

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): A irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, importa esclarecer que a inviabilidade da reclamação com fundamento no não esgotamento das instâncias ordinárias apontada na decisão agravada se deu unicamente no ponto em que alegada ofensa à decisão do RE 958252, paradigma do Tema 275 da sistemática da repercussão geral, sendo conhecida e apreciada a questão de fundo relativamente à suposta ofensa à decisão de controle concentrado invocada.

Tal inadmissão fundamenta-se no entendimento, de há muito sedimentado nesta Turma, segundo o qual se revela incabível a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida - como é o caso dos autos, no qual se alega que o ato reclamado teria ofendida à decisão do RE 958.252 - quando não apreciados todos os instrumentos recursais nas instâncias ordinárias, de maneira que se possibilite a aplicação do entendimento fixado pela sistemática da repercussão geral. Confirmam-se:

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CPC/2015, ART. 988, § 5º, II. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. 1. Em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. **O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo o íter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.** 2. Agravo regimental não provido.” (Rcl 24686 ED-AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25-10-2016, PUBLIC 11-04-2017; grifei)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. TEMA 671. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO

DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RECLAMAÇÃO INVIÁVEL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O esgotamento das instâncias ordinárias, previsto no art. 988, § 5º, II, do CPC, exige a impossibilidade de reforma da decisão reclamada por nenhum tribunal, inclusive por tribunal superior. 2. **É manifesta a inadmissibilidade da reclamação por ofensa a tema de repercussão geral quando sequer houve interposição de recurso extraordinário na origem.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl 43813 AgR, De minha relatoria, Segunda Turma, 10.9.2021)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DE APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL NA ORIGEM. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS: INOCORRÊNCIA. 1. Conforme previsto no art. 988, § 5º, inc. II, do Código de Processo Civil, a admissibilidade da reclamação, cujo objetivo é a observância de acórdão submetido à sistemática da repercussão geral, está condicionada ao esgotamento prévio das instâncias ordinárias. 2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado, no que concerne ao requisito de esgotamento das instâncias ordinárias, quanto à necessidade de se percorrer todo o caminho processual antes do acesso à Suprema Corte. **Caso a decisão reclamada revele possibilidade de reforma por meio de recurso a algum tribunal, inclusive superior, o acesso, pela via estreita da reclamação, é obstado.** 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (Rcl 53778 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 18-10-2022, PUBLIC 07-11-2022; grifei)

“Agravo regimental em reclamação. 2. Alegado descumprimento de decisão proferida por esta Corte (tema 1011 da sistemática da repercussão geral). 3. Não esgotamento das instâncias ordinárias. 4. Reclamação como sucedâneo recursal. Inadmissibilidade.” (Rcl 53182 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27-06-2022, PUBLIC 24-08-2022)

“EMENTA AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. 1. É exigível o esgotamento das instâncias

ordinárias quando se alega, em reclamação, descumprimento de tese firmada em julgamento de recurso extraordinário paradigma de repercussão geral (CPC, art. 988, § 5º, II). 2. Agravo interno desprovido.” (Rcl 59012 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 03-07-2023, PUBLIC 21-08-2023)

“EMENTA Agravo regimental em reclamação. Tema nº 360 da Repercussão Geral. Ausência de esgotamento de instância. Artigo 988, § 5º, inciso II, do CPC. Agravo regimental não provido. 1. A parte agravante não logrou demonstrar, no ajuizamento da reclamação, o esgotamento dos meios recursais para questionar a decisão reclamada. 2. Agravo regimental não provido.” (Rcl 60919 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 08-11-2023, PUBLIC 06-12-2023)

A medida visa evitar o uso da reclamação como substitutivo do recurso próprio, possibilitando à parte, por via transversa, alcançar o pronunciamento desta Corte, mediante a reclamação, quando esse pronunciamento ainda estaria disponível à parte pela via recursal.

Como consignado na decisão agravada e pela parte agravante neste recurso o processo de origem encontra-se em regular tramitação no Tribunal Superior do Trabalho, não tendo ocorrido sequer o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, quadro que revela o não esgotamento das instâncias ordinárias bem como a inviabilidade da pretensão reclamatória, ante a ausência de atendimento da norma do art. 988, § 5º, II, do CPC.

Prossigo no exame do agravo, no que apontada a viabilidade da reclamação com base em suposta ofensa à decisão da APDF 324, para a qual não se aplica o óbice do esgotamento das instâncias ordinárias.

Não vislumbro a necessária aderência estrita entre o matéria objeto de debate na decisão reclamada e o que decidido por esta Corte no paradigma, além de ter por inadmissível, em sede de reclamação constitucional, o revolvimento da moldura fática fixada pelas instâncias de origem.

Extrai-se do acórdão reclamado que o Agravo no Agravo de Instrumento no Recurso de Revista foi desprovido dada a inviabilidade do revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Confira-se: (eDOC 34, p. 9-12):

“RELAÇÃO DE EMPREGO - CONFIGURAÇÃO.

Por meio de seu arrazoado, defende o réu a inexistência de relação de emprego. Aduziu, em sede de recurso de revista, que “o recorrido era prestador de serviços durante a relação jurídica havida com a recorrente, sua empresa médica possuía pacientes pessoas físicas e jurídicas, assim como continuou prestando serviços na mesma modalidade após deixar de prestar serviços para a recorrente”.

Razão não lhe assiste.

A finalidade precípua desta Corte Superior, na uniformização de teses jurídicas, não autoriza a revisão do conjunto fático-probatório já analisado pelo Tribunal Regional, na esteira do entendimento consolidado pela Súmula 126/TST.

Quanto ao tema em questão, registrou o Tribunal Regional:

“[...]”

De início, impende-se destacar que, nesta Especializada, o contrato de trabalho é marcado pela primazia da realidade, de modo que se deve analisar, em cada caso concreto, se estão presentes os requisitos para o reconhecimento de vínculo empregatício.

(...)

O ônus da prova da existência da relação empregatícia compete a quem se diz empregado, invertendo-se esta incumbência quando a empresa admite a prestação de serviços de outra forma que não a empregatícia.

E, no caso dos autos, tendo o reclamado negado o vínculo empregatício, mas admita a prestação de serviços, recaiu sobre si ônus de demonstrar a ausência dos requisitos (artigos 2º e 3º, da CLT), nos termos do art. 818 da CLT c/c art. 373, II, do CPC, encargo do qual, a meu ver, não se desincumbiu a contento.

Pois, tenho que a configuração do vínculo empregatício emerge dos autos, mediante a verificação dos argumentos das partes e o cotejo das provas existentes nos fólios, inclusive do teor da prova testemunhal produzida, como bem salientado pelo Juízo de primeiro grau. E, examinando o conjunto probatório dos autos, entendo, assim como o Magistrado sentenciante, que desse encargo a reclamada não se desvencilhou satisfatoriamente.

(...)

O reclamado não se desvinculou, portanto, do encargo que lhe competia.

Com efeito, a prova oral produzida confirmou, com firmeza, o labor desenvolvido pelo autor em benefício do reclamado, assim como a presença dos requisitos da habitualidade, pessoalidade, onerosidade e subordinação, caracterizadores da relação empregatícia.

Restou demonstrado que o reclamante exercia função elevada dentro da hierarquia da empresa, não recebendo, por óbvio, supervisão de outro, senão do próprio presidente da empresa. Não merece guarida a tentativa da reclamada em descaracterizar o elemento subordinação.

Verifica-se, pois, a existência de prova da efetiva prestação de serviços "celetista" pelo reclamante ao reclamado no período alegado. Pois, restou suficientemente comprovado que a relação jurídica havida entre os litigantes era de emprego, visto que presente os elementos essenciais para a caracterização do vínculo empregatício.

(...)

As alegações recursais da parte, no sentido de estarem ausentes os requisitos para a configuração da relação de emprego, contrariam frontalmente o quadro fático delineado no acórdão regional, segundo o qual "restou suficientemente comprovado que a relação jurídica havida entre os litigantes era de emprego, visto que presente os elementos essenciais para a caracterização do vínculo empregatício".

Logo, não tenho por adequada a via eleita para a cassação do ato reclamado, porquanto o quadro atrai a incidência da jurisprudência sedimentada desta Corte segundo a qual é inviável a reclamação cujo conhecimento dependa do reexame do conjunto fático-probatório a que chegaram as instâncias ordinárias. Nesse sentido:

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL E TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADC 16. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É inviável a reclamação cujo

conhecimento dependa do reexame do conjunto fático-probatório a que chegaram as instâncias ordinárias. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl 28203 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 12.3.2020)

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

Também não vislumbro a necessária aderência estrita, pressuposto necessário ao processamento da reclamação, uma vez a discussão realizada na instância de origem fixou-se na ilicitude da contratação dada a presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego, com fundamento nos arts. 2º e 3º da CLT, nada sendo discutido acerca da possibilidade ou não da contratação do serviço em face da livre estruturação da atividade produtiva decorrente do princípio constitucional da livre iniciativa, ao passo que no paradigma invocado esta Corte reconheceu a inconstitucionalidade do critério de distinção entre atividade-meio e atividade-fim para fins de definição da licitude ou ilicitude da terceirização, afastando a incidência da interpretação conferida pelo TST à Súmula 331 daquele Tribunal.

Logo, não contemplo na decisão reclamada a existência da identidade material entre o que decidido na origem e aquilo que foi objeto de debate na ADPF 324.

Por tudo, deixo de acolher os fundamentos que embasam o presente recurso e, ante o não esgotamento das instâncias ordinárias, a inviabilidade da modificação da moldura fática delimita na origem e a ausência de aderência estrita entre o ato reclamado e o paradigma de controle concentrado invocado, mantenho a decisão agravada por seus

próprios fundamentos.

Voto para que o agravo regimental seja desprovido.

É o voto.