seguirem decisões prévias de casos semelhantes. Contudo, diferentemente do Common Law, no qual o sistema de precedentes é rígido e segue a lógica do *stare decisis*, no Brasil a aplicação dos precedentes é mais flexível e adaptável ao caso concreto, permitindo revisões e distinções.

---

se lançar com força vinculante (Streck, 2020(a), p.351). Para Sivolella (2021, p.55), enquanto nos EUA a tese exposta, minimalista, traz preocupação em delimitar os fatos atrelados à *ratio decidendi*, a fim de bem distanciá-la dos elementos não determinantes da decisão (*obiter dicta*), no Brasil a abordagem maximalista do Supremo acaba suscitando menor clareza em relação aos elementos periféricos do precedente. A ideia é: se há várias razões independentes a sustentarem um precedente, significa que só existe *obiter dicta*, pois nenhuma delas seria necessária para decisão.

Assim, o suposto "sistema" de precedentes judiciais foi introduzido a sistemática dos precedentes julgados em sede de repetitivos (incluída pela Lei n. 11.672/2008 para os julgamentos de competência do STJ) e dos julgados em repercussão geral (incluída pela Lei n. 11.418/2006, para os julgamentos de competência do STF).

O Código de Processo Civil de 2015 passou a estipular a sua observância obrigatória. Conforme Streck (2020, p. 54), a introdução dos precedentes no Brasil visa um equilíbrio entre segurança jurídica e justiça individual, reconhecendo que o direito não é estático e deve acompanhar as mudanças sociais. Marinoni (2018, p. 78) aponta que a função dos precedentes no Brasil é conferir racionalidade e previsibilidade às decisões judiciais, sem engessar o processo de interpretação jurídica.

Com o propósito de materializar o princípio da segurança jurídica, o CPC apresenta uma pretensa ordem entre as decisões judiciais que devem ser seguidas pelo juízo, ao emitir suas decisões, conforme dispõe o art. 927:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

> (...) § 5º - Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Parte da doutrina processual indica que tal dispositivo promoveu no Brasil a aproximação entre o nosso sistema *civil* law com o sistema do *common law.* Além disso, atribui às diversas ordens de decisões do artigo 927, do CPC, o efeito "a priori" de precedentes vinculantes. É preciso entender isso melhor.

Primeiramente, Código parece atribuir primazia às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, em virtude de seu efeito vinculante e "erga omnes", nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Assim também as Súmulas Vinculantes do STF, nos termos do Art. 103-A da carta Política de 1988.

Após, viriam as Súmulas Vinculantes do STF, e, em seguida, os acórdãos julgados em Incidente de Assunção de Competência (IACs) ou os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDRs), que devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes. Aqui também se encontram os acórdãos repetitivos em sede de Recursos Especiais e Recursos Extraordinários.

Finalmente foram colocados os enunciados das súmulas (até então meramente persuasivas) do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. O legislador escolheu situar as próprias súmulas do STF e STJ em posição hierarquicamente inferior aos julgados em incidentes de recursos repetitivos.

Consequentemente, precedente repetitivo (ou precedente de observância obrigatória) é aquele que sintetiza a decisão de um tribunal acerca um grupo de recursos que tenham teses idênticas, ou seja, que possuam fundamento em

idêntica questão de direito e que são atribuídos repercussão geral a seus julgamentos.

A adoção dos precedentes julgados em sede de recursos repetitivos objetiva concretizar os princípios da celeridade processual, isonomia e segurança jurídica, corolários de processo civil pátrio.

Ora, quando houver multiplicidade de recursos (especiais ou extraordinários) com fundamento em idêntica controvérsia, para evitar julgamentos conflitantes nos tribunais, o art. 1.036 do CPC determina que se suspenda a tramitação de todos os processos que versem sobre a matéria em todo o território nacional, sejam selecionados alguns casos que melhor representem a questão de direito que está sendo discutida e que sejam enviados tais caso ao STJ ou STF para decisão única, que deverá ser aplicada a todos os casos suspensos, nos termos de art. 1.039, CPC.

No entanto, é preciso destacar com Streck (2020(a)) que um precedente genuíno (um *stare decisis* do *common law*), não é criado com o propósito precípuo de vincular. Ele obriga contingencialmente por conta da dimensão da integridade, logo, não nasce precedente, senão, se torna precedente. Parece que no Brasil (2016), o apego ao efeito vinculante virou um fetiche.

> Já se atribuiu à súmula vinculante status superior ao da legislação e, com o CPC, estende-se essa "supremacia" à grande parcela das decisões dos tribunais superiores, ainda que historicamente haja uma confirmação de atuação, voluntarista, ativista e discricionária em boa (ou má) parte das manifestações dos tribunais superiores.
>
> (...) Ademais, no Brasil a introdução do *sistema-de-precedentes* é consectária do pensamento de que o *stare decisis* seria a solução ideal para remediar o problema do grande número de litígios do Brasil, ignorando a própria complexidade que é inerente ao *stare decisis* e seu respectivo sistema genuíno de precedentes.

Aqui é preciso, portanto, questionar se o artigo 927, do CPC realmente criou um sistema de precedentes vinculantes[12], entendidos como decisões que firmam orientações gerais, abstratas (teses) e obrigatórias para o futuro[13] (Marinoni et al., 2015, p.611).

Nem mesmo no sistema do *common law* os precedentes são para todo o futuro obrigatórios, pré-ordenando o sistema, inclusive substituindo e preterindo a lei.

Por sua vez, o artigo 489, do CPC, ao tratar dos elementos essenciais das decisões judiciais, dispõe que a decisão será considerada não fundamentada, quando trouxer em seu bojo precedentes, em duas situações:

> i) se se limitar a invocar precedente sem identificar seus fundamentos e, mais do que isso, sem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos determinados no precedente ou;
>
> ii) deixar de seguir precedente invocado pela parte sem que promova a suficiente distinção entre o paradigma julgado pelo precedente e o caso concreto analisado.

Assim, o legislador não vinculou o julgador ao teor contido no precedente vinculante, mas gerou a obrigatoriedade de dialogar sobre as razões que fundamentam o precedente, e, na análise do caso concreto, promover a distinção em relação ao julgado-paradigma (distinguishing) ou comprovar que houve a superação daquele entendimento (overruling). Em outras palavras, não há de se falar em precedente vinculante (como acontece com as súmulas vinculantes emitidas pelo Supremo Tribunal Federal) mas não há de se negar a

[12] Como pretendem, dentre outros, Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015), além de Mello (2016).
[13] Salienta-se o RE 655.265/DF (tema 509, dje. 02.05.2019), de relatoria do Ministro Luiz Fux, como introdutor do *stare decisis* no Brasil (Mitidiero, 2020, p.28).

importância dada aos julgados que consolidam o entendimento de um determinado órgão colegiado sobre o assunto.

O fato de o artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode nos induzir a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do common law o *stare decisis*.

De acordo com Streck (2016) o que o CPC de 2015, no artigo 927, faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Mas, não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC.

Na família do *common law* destacam-se nos EUA (Sivolella, 2021, p.50) os precedentes se formam a partir da *ratio decidendi*, corresponde à questão de direito ou o entendimento formado para decidir o caso.

Portanto, o que vincula: (i) não é o dispositivo da decisão (seu extrato ou súmula), mas as razões jurídicas que a fundamentam[14]; (ii) não formam uma "tese", abstrata ou genérica, mas sempre atrelada a um caso concreto[15].

[14] Saliente-se que nos EUA, os casos de exame pleno (*full consideration*) os juízes se reúnem e definem as questões jurídicas a serem tratadas e se posicionam em relação a elas. Havendo divergência, o Presidente (*Chief Justice*) ou o julgador mais antigo indicam quem redigirá a decisão. O juiz-redator deve integrar em seu voto o entendimento prevalecente, tanto em relação à solução do caso, como em relação às razões que o fundamentam. Somente se houver concordância da maioria em torno dessas últimas (*holding*) é que o julgado se converte em precedente (Mello, 2016, p.275).

[15] De novo justa é a lição de Streck e Abboud (2016): "Esse é outro risco do sistema-de-precedentes ao modo brasileiro, que parece ignorar ou antipatizar com o caso concreto em benefício do julgamento em abstrato de teses. A própria afirmativa de que tribunais superiores julgam teses merece maior reflexão e seus defensores deveriam,

Se por um lado, se constata (Mello, 2016, p.271), que no Brasil haja uma tendência a um considerável grau de generalidade dos precedentes conforme Sivolella destaca (2021, p. 54):

> Tal assertiva contudo, chama a atenção para a necessidade de um aperfeiçoamento da visão tradicional quando se trata de precedente em matéria trabalhista. Em verdade, o certo grau de generalidade na exposição da *ratio* não se confunde com a ausência de ligação do elemento com as premissas fáticas do caso concreto, mas se refere (...) mesmo nos Estados Unidos, a preocupação da definição de uma regra que se mostre aplicável não só àquele caso concreto, mas os princípios que os compõem, retirados de casos análogos.

Acresce que não só a Constituição ou a legislação em nenhum momento converteu as Cortes superiores em tribunais que produzam "teses" em abstrato, voluntarismo que amiúde se desdobra em utilitarismos funcionalistas (Streck, 2024, pp.17-19), como também tal irracionalidade é agravada pela falta de critério na composição majoritária dos acórdãos no STF, em que as decisões acabam se traduzindo, extensas e fragmentadas, numa falta de delimitação com clareza do seu conteúdo vinculante (Sivolella, 2021, p.55).

Após tais reflexões, cumpre introduzir essas proposições na seara trabalhista, já que se o que o CPC traz é um "sistema", expande-se para todos os ramos do Direito.

Observa-se, contudo, peculiaridades na formação da jurisprudência trabalhista (Sivolella, 2021, pp. 115/117), no sentido de que a grande carga fática que permeia as lides trabalhistas, oriunda da própria natureza da relação de trabalho.

---

no mínimo, dizer em que democracias os tribunais superiores se apresentam como julgadores de teses independentemente do caso concreto."

> Portanto, ainda que seja vedado a tais recursos de natureza extraordinária na Justiça do Trabalho o reexame de fatos e provas, a característica de intensa carga fática presente em seus feitos se traduz em aspecto que traz contornos específicos a essa fase recursal, já que se traduz na conclusão imediata da importância da identificação da premissa fática no precedente e sua integração ou não ao seu núcleo vinculante, para fins de análise acerca da distinção ou aderência á decisão segundo premissas fáticas do caso concreto.

O paradigma em questão versa sobre terceirização e seu campo de aplicação, após a regulamentação dada pela Lei 13.467/2017, alteradora da Lei 6.019/1974.

O Tema 725 do STF foi fixado no caso líder Recurso Extraordinário nº 958.252[16], com repercussão geral reconhecida, e decidiu sobre a terceirização em atividade-fim da empresa tomadora do serviço, firmando a seguinte tese:

> É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Na mesma oportunidade (30.08.2018), o Pleno do STF julgou a ADPF 324, firmando a seguinte tese:

> 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator

[16] O Recuso Extraordinário RE 958252/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, teve seu julgamento encerrado em 30.08.2018, e julgamento final de Embargos de Declaração em 29/11/2023.

> esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.

Resta claro que, se os referidos julgados podem ser considerados precedentes, impõe-se avaliar o seu âmbito de incidência.

Para tanto, cumpre verificar que no caso dos precedentes trabalhistas há uma necessidade inextrincável de identificar com precisão os elementos fáticos essencialmente ligados ao núcleo vinculante, à *ratio decidendi*. No dizer de Sivolella (2021, p. 253):

> No campo trabalhista, pode-se dizer que a presença de questão fática ligada diretamente ao valor constitucional debatido é inerente à sua natureza. Mesmo o parâmetro contratual dos direitos trabalhistas não se mostra como elemento diferenciado da gama principiológica dos direitos sociais dos trabalhadores, mas ambos compõem uma mesma realidade, embora delineada por diferentes aspectos.

Uma segunda consideração sobre o precedente é que no tema 725/ ADPF 324 há elementos fáticos não previstos na tese fixada, quais sejam a presença dos requisitos do vínculo empregatício. A constatação da possibilidade jurídica de contratação de empresa terceirizada na atividade-fim da tomadora não afasta o elemento fático da fraude aos direitos decorrentes do liame empregatício (Sivolella, 2021, p.57). Porém, essa questão não fez parte da *ratio decidendi* da tese vinculante[17].

O precedente utilizou em sua ratio presunções, fundamentos genéricos e princípios com relação apenas indireta aos elementos fáticos dos casos, podendo serem considerados muito mais próximos de *obiter dictum*.

[17] Sivolella (2021, p. 57) argumenta que eventual alargamento da ratio considerando os elementos desprezados poderia resultar tecnicamente inadequado em relação a métodos de distinção (nos casos em que restarem robustamente provadas a fraude e o vínculo de emprego).

A identificação dos casos sobre os quais incidem tais paradigmas, nos confrontaria com a necessidade de se encontrar a *ratio decidendi* dos precedentes, mas, desde logo é possível antecipar que se aplicam aos casos de terceirização.

Assim, importa caracterizar o que é terceirização.

No bojo da reestruturação produtiva[18] observa-se um processo de mudança no nível de desenvolvimento das forças produtivas alterando as formas de processo de produção e de trabalho, pelo incremento das novas tecnologias (telemática, informática e robótica) e pelo desenvolvimento de novas formas de organização e gestão da atividade produtiva (denominado acumulação flexível, modelo japonês, toyotismo ou pós-fordismo) que visam ampliar a competitividade com base mais na "qualidade", do que na quantidade (Druck, 1999, p.102 e ss.).

De efeito, de um lado, verifica-se um intenso processo de automação, simplificação e padronização do trabalho, agora usando as ferramentas digitais que ampliam, por meio da "datificação" o controle do trabalhador e da produção. Por outro, a absorção de um conjunto de técnicas e métodos organizacionais (*just in time, kanban*, QT, CCQ, cultura de qualidade, CEP[19]).

[18] Conjunto de mudanças nas forças produtivas como resultado do esforço de recuperação dos níveis de acumulação de capital decaídos a partir da crise da segunda metade dos anos 1970.

[19] *Just in time*: as unidades fabris e produtivas enxutas que que se voltam para a produção em nichos de consumo, com baixos estoques, porque sob demanda; *Kanban*: técnica de reposição de produtos a partir de um sistema de sinais que permite agilidade e eficiência na reposição; *CCQ*: circuitos de controle de qualidade parte das funções de comando, e controle são transferidos da gerência para os próprios trabalhadores ou para a maquinaria digital; *QT*: programa de qualidade total; *CEP*: Controle estatístico do processo.

Nesse ponto se inserem as mudanças na estrutura das empresas. As grandes unidades fabris, que embarcavam um gigantesco maquinário transitam para unidades enxutas com maquinaria de dimensões mais reduzida (mais automatizada com informática e robótica).

Isso ocorre por meio de técnicas como *downzing* e o *putting-out-system* ou ainda o *outsourcing*, com o intuito de flexibilizar as etapas da produção, permitindo que a inserção de maior especialização no processo produtivo da tomadora, incremente sua produtividade, a qualidade da produção e a competitividade[20].

Terceirização é fenômeno que surge no campo da economia no qual uma empresa transfere a outra empresa, especializada[21], parte ou uma etapa do seu processo de produção de bens ou serviços, transferindo também parte dos riscos

[20] E com isso, fragmente o processo de organização e mobilização dos trabalhadores.

[21] Para Carelli (2003, p.125), no Brasil ainda há uma distorção: ao invés de uma empresa especializada, com autonomia técnica e gerencial, verifica-se a mera intermediação de mão de obra, na qual, sem especialização e nenhuma autonomia, a empresa tomadora determina a provisão de trabalhadores, frequentemente designando o local, as funções de cada um, fornecendo os equipamentos e ferramentas, e ainda dirigindo e controlando os trabalhos. Terceirizar exige que a empresa preste serviço com capital suficiente para assumir os riscos do Para Carelli (2003, p.125), no Brasil ainda há uma distorção: ao invés de uma empresa especializada, com autonomia técnica e gerencial, verifica-se a mera intermediação de mão de obra, na qual, sem especialização e nenhuma autonomia, a empresa tomadora determina a provisão de trabalhadores, frequentemente designando o local, as funções de cada um, fornecendo os equipamentos e ferramentas, e ainda dirigindo e controlando os trabalhos. Terceirizar exige que a empresa preste serviço com capital suficiente para assumir os riscos do negócio, que tenha estrutura própria, que desloque seus empregados com material e ferramentas próprias e apresentando *know how* diferenciado no mercado concorrencial.

decorrentes de tais atividades, e liberando seu foco para seus fins principais, melhorando a eficiência[22].

Neste sentido, a subcontratação de mão de obra é um efeito, mas estes trabalhadores estarão sempre subordinados à empresa terceirizada (prestadora de serviço)[23], prestando serviço por conta alheia. "Mas o que realmente importa é que os trabalhadores se ligam efetivamente – até mesmo em termos psicológicos – à sua empregadora" (Viana, 2015, p. 56).

No trabalho por conta própria, o produto de seu trabalho pertence ao trabalhador do início ao fim do processo produtivo, o alienando apenas ao final, por meio da venda deste produto. Quando estamos falando dessa relação no plano da conexão entre duas empresas (pessoas jurídicas) temos ou o trabalho autônomo individual, ou a autonomia interempresarial do grupo econômico[24]

[22] Fosse esse o fundamento real da terceirização, a reforma trabalhista não teria sido o resultado de uma luta incontida do capital de estender a terceirização para quaisquer atividades da empresa tomadora, inclusive fim (Viana, 2015, p.55).

[23] Marcio Tulio Viana separa a terceirização "interna", quando a empresa traz trabalhadores para dentro de si para desempenhar uma atividade que não tenha mais interesse em produzir (v.g. serviços de limpeza, segurança, contabilidade ou jurídico); e "externa", quando joga para fora os trabalhadores, mas também uma ou várias etapas do seu ciclo produtivo (Viana, 2015, p. 16). É a terceirização de um serviço ou atividade interna da empresa (v.g. o que ocorre na indústria automobilística, cuja produção está cada vez mais diluída em redes e cadeias globais). De outra parte, a terceirização "interna" se aproxima do trabalho por conta alheia, já que a se apropria do trabalho dos terceirizados de modo muito parecido dos seus próprios empregados. Ela parece invocar a Súmula 331 e a Lei 6019/74, reformada pela Lei 13.467/17. Já a terceirização "externa" lembra o trabalho por conta própria, pois interessa a produção de um bem pronto, ligando-se mais á regulação do grupo econômico trabalhista, do artigo 2º, § 2º, da CLT (Viana, 2015, p. 20).

[24] São partícipes de um mesmo processo de geração de valor. Segundo Viana (2015, p. 52); "É que para a grande empresa, não é fácil sonegar direitos abertamente. (...) além das multas pode causar escândalo, arranhando sua imagem. Já a pequena empresa, a par de ser menos visível, não tem as mesmas preocupações, até porque prefere viver nas sombras. Assim, a primeira usa a segunda para extrair *mais-valia*. Em outras palavras, o que a grande não pode fazer, a pequena faz por ela: paga pouco, sonega direitos, usa

(em formas jurídicas diferentes). A "pejotização" ocorre justamente quando se intenta camuflar ilicitamente a relação de emprego com uma dessas formas jurídicas.

> O que parece absurdo é a empresa adquirir não o produto feito ou a empreitada por fazer, mas os trabalhadores de outra, e para um trabalho constante, integrado à sua estrutura, que lhe caberia – até por definição – executar. E menos ainda quando se trata de sua atividade-fim, ou seja, a razão que explica a sua própria inserção no mercado. (Viana, 2015, p. 56)

Já no trabalho por conta alheia, o produto, ao ser produzido, passa imediatamente para as mãos do empresário. Aqui, o serviço prestado pelo empregado da terceirizada se aproxima do modelo por conta alheia, na terceirização: Temos uma relação entre uma empresa tomadora e outra prestadora de um serviço especializado, de modo que se constata maior integração da atividade dos trabalhadores terceirizados nas atividades da empresa (delegadas juridicamente pela tomadora para a empresa prestadora de serviço).

Não se admite, por conseguinte, a generalização da terceirização para qualquer prestação de serviço unipessoal autônomo (como por exemplo, o realizado por profissionais liberais) ou cooperativo (coletividade autônoma). Não basta, pois, a mera formalização contratual entre duas pessoas jurídicas para caracterizar a terceirização, sendo necessário um conteúdo específico.

O tema de repercussão geral 725 a ADPF 324, portanto, devem ser observados de acordo com sua fundamentação e com a fundamentação dos casos que formaram o precedente, ou seja, casos de terceirização.

máquinas velhas e perigosas, ignora normas de prevenção de acidentes. E isso, naturalmente, barateia os contratos: gastando menos, a pequena pode cobrar da grande um preço menor pelas peças que fabrica."

ISSN 2966-0394
Artigo

4. Reclamações Constitucionais e a Pejotização

Desde a Constituição de 1891 se estabeleceu um grande conjunto de atribuições ao Poder Judiciário, revelando um verdadeiro processo de ocupação do proscênio na tarefa de construção da cidadania, através da concretização dos Direitos Fundamentais que culmina na Constituição de 1988.

No entanto, ao menos inicialmente, não havia mecanismos efetivos de poder para o STF fazer valer suas decisões, devendo valer-se da reiteração para que as instâncias inferiores adotassem tal orientação. Atualmente, o STF, ganhando paulatinamente atribuições e competências, tornou-se extremamente poderoso, especialmente após a E.C. 45/2004.

Com a Reforma Trabalhista, a falta de "autoridade" das decisões do STF (forma de articular suas posições junto aos jurisdicionados, argumentativamente calcado na legitimidade constitucional) vem exacerbando o exercício do poder pela coerção sobre os jurisdicionados e sobre a Justiça do Trabalho.

Nesse passo, as Reclamações Constitucionais têm sido um instrumento importante para garantir a observância dos precedentes no STF.

Sua origem consta da jurisprudência do STF (1952)[25], passando a ser regulamentada em seu Regimento Interno (1957)[26], que desenhou inicialmente procedimento como recurso, embora com caráter disciplinar e correcional e

[25] Mitidiero aponta como uma das primeiras referências dessa origem o aresto *Meirelhes Cintra vs. Flaury Meirelles* (STF, Pleno, Primeira Reclamação n. 141\SP. Rel. Min. Rocha Lagoa. j. 25.01.1952). In: MITIDIERO, Daniel. Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente.2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022, p. 20.

[26] De acordo com Mitidiero, inserção do capítulo V-A ao Título III, aprovada pelo Pleno do STF em 02.10.1957. Idem ibidem, p.23.

função corregedora. Posteriormente, ganha caráter jurisdicional (1984)[27], pouco importando sua qualificação como "recurso, ação ou medida processual excepcional" (DANTAS, 2000, p. 229).

Entretanto, o uso da Reclamação foi reconhecido pelo artigo 102, I, "l", da Constituição[28], e ampliado pelas Leis da ADI e ADC (9.868/99) e da DPF (9.882/99), para tutela das ações em controle concentrado, no que Mitidiero marca como primeiro passo do processo de transformação das nossas Cortes Supremas. De acordo com o dispositivo:

> "**Lei 9.868/1999 Art. 28**. (...)
>
> **Parágrafo único**. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."
>
> **"Lei 9.882/1999**
>
> **Art. 13** Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno."

Com a Reforma do Judiciário levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reclamação Constitucional passou também a ser usada para as Súmulas Vinculantes (art. 103-A, §3º, CF e Lei 11.417/06). Aqui se fixa o segundo passo no processo de transformação das reclamações constitucionais.

Com efeito, a Reclamação Constitucional surge como garantia da autoridade do julgado. O STF sempre a situou como instrumento de tutela da

[27] STF, Representação 1092/DF, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 31.10.1984.

[28] Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) I – processar e julgar, originalmente: (...) "l" – a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões".

decisão do caso. Inclusive, em 2010, o pleno decidiu que não caberia Reclamação para impugnar decisão que viola um Precedente[29].

Porém, o CPC de 2015 reverteu esse entendimento nos artigos 927, 928 e 988, autorizando a Reclamação Constitucional para os Precedentes.

A Lei 13.256/2016 tornou expressa, a contrário senso do previsto no artigo 988, § 5º, a previsão de cabimento de reclamação em Recurso Extraordinário com repercussão geral ou repetitivo, desde que esgotadas as instâncias ordinárias.

Mais recentemente, após a reforma trabalhista de novembro de 2017, o STF tem julgado uma profusão de Reclamações Constitucionais contra decisões da Justiça do Trabalho que vem validando diversas formas de contratações de trabalho, diferentes da relação de emprego, inclusive em vários casos de "pejotização". No entanto, Streck (2020, p. 132) critica o uso excessivo desse instrumento, alertando para o risco de sobrecarregar o STF e desvirtuar a função dos precedentes.

Segundo pesquisa de Olivia Pasqualeto, "Terceirização e pejotização no STF: análise das reclamações constitucionais", da FGV São Paulo, houve um aumento significativo no uso de Reclamações envolvendo, refletindo o impacto e a aplicação prática desse precedente nas instâncias inferiores.

Das quase 7 mil reclamações constitucionais analisadas, destacou-se as 889 que foram julgadas em seu mérito, em 2023, das quais 841 possuíam decisões monocráticas e 14 acórdãos.

[29] Recl. 3014/SP. Rel. Min. Ayres Brito. j. 10.03.2010.

A pesquisa demonstra um crescimento vertiginoso das reclamações constitucionais em geral desde 2019, mais especificamente um crescimento relativo das reclamações sobre "pejotização" e terceirização[30].

A análise feita pelas ferramentas de busca do site do STF entre o início até agosto de 2023, mostra que se as reclamações constitucionais em geral recebem julgamento monocrático entre 10 e 30 dias, as que versam sobre "pejotização" e terceirização são julgadas em média em um único dia!

As 841 decisões monocráticas que tratam dessa validação das novas formas contratuais (terceirização, responsabilidade subsidiária da Administração, "pejotização", transportador autônomo, advogado sócio etc.) negando o empregatício, usam como parâmetro os mesmos precedentes[31].

Mesmo que o STF se valha de outros parâmetros[32] para esses casos (por exemplo, ADC 16, ADC 48, Súmula Vinculante 10, ADI 3961 e 5625) o que se evidencia é que em todas as decisões monocráticas, as reclamações usaram como paradigma a ADPF 324 e o Tema 725 (RE 958252).

---

[30] "A partir de 2018 até 2020, observamos um segundo pico (que chega a 14,07%), o que pode ser decorrência da própria Reforma Trabalhista (que ampliou as possibilidades de terceirização também para a atividade principal da contratante), do julgamento da ADPF 324 e do Tema 725 de repercussão geral (que tratam da licitude de terceirização na atividade-fim) e da entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2015." (PASQUALETO, BARBOSA e FIOROTO, 2023, p.6).

[31] As partes ingressam em juízo para discutir outros assuntos, mas o STF insiste em usar o mesmo parâmetro. Idem ibidem, p.10.

[32] A ADC 16 trata da responsabilidade subsidiária da Administração Pública no caso de terceirização de serviços a depender de prova da culpa in vigilando e do descumprimento do dever de fiscalização. A ADC 48 versa sobre o transporte autônomo de carga (Lei 11.442/2007) envolviam uma discussão a respeito da aplicação do precedente da, na qual o STF reconheceu ser competência da Justiça Comum (e não da Justiça do Trabalho) a resolução de litígios relacionados a contratos de transportadores autônomos de carga.

De acordo com a pesquisa da FGV (Pasqualeto et al., 2023, p. 14): Em relação a autônomos (excluindo advogados e transportadores de carga), observamos que 54% das decisões não reconheceram a existência de vínculo empregatício, enquanto 44% negaram seguimento por motivos formais de ausência de aderência.

Quanto a causas versando especificamente sobre "pejotização" [33], em 21% foi permitida (26% foram de casos de terceirização permitida), enquanto 52% foram negados o seguimento por motivos formais (dos quais 26% por falta de aderência[34], 13% por trânsito em julgado anterior ao paradigma e 14% por negativa de sucedâneo recursal).

A pesquisa conclui que a discussão central se dá em torno do requisito da aderência, sendo esse o elemento em que há divergências, a exemplo do que ocorre nos casos de "pejotização".

Com base no mesmo paradigma da ADPF 324, há duas análises muito distintas: Por um lado se considera praticamente a "pejotização" como uma espécie ou forma de terceirização. Se o trabalho do profissional autônomo, contratado por meio de pessoa jurídica se inserem nos objetivos finais do tomador (como no caso de um médico e um hospital), então estar-se-ia diante de uma terceirização.

[33] Idem, ibidem, p. 15.

[34] em 38% de todos os casos analisados foi negado seguimento por falta de aderência estrita. Destacam-se aqui os votos do Min. Edson Fachin, que, principalmente nos casos de "pejotização", se levou em consideração como parâmetros os casos sobre terceirização e não "pejotização" propriamente dita. Posteriormente ao final da pesquisa (agosto de 2023), o min. Fachin muda seu posicionamento, para, ressalvando seu entendimento, acompanhar a maioria.

De outro lado, as decisões caminham para a distinção entre os casos de "pejotização" e os precedentes, eis que se constata a ausência de similitude entre a matéria nele debatida e aquela objeto do paradigma invocado. A decisão de reconhecimento do vínculo não se dá com fundamento na ilegalidade da terceirização da atividade fim, mas pela comprovação da constituição de pessoa jurídica como o escopo de fraudar a legislação trabalhista.

Em sentido semelhante, aponta a pesquisa feita pelo Núcleo de Trabalho além do Direito do Trabalho (NTADT) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, (Feliciano, 2023, *passim*), na Nota Técnica nº 03/2023, que analisou 300 reclamações constitucionais, estudando a competência da Justiça do Trabalho para reconhecendo os elementos da fraude, art. 9º da CLT, declarar vínculo empregatício, *ex vi* do art. 114 da Constituição.

De acordo com a pesquisa, além da ADPF 324 e do tema 725, a decisão da ADC 48[35] tem sido observado como paradigma principal[36] em julgados com o tema relativo à existência de vínculo empregatício em várias categorias de trabalhadores, para além dos abrangidos pela Lei 11.442/2007 (transportador autônomo de cargas).

[35] Que firmou a seguinte tese: "1 - A Lei nº 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 - O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei nº 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 - Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista", nos termos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, em sessão do Pleno encerrada em 14.4.2020.

[36] FELICIANO et al. 2023, p. 110.

A Nota Técnica 03/23 destaca que o fundamento da decisão da Reclamação 56499/RJ, paradigma utilizado em outros julgados, afasta a aplicação do Princípio da Primazia da Realidade, em violação ao texto constitucional. Tal Princípio, no entanto, baliza o Direito do Trabalho e a verificação da ocorrência do vínculo de emprego ou de fraude (art. 9º. da CLT), orientando a coleta análise de fatos e provas, encaminhando para a Justiça do Trabalho a competência para sua apreciação[37].

Além disso, observa-se nos casos que falta requisito de estrita aderência do caso ao precedente, necessário à admissão da reclamação constitucional, especialmente em processos em que se discute o reconhecimento de vínculo empregatício pela aplicação do artigo 3º da CLT, bem como a ocorrência de fraude, nos termos do art. 9º. da CLT[38].

A pesquisa corrobora o entendimento de que nos casos de "pejotização" é necessária a verificação de fatos e provas para o enquadramento jurídico dos trabalhadores aos julgados paradigmas. A inextrincável vocação de atrelamento ao plano da realidade fática, que caracteriza o ramo juslaboral (materializado no Princípio da Primazia da Realidade) se constitui em óbice intransponível à admissibilidade de Reclamação Constitucional, a teor da Súmula 279 do STF.

A pesquisa da USP conclui que o afastamento da competência da Justiça do Trabalho para apreciar litígios decorrentes da relação de trabalho e de fraude tem consequências na precarização do meio ambiente de trabalho, fomentando o aumento de casos de condições análogas a de escravo e trabalho infantil, acarretando lesão à dignidade da pessoa trabalhadora[39].

[37] Idem. Ibidem, p. 121.
[38] Idem. Ibidem, pp. 122 e 130.
[39] Idem. Ibidem, p.146.

Além disso, a reclamação constitucional não deve ser usada como sucedâneo recursal ou atalho processual para postular diretamente no STF a observância de precedente, por não ser substitutivo de recurso ou ação rescisória (Sivolella, 2021, p. 199).

Independente da natureza jurídica da reclamação constitucional, é inviável o reexame de fatos e provas, pelo caráter extraordinário que a reveste (Sivolella, 2021, p. 200). Na mesma esteira, é inadmissível reclamação se a decisão reclamada já transitou em jugado ou se, para garantir a observância de Recurso Extraordinário com repercussão geral ou repetitivo, não estiverem esgotadas todas as instâncias ordinárias (Art. 988, § 5º, CPC).

Tais requisitos que parecem óbvios, apresentam-se como um desafio nas reclamações constitucionais em matéria trabalhista, analisada nas pesquisas.

5. As Técnicas da Superação (Overruling) e Distinção (Distinguishing)

Considera-se como superação ou overruling a mudança de entendimento de um tribunal acerca de tema jurídico anteriormente pacificado. Essa mudança jurisprudencial se dá (i) por alteração no ordenamento jurídico ou (ii) por evolução fática histórica. Quando o Tribunal profere decisão que não aplica a jurisprudência da Corte, porque o caso em julgamento apresenta particularidades que não se amoldam adequadamente à jurisprudência consolidada, ocorre a distinção ou o distinguishing.

Tanto o "overruling", quanto o "distinguishing" são técnicas retiradas da tradição do *Common Law*, cujo sistema do precedente tem a riqueza assentada na fundamentação das decisões que sempre estão atreladas a um caso.

Impõe-se à argumentação o papel de aproximar ou afastar as razões contidas na fundamentação (*ratio decidendi*) desse caso (*leading case*) com relação a todos os outros que se pretenda alinhar ao precedente (*stare decisis*). Em outras palavras (Streck e Abboud, 2014, p. 70):

> Ocorre que a riqueza do precedente no common law é justamente a problematização que permite a investigação histórica de sua ratio decidendi em relação ao caso a ser solucionado (DNA institucional e jurídico). Desse modo, se fosse possível transformar em enunciado assertórico a ratio decidendi das decisões por meio de súmulas, qual seria, então, a função do precedente? O precedente é trabalhado no common law justamente porque não é possível prescrutar sobre a ratio decidendi sem confrontá-la com a decisão judicial (precedente) em relação ao caso concreto a ser decidido. Ou seja, da mesma forma que a súmula vinculante não pode entificar o sentido interpretativo da lei para suas hipóteses de aplicação, ela também não pode pretender abstratamente indicar a ratio decidendi a ser utilizada para solução dos casos futuros.

No caso do precedente fixado no tema 725 e ADPF 324 revela-se caso de clara superação da jurisprudência, ensejada pela reforma trabalhista contida na Lei 13.467/2017. Porém, o overruling aparece tanto na mudança de postura do STF em relação à tradicional autocontenção da corte diante da matéria, nesse sentido validando e respeitando a competência especializada da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, o STF vem aplicando nessa profusão de Reclamações a técnica do overruling, contrariando os precedentes do ramo do Judiciário especializado – a Justiça do Trabalho – antes respeitada e convalidada pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, na esteira da doutrina do *stare decisis*, a pretendida superação praticada pelo STF no precedente do tema 725/ ADPF 324 bem como

nas reclamações que os utilizam como paradigma, não têm apresentado suficiente cumprimento do ônus argumentativo para o afastamento dos precedentes anteriores, na fundamentação de seus respectivos julgados, violando a regra do artigo 489, do CPC.

O STF não tem se desincumbido do seu dever, ao superar os precedentes da especializada trabalhista, de pagar o pedágio argumentativo, que será tanto maior, quanto maior a força do precedente (se reiteração de julgado de Turma, Pleno ou Súmula de Tribunais Regionais ou do Tribunal Superior do Trabalho)[40].

Com efeito, em termos processuais o descumprimento desse ônus invalidaria por nulidade da decisão (art. 489, CPC) a pretensa tese superadora contida no tema 725/ ADPF 324 especialmente nos casos de terceirização ilícita em virtude de constatação cabal do vínculo empregatício, quando então a matéria fática haveria de conduzir a formação da *ratio decidendi*.

Em outros termos, sem a argumentação que dialogue com as razões desta ampla e longa tradição jurídica laboral (seja do STF, seja da Justiça do Trabalho), a pretensa superação esvazia-se de autoridade legítima, podendo ser ignorado, pois a uniformidade estabilizadora e a consequente vinculação só possuem valor se o julgado respeitar a racionalidade do sistema (integridade e coerência), e, enquanto precedente, se respeitar a lógica de cada ramo ou setor do Direito (no caso, a tradição da área trabalhista).

[40] Note-se que em várias decisões das Reclamações pesquisadas, verifica-se o discurso de que a Justiça do Trabalho desrespeita a autoridade dos precedentes do STF. Trata-se de uma inversão. Em verdade ocorre justamente o oposto: foi o STF no seu precedente que promoveu um overruling sem respeitar a tradição da jurisprudência trabalhista, e, especificamente, o resultado de sua jurisdição quando declara o vínculo empregatício fundado em cognição exauriente.

Já a técnica do distinguishing é o resultado da operação lógica de promover a distinção entre um caso concreto e o caso que originou o precedente, impedindo a subordinação ao seu julgado. Por isso, antes de se aplicar um precedente deve-se verificar se há, ou não, pontos divergentes no cotejo entre ambos os casos. Constatada a distinção, não se aplica o precedente por falta de aderência estrita.

Sobre o tema, Didier (2016, p. 206) aduz que a distinção:

> (...) consiste em uma técnica de confronto do suporte fático precedente com o da demanda a ser julgada, cujo resultado poderá: a) conduzir à aplicação do precedente no caso concreto, se as eventuais dissemelhanças entre os casos confrontados não forem consideradas relevantes o suficiente para o afastamento daquele, ou; b) impedir a aplicação do precedente, acaso as divergências fáticas entre os elementos contrastados apresentem grau de importância capaz de afastar a incidência daquele. Por distinguishing, se entende não apenas o método de confronto entre o precedente e o caso concreto, como, também, o resultado desse confronto, quando constada diferença entre os elementos comparados.

Assim, é possível afastar a aplicação do precedente. Constatando a ausência de similaridade entre os casos, não há subsunção, o que autoriza o juiz a recusar o uso do precedente.

> (...) identificar aquilo que adquire força de precedente a partir da decisão judicial é apenas uma parte do problema. A partir daí é preciso saber como trabalhar com os precedentes. É preciso compreender a 'dinâmica dos precedentes". Em primeiro lugar, é preciso saber se um precedente é aplicável para a solução de uma questão e quando não o é. Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente –se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente,

> recusando-lhe a aplicação é o caso de realizar uma distinção (distinguishing). (MARINONI et ali, 2015, p. 615).

No caso da distinção, não se está contrariando a obrigatoriedade da observância dos precedentes, mas é o contrário disso. A distinção é uma técnica que pressupõe o precedente, obrigando o julgador demonstrar argumentativamente que o caso em análise está fora do âmbito de aplicação do precedente.

Lembremos que também para o distinguishing, não basta ao magistrado mencionar ou apontar fatos distintos. Pelo disposto no artigo 93, IX, da Constituição da República brasileira, bem como do parágrafo primeiro do artigo 489, do Código Processual Civil, é imprescindível que sejam apresentados argumentos razoáveis, adequados e necessários, a fim de demonstrar que se trata de uma distinção objetiva, que impede a aplicabilidade do precedente.

Portanto, a intensa carga fática presente nos feitos trabalhistas parece ter sido descurada nas reclamações constitucionais que tratam da pejotização com base no tema 725 e ADPF 324. Não se identifica com a clareza necessária a premissa fática no precedente e sua integração à sua *ratio decidendi* ou seu núcleo vinculante, mas à toda evidência as premissas fixadas na tese e na ADPF paradigmas em nada se aplicam nos diversos casos de "pejotização", que tratam de hipóteses jurídicas completamente diferentes.

São, por isso, para fins de análise acerca da distinção, casos em que se verifica total ausência de aderência à decisão segundo premissas fáticas do caso concreto. As peculiaridades do caso concreto deverão ser, inclusive, alegadas pelo magistrado, como em uma espécie de limitação (distinguishing)

ao precedente, o que significa que se está a cumprir a norma contida no artigo 927, do CPC.

6. Considerações Finais

É inegável que o Código de Processo Civil de 2015 confere força e prevalência à sistemática dos precedentes, em especial aos recursos extraordinários repetitivos, do Supremo Tribunal Federal e sua preocupação com a segurança jurídica.

Porém, sobretudo após a prática das Cortes de vértice – e o especial exemplo das reclamações constitucionais calcados no Tema 725, do STF, em casos de pejotização - traz à tona a discussão sobre o que verdadeiramente pode ser considerado um precedente.

A atividade de aplicação do precedente é reconstrutiva, ou seja, não se está meramente replicando premissas normativas, mas reconstruindo dialogicamente a força argumentativa da *ratio decidendi* a ser utilizada na justificação do caso a ser julgado (Streck, 2024, p. 115). A rigor, de acordo com o *common law*, quem faz o precedente são os Tribunais subsequentes, que escolhem – contingencialmente, diante de um caso - aplicar a *ratio* de uma decisão proferida em caso pretérito.

Fica difícil, pois, com teses abstratas, ao alvedrio do que entendem as Cortes superiores, com pouca ou nenhuma consideração pela coerência e integridade do Direito e da jurisprudência, que se pretendem impor imperativamente, justificar a segurança jurídica. Todos concordam com a segurança jurídica, mas também com o fato de que ela será mais bem garantida, no nosso sistema do *civil law*, com as leis, por piores que sejam.

Ademais, torna-se cada vez mais nítida uma preocupação quantitativa dessas Cortes superiores, de gestão de números – o que é legítimo –, mas isso não significa descurar da qualidade, da análise detida dos fundamentos do processo, no juízo de conformação dos arestos paradigma (precedente). É preciso restabelecer a imperatividade sim, mas do ônus argumentativo nas fundamentações dos julgados, a buscar coerência e integridade do sistema jurídico.

O desafio do sistema brasileiro reside em equilibrar a necessidade de estabilidade jurisprudencial com a flexibilidade para adaptar-se às especificidades dos casos concretos, preservando o dinamismo do Direito. O estudo das reclamações constitucionais, envolvendo o Tema 725 e a ADPF 324, evidencia tanto a relevância dos precedentes – como instituto emprestado do *common law*, quanto a necessidade de uma gestão criteriosa para evitar a sobrecarga do STF.

No entanto, a julgar o aumento, em proporção geométrica do número de reclamações constitucionais em geral e as que discutem os precedentes sobre terceirização, em particular, parece que entramos no pior dos mundos: ampliamos a sobrecarga do Supremo e vulneramos a segurança jurídica e a integridade do sistema.

No caso, o tanto no Tema 725, quanto na ADPF 324, a técnica da distinção é relevantíssima, e deve ser trazida para os casos de "pejotização", para afastar a incidência dos precedentes, por clara inadequação, consideradas as peculiaridades de suporte fático da controvérsia.

Parece que o STF, em muitas dessas reclamações, abdicando da tarefa de ponderar, tem escolhido alguns princípios ou dispositivos para desprezar completamente outros princípios e sobretudo Direitos Fundamentais.

Nesse passo, se verifica um afastamento do STF, e, por vezes, uma insubordinação à Constituição, esvaziando perigosamente sua autoridade legítima. Resta, então à comunidade jurídica defender mais fortemente a Constituição e o modelo do Estado Democrático de Direito no qual está inscrita, e, efetivando o juramento que todos fizeram, reafirmar a coerência e integridade da jurisdição da Justiça do Trabalho, não como um ato de rebeldia às Cortes superiores, mas de lealdade constitucional.

7. Referências

BRANDÃO, Claudio. Precedentes e Jurisprudência: o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora RT, 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ag-AIRR: 1002009-66.2017.5.02.0057, Relator Min. Hugo Carlos Scheuermann, 1a Turma Data de Julgamento: 23/08/2023, 1ª Turma, Data de Publicação: 25/08/2023 disponível em https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2021&numProcInt=47870&dtaPublicacaoStr=25/08/2023%2007:00:00&nia=8171468. Acesso em 04 ago. de 2024.

CALCINI, Ricardo; DE MORAES, Leandro Bocchi. STF x JT: vínculos de empregos na reclamação constitucional. Revista Consultor Jurídico, 26 out. 2023. Seção Área Trabalhista. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-out-26/pratica-trabalhista-stf-jt-vinculos-empregos-reclamacao-constitucional/ Acesso em 09 jul. de 2024.

_____. STF e pejotização: qual será o futuro do Direito do Trabalho? Revista Consultor Jurídico, 28 mar. 2024. Seção Área Trabalhista. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mar-28/stf-e-a-pejotizacao-qual-sera-o-futuro-do-direito-do-trabalho/ . Acesso em 10 jul. de 2024.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho - 5. ed. - São Paulo: LTr, 2017. Edição do Kindle.

_____. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: Editora Juspodivum, 2016.

DRUCK, Maria da Graça. Terceirização: (des)fordizando a fábrica: um estudo do complexo petroquímico. São Paulo; Boitempo, 1999.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. ARIANO, Silvana Abramo Margherito. Nota Técnica relativa ao Convênio NTADT – ANAMATRA, N.º 3/2023.

FRANCISCO NETO, José Francisco S.; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Direito do Trabalho no Brasil de 1930 a 1946. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

LUZ, Nicholas Moura da. A "pejotização" como instrumento de precarização das relações de emprego. São Paulo: Dialética, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Editora RT, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHARDT, Sérgio Cruz. Novo Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. Vol. 2.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n.3, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes Judiciais: Direito Jurisprudencial e Uniformização de Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2000.

PASQUALETO, Olivia. A eficácia dos Precedentes do STF nas Reclamações Constitucionais. São Paulo: FGV, 2021.

PEREIRA, Leone. Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, João Francisco da. A pejotização e a jurisprudência dos tribunais. São Paulo: Mizuno, 2024.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. As Premissas Fáticas e o Precedente Trabalhista: Da razão eclética ao virtual law, a concretude objetiva segundo a teoria do fato constitucional. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2021.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. São Paulo: Editora RT, 2020.

_____. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020(a).

_____. Precedentes Judiciais e Hermenêutica. 5ª ed., São Paulo: JusPodivm, 2024.

STRECK, Lênio Luiz. ABBOUD, Georges. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC? Consultor Jurídico, coluna senso incomum de 18 de agosto de 2016.

https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc/. Acesso em 18.09.2024.

VIANA, Márcio Túlio. Para Entender a Terceirização. São Paulo: LTr, 2015

Sobre o autor:

Professor Associado de Direito do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Membro permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito do Trabalho (PUC-SP). Doutor em Filosofia (UFRJ). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado (PUC-RJ). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (PUC-RJ). Advogado. e-mail: professorivangarcia@gmail.com.

Como citar este artigo:
ABNT
GARCIA, Ivan Simões. As Reclamações Constitucionais no Precedente 725 do Supremo Tribunal Federal. **Labuta**, v. 1, n. 2, p. 153-193, jul./dez. 2024.
APA
Garcia, I. S. (2024). As Reclamações Constitucionais no Precedente 725 do Supremo Tribunal Federal. Labuta, 1(2), 153-193.