

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 100.333 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
AGTE.(S)	: REMENSON BERNARDINO MELO
ADV.(A/S)	: IAN LIBARDI PEREIRA
AGDO.(A/S)	: VISIO SERVICOS MEDICOS LTDA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: CHRISTIANE CHAUL DE LIMA BARBOSA
INTDO.(A/S)	: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

V O T O

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Agravo Interno interposto em face de decisão que julgou procedente o pedido para cassar a decisão reclamada (Processo 1001219-66.2021.5.02.0017) e determinar que outra seja proferida com a observância dos parâmetros estabelecidos por esta CORTE nos julgamentos da ADPF 324, da ADC 48, da ADI 3.961, da ADI 5.625, bem como do Tema 725 da Repercussão Geral.

Inicialmente, DEFIRO a gratuidade de justiça, pois não há elementos que possam afastar a presunção de insuficiência de recursos de que trata o parágrafo 3º do art. 99 do CPC

Rejeito a alegação de nulidade da decisão agravada por suposto cerceamento de defesa, ante a ausência de citação da parte beneficiária.

Cumpra esclarecer que, conforme o princípio "*pas de nulité sans grief*", é necessária a demonstração de efetivo prejuízo advindo das nulidades suscitadas (RMS 28.490 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Pleno, DJe de 24/08/2017), o que, todavia, não ocorreu no caso em exame.

As razões que poderiam ter sido deduzidas na contestação, a fim de influir no julgamento da Reclamação, foram devidamente apresentadas no presente recurso de Agravo. Assim, não se constata qualquer prejuízo à defesa da parte agravante, passível de caracterizar a aventada nulidade processual.

Da mesma forma, reitero haver estrita aderência entre o ato impugnado e os paradigmas invocados, o que será detidamente analisado

nos fundamentos de mérito.

Ultrapassadas as preliminares processuais, os argumentos trazidos pela parte recorrente não são suficientes para alterar a decisão agravada.

Como tive oportunidade de enfatizar, entre os parâmetros de confronto invocados, estão os definidos nos julgamentos da ADPF 324, Rel. Min. ROBERTO BARROSO; da ADC 48, Rel. Min. ROBERTO BARROSO; das ADIs 3.961, Rel. Min. ROBERTO BARROS, e 5.625, Rel. Min. EDSON FACHIN, Redator p/ Acórdão Min. NUNES MARQUES; do Tema 725-RG, RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX; e do Tema 932-RG, RE 825.040, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES.

O Juízo reclamado, cujo entendimento foi posteriormente mantido pelo TRT-2, reconheceu o vínculo empregatício em face da aplicação do princípio da primazia da realidade, em desprestígio ao contrato civil formalizado entre as partes, sob os seguintes fundamentos:

“A parte autora alega que em agosto de 2019 fora contratada pela Humanitar para prestar serviços para a primeira reclamada como pessoa jurídica, na função de médico, e que em dezembro de 2019 passou a laborar como autônomo, porém era terceirizado pela segunda reclamada em favor da contratante primeira ré, de forma subordinada, onerosa recebendo salário mensal e habitual, pleiteando o reconhecimento do vínculo de emprego e anotação de sua CTPS.

[...]

As reclamadas que compõe o grupo econômico argumentam que houve relação de trabalho entre as partes de natureza civil, não negando, portanto, a prestação de serviços, cingindo-se a impugnar a relação de emprego alegada pelo demandante.

Admitida a prestação de serviços pelas reclamadas, ainda que sem os requisitos do artigo 3º da CLT, esta atraiu para si o ônus de comprovar que o reclamante não era seu empregado,

porquanto o princípio da continuidade faz presumir o vínculo empregatício. Exegese da Súmula 212 do TST e artigo 818, II, da CLT.

Contudo, da análise do conjunto probatório, nota-se que desse mister não conseguiram elas se desincumbir. Senão vejamos.

É incontroverso que a segunda, terceira e quarta reclamadas intermediavam mão-de-obra para a primeira reclamada, conforme informado por elas e dos diversos contratos de prestação de serviços juntados aos autos. A fim de corroborar a alegada autonomia do trabalho do autor, não juntam qualquer contrato firmado entre elas. Como prova, restringem-se na juntada de cópias de conversas via WhatsApp.

Da análise do conteúdo das conversas carreadas aos autos, constato que não havia a alegada autonomia na prestação dos serviços, mas sim efetiva ingerência das reclamadas, por meio de seus sócios, na forma de exercício das atribuições médicas.

[...]

Portanto, diante de todo o exposto, resta configurada a subordinação jurídica diretamente com a terceira reclamada, na medida em que é a reclamada que possui contrato de prestação de serviços especificamente no Hospital Salvalus (fls.1324-1340).

Quanto a onerosidade, não pairam dúvidas acerca de sua existência, visto que as reclamadas reconhecem que remuneravam o autor e juntam os comprovantes de pagamento, cabendo destacar que, o autor fora remunerado por todas as rés que compõe o grupo, consoante se constata dos extratos as fls.1314-1323 (Diasos), 1510-1513 (Visio) e 1592 (Mardi). Ainda, o preposto das rés reconhece os pagamentos, afirmando: 'que o reclamante recebia pagamentos geralmente da Diasos Clínica Médica, que algumas vezes recebeu pagamento da Visio quando a Diasos não tinha caixa'. Logo, a presença da onerosidade é incontroversa.

No que atine a não-eventualidade, significa que a

atividade desempenhada pelo empregado não pode ser esporádica, ou seja, deve ser perene, permanente, não sendo assim considerado o trabalho contínuo, exercido todos os dias da semana, mas sim aquele em que há previsibilidade de repetição, como no caso dos autos, no qual o autor prestou seus serviços para as rés durante meses, em plantões fixos, sem interrupção ou casualidade.

Nesse particular, a prova testemunhal corrobora o trabalho em plantões fixos além dos eventuais, conforme informado pelo autor e o conteúdo que se extrai das conversas via aplicativo, nesse sentido, afirmando: “que o reclamante trabalhava todos os dias de segunda a quinta, além de plantões extras” (Grifei). Portanto, caracterizada a habitualidade na prestação de serviços.

Ainda, a pessoalidade encontra-se presente, na medida em que o reclamante prestou pessoalmente seus serviços. Diante das provas produzidas, ficou comprovado que poderia haver a substituição de um profissional pelo outro, todavia, a eventual substituição não é capaz de afastar a pessoalidade.

[...]

Desse modo, eventuais substituições do autor por outro profissional não afastam a sua pessoalidade, porquanto deveria ser substituído conforme as regras da reclamada (‘sob os auspícios do empregador’), permanecendo o caráter personalíssimo da contratação. Assim, persiste a pessoalidade.” (eDoc. 20, fls. 10-14).

O Tribunal reclamado manteve o reconhecimento do vínculo de emprego, nos seguintes termos:

A prova documental e oral colhida nos autos comprova de maneira cristalina que a contratação do reclamante para atuar como médico plantonista no setor de emergência e pronto-socorro do Hospital Salvalus deu-se mediante fraude à

legislação trabalhista (pejotização dissimulada), enquadrando-se na nulidade prevista no artigo 9º da CLT.

Conforme se extrai dos registros da Junta Comercial (fls.165/168, 1098 /1117) e do depoimento pessoal do preposto das rés (Sr. Luciano Dias dos Santos), as empresas Segunda, Terceira e Quarta Reclamadas (Visio, Diasos e Mardi) constituem nítido grupo econômico dirigido pelos sócios Marcelo Sustena e Luciano Dias dos Santos, atuando na intermediação de mão de obra médica (fl. 2412).

O preposto confessou expressamente em audiência que o reclamante prestava serviços e recebia pagamentos indistintamente das empresas Diasos e Visio, conforme a disponibilidade de caixa das PJs. Ademais, a prova documental (mensagens de WhatsApp de fls.171/181 e tutoriais de registros de horários por aplicativo de fls.1004/1009) e os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo (fls. 2424/2431) demonstram a presença concomitante de todos os requisitos do artigo 3º da CLT.

Ficou evidenciada a subordinação jurídica e técnica, exercida diretamente pelos sócios das empresas intermediárias (médicos coordenadores), que fiscalizavam horários, escalas de plantão, forma de atendimento aos pacientes, prescrição de medicamentos, requisições de exames e ordens de internação hospitalar.

A pessoalidade restou caracterizada, na medida em que o médico não podia se fazer substituir por profissionais estranhos ao quadro da empresa, devendo submeter eventual troca de plantão à prévia aprovação da coordenação médica.

E a tese defensiva calcada na licitude da terceirização e da 'pejotização' com esteio no Tema 725 da Repercussão Geral do C. STF não socorre as reclamadas. O Supremo Tribunal Federal, ao fixar a tese de licitude da terceirização de atividade-fim ou meio, não chancelou a contratação fraudulenta de pessoas físicas mediante PJs 'de fachada' quando configurados, na realidade fática, os elementos constitutivos da relação de

emprego (CLT, arts. 2º e 3º). A primazia da realidade sobre a forma impõe o reconhecimento do liame empregatício diretamente com a prestadora de serviços (Diasos Clínica Médica Ltda.), mantida a responsabilidade solidária das demais integrantes do grupo econômico (CLT, art. 2º, § 2º).” (eDoc. 24, fl. 7)

Como se vê, o acórdão reclamado considerou ilegítima a forma de negociação existente entre as partes, afastando a eficácia de contrato de prestação de serviços médicos celebrado entre o Agravante e as Agravadas a quem foi imposta a obrigação de anotação na CTPS e de pagamento das verbas trabalhistas decorrentes.

Ao fazê-lo, não observou o entendimento da CORTE quanto à constitucionalidade das relações de trabalho diversas da de emprego regida pela CLT, conforme decidido na ADPF 324, na ADC 48, na ADI 3.961, na ADI 5.625, bem como no Tema 725 da Repercussão Geral.

No julgamento do Tema 725-RG, RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX, reconheceu-se a possibilidade de organização da divisão do trabalho não só pela terceirização, mas de outras formas desenvolvidos por agentes econômicos. A tese, ampla, tem a seguinte redação: *“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”*.

No julgamento da ADPF 324, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, por sua vez, assentou-se 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”*.

Conforme ressaltei em meu voto na ADPF 324,

“[a] Constituição Federal não veda ou restringe expressa ou implicitamente a possibilidade de terceirização, enquanto possibilidade de modelo organizacional, como bem destacado pelos votos dos Ministros relatores ROBERTO BARROSO e LUIZ FUX, cujos fundamentos adoto, sem, contudo, repeti-los, por celeridade processual e razoável duração do voto.

Vou, porém, mais além ao afirmar que a Constituição Federal tampouco impõe qual ou quais as formas de organização empresarial devam ou possam ser adotadas, pois assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

No sistema de produção capitalista, consagrado constitucionalmente, a escolha do modelo organizacional das empresas compete ao empreendedor, não podendo ser imposta pelo Estado.

O texto constitucional não permite, ao poder estatal – executivo, legislativo ou judiciário – impor um único e taxativo modelo organizacional para as empresas, sob pena de ferimento aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência.”

A interpretação conjunta dos precedentes permite o reconhecimento da licitude de outras formas de relação de trabalho que não a relação de emprego regida pela CLT, como na própria terceirização ou em casos específicos, como a previsão da natureza civil da relação decorrente de contratos firmados nos termos da Lei 11.442/2007 (ADC 48 e ADI 3.961), ou a previsão da natureza civil para contratos de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei 13.352/2016 (ADI 5.625, Rel. Min. EDSON FACHIN, Redator p/ Acórdão Min. NUNES MARQUES). Destaco a tese da ADI 5.625:

“1) É constitucional a celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei n. 13.352, de 27 de outubro de 2016; 2) É nulo o contrato civil de parceria referido, quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizerem presentes seus elementos caracterizadores.”

Por oportuno, vale salientar que em casos análogos, também envolvendo discussão sobre ilicitude na terceirização por pejetização, a Primeira Turma já decidiu na mesma direção, de maneira que não há falar em irregularidade na contratação de pessoa jurídica formada por profissionais para prestar serviços terceirizados na atividade-fim da contratante. Trata-se da RCL 39.351 AgR (Rel. Min. ROSA WEBER, Redator p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020) e da RCL 47.843 AgR (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Redator p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 07/04/2022), esta última assim ementada:

“CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. OFENSA AO QUE DECIDIDO POR ESTE TRIBUNAL NO JULGAMENTO DA ADPF 324 E DO TEMA 725 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia, nestes autos, é comum tanto ao decidido no julgamento da ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), quanto ao objeto de análise do Tema 725 (RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX), em que esta CORTE fixou tese no sentido de que: *‘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’*.

2. A Primeira Turma já decidiu, em caso análogo, ser lícita a terceirização por ‘pejetização’, não havendo falar em

irregularidade na contratação de pessoa jurídica formada por profissionais liberais para prestar serviços terceirizados na atividade-fim da contratante (Rcl 39.351 AgR; Rel. Min. ROSA WEBER, Red. p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 11/5/2020). 3. Recurso de Agravo ao qual se dá provimento.”

Transferindo-se as conclusões da CORTE para o caso concreto, tem-se a mesma lógica para se autorizar a constituição de vínculos distintos da relação de emprego, legitimando-se a escolha pela organização de suas atividades por meio da contratação de empresa prestadora de serviços.

Ratifica-se, portanto, o entendimento aplicado para manter, em todos os seus termos, a decisão recorrida.

Em nome do princípio da celeridade processual, evidenciada a ausência de prejuízo à parte ora agravada, ressalto que não houve a intimação para apresentação de contrarrazões ao presente recurso (art. 6º c/c art. 9º, ambos do CPC).

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de Agravo e **JULGO PREJUDICADO** o pedido efeito suspensivo formulado.

É como voto.