

RECLAMAÇÃO 65.011 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
RECLTE.(S) : CASA DE SAUDE SANTA MARCELINA
ADV.(A/S) : ALESSANDRO ORIZZO FRANCO DE SOUZA
RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª
REGIÃO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S) : ANA CRISTINA ZAGATTO VILELA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO

Trata-se de Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Casa de Saúde Santa Marcelina, contra decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (Reclamação Trabalhista 1000811-41.2019.5.02.0342 e Cumprimento Provisório de Sentença 1000711-47.2023.5.02.0342), que teria violado a decisão desta CORTE proferida nos autos da ADPF 324, Rel. Min. ROBERTO BARROSO; ADC 48, Rel. Min. ROBERTO BARROSO; ADIs 3961, Rel. Min. ROSA WEBER e 5625, Rel. Min. EDSON FACHIN, Redator do acórdão Min. NUNES MARQUES; bem como o Tema 725 da Repercussão Geral, RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX.

Na inicial, a parte autora expõe as seguintes alegações de fato e de direito (eDoc. 1):

“A Sra. Ana Cristina ajuizou ação trabalhista pretendendo o reconhecimento do vínculo de emprego no período compreendido entre 01/08/2014 e 31/01/2019, quando prestou serviços ao Hospital Reclamante por meio de contrato de prestação de serviços médicos, bem como a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras, verbas rescisórias e multa prevista no art. 477 da CLT. Por fim, requereu a condenação solidária da Secretaria de Estado da Saúde.

De acordo com a Sra. Ana Cristina, ela (i) “fazia plantões avulsos na 1ª Reclamada quando em 01 de agosto de 2014 foi contratada para exercer a função de Médica com carga horária

fixa e sob a subordinação da 1ª Reclamada, contudo em flagrante fraude à legislação trabalhista, a 1ª Reclamada não registrou o contrato de trabalho do Reclamante em sua CTPS”; e (ii) foi “obrigada a emitir Nota Fiscal simulando assim um contrato PJ”.

Médica, percebendo contraprestação de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) no ano de 2019, a reclamante alegou ter sido obrigada a emitir Nota Fiscal. Teria sido obrigada, por 5 anos, a se sujeitar às imposições do Hospital Reclamante. No entanto, omitiu o fato de que a empresa de sua titularidade foi constituída no ano de 2002, mais de uma década antes da relação havida com o Hospital Reclamante.

[...]

Apesar de tudo o quanto exposto, o MM. Juízo de primeiro grau reconheceu o vínculo de emprego pretendido pela Sra. Ana Cristina: [...]

Contra essa decisão, o Hospital Reclamante interpôs Recurso Ordinário, ao qual, com relação ao reconhecimento do vínculo de emprego, foi negado provimento. Entendeu o E. TRT da 2ª Região: [...]

O Hospital Reclamante, não se conformando com o reconhecimento do vínculo de emprego mantido pelo E. TRT da 2ª Região, endereçou Recurso de Revista ao C. TST, ao qual foi denegado seguimento sob o fundamento de que “a declaração de constitucionalidade do art. 129 da Lei 11.196/2005 não representa óbice ao reconhecimento de vínculo de emprego, caso constatada a fraude na intermediação de mão-de-obra trabalhista, não se vislumbra ofensa aos dispositivos legais e constitucionais apontados, tampouco contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF”.

[...]

Assim, de acordo com a tese fixada por esta Corte no julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252, a essencialidade da atividade prestada em favor da empresa não tem o condão de descaracterizar a natureza da relação jurídica que foi estabelecida, fruto de livre manifestação de vontade das partes,

especialmente dotadas de inegável HIPERSSUFICIÊNCIA, como no caso da Reclamação Trabalhista cuja decisão prolatada pelo E. Tribunal Regional da 2ª Região, que manteve o reconhecimento do vínculo de emprego pretendido, seja cassada por esta Suprema Corte.

A médica - profissional liberal - e o Hospital Reclamante podiam contratar, a despeito da essencialidade das atividades que aquela desenvolva, por qualquer meio lícito, sem que disso resultasse em fraude, pois as relações de trabalho não estão assentadas, necessariamente, sobre um único modelo rígido, podendo as partes decidirem a melhor forma de se organizar a prestação de serviços então negociada.

[...]

Para não deixar dúvida quanto o cabimento e procedência da presente reclamação note-se que, ao reconhecer o vínculo de emprego entre a Sra. Ana Cristina e o Hospital ora reclamante, o E. TRT da 2ª Região concluiu em sentido oposto ao entendimento do E. STFC, que, ao julgar a ADPF n. 324 e o RE-RG 958.252, fixou a seguinte tese:

“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.

Está claro, portanto, que a ofensa direta e inequívoca ao teor da Súmula Vinculante n. 10, segundo a qual “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”, justifica o ajuizamento da presente reclamação.”

Ao final, requer seja julgada *“procedente a reclamação, confirmando a liminar, se possível já em decisão monocrática (art. 161, parágrafo único, do RISTF), tendo em vista a jurisprudência dominante do E. STF, b1) cassando-se definitivamente a decisão reclamada ou, alternativamente, b2) determinando-se a aplicação do entendimento firmado na ADPF 324 e no RE-RG 958.252”*.

RCL 65011 / SP

É o relatório. Decido.

A respeito do cabimento de Reclamação para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a Constituição da República dispõe o seguinte:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;”

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei;

(...)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Veja-se também o art. 988, I, II e III, do Código de Processo Civil:

“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em

controle concentrado de constitucionalidade;”

Os parâmetros invocados são os definidos no julgamento da ADPF 324, Rel. Min. ROBERTO BARROSO; da ADC 48, Rel. Min. ROBERTO BARROSO; das ADIs 3961, Rel. Min. ROSA WEBER e 5625, Rel. Min. EDSON FACHIN, Redator do acórdão Min. NUNES MARQUES; bem como do Tema 725 da Repercussão Geral, RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX.

Na presente hipótese, tem razão a parte Reclamante.

Na reclamação trabalhista de origem (Processo 1000811-41.2019.5.02.0342), o TRT da 2ª Região, ao apreciar o Recurso Ordinário, assim se manifestou quanto ao vínculo empregatício (eDoc. 19, fl. 3-4):

“A prestação de serviços por pessoa física, de forma contínua e subordinada, com onerosidade caracteriza o vínculo empregatício. No presente feito, restou comprovado pela prova produzida que a "pejotização" levada a cabo pela empresa ASCLEPIO e posteriormente ZAGATTO teve o mero intuito de encobrir tal vinculação celetista existente entre as partes. É o que se depreende do acervo probatório.

O depoimento pessoal da Recorrente revela a presença de alteridade e subordinação jurídica nos serviços de atendimento médico prestados pela Recorrida, ao esclarecer que:

"a primeira reclamada possui diversos médicos registrados (CLT), mas em algumas áreas, por exemplo a clínica medica, a contratação é realizada no modelo de PJ; que na parte de clínica médica, melhor esclarecendo, a reclamante não é a única "fixa", pois a reclamada possui 3 clínicos diaristas, registrados pela CLT, que fazem visitas na enfermaria da clínica médica, sendo que a reclamante era a única "fixa" na função de atender solicitações de atendimento/visita clínica feitas pelos especialistas das outras áreas; que havendo solicitação dos especialistas, a reclamante, pelo contrato que possui, tinha que atender (fazer a avaliação),mas o que ocorria é que as avaliações

eram feitas conforme solicitação, então poderia variar, como já mencionado, havendo uma visita, 10 visitas etc.; que a agenda da reclamante era definida conforme a solicitação dos especialistas; que os especialistas são médicos registrados (CLT) pela reclamada; que caso a reclamante não pudesse comparecer em determinada visita, ela, por conta própria, não se fazia substituir, sendo que, como já informado, o que poderia ocorrer é de outros médicos da área clínica se organizarem para cobrir; que indagada acerca de controle de horário e carga horária, afirma que não sabe precisar como isso era informado, mas apenas que a reclamante tinha que seguir com as avaliações que ela tinha que fazer por dia, e isso era controlado pelos próprios atendimentos, relatórios, regulação das vagas etc." (fl. 977 - Id f9d6bfa - grifos nossos).

Por seu turno, a testemunha da Reclamada não soube esclarecer exatamente quantos médicos prestavam serviços por intermédio da empresa ASCLEPIO e quem dessa empresa era responsável pela elaboração da escala. Ainda, afirmou que

"na prática não havia diferença na prestação de serviços da reclamante (e demais médicos da Asclepio) em relação aos demais médicos contratados pela CLT; que as escalas eram definidas conforme a necessidade da reclamada e não sabe quem, na Asclepio, fazia a definição da escala; que no entendimento da depoente, a única diferença entre a reclamante e os demais médicos era essa formalização por meio da empresa Asclepio, mas não sabe dizer como isso foi definido e qual a razão da contratação nesse modelo"(fl. 978 Id f9d6bfa - grifos nossos).

Atrelado a isso, a testemunha da Reclamante esclareceu que os plantonistas eram subordinados à Dra. Vânia, diretora clínica do Hospital demandado, e que desconhece a empresa ASCLEPIO. Outrossim, elucidou que

"não havia diferença nenhuma entre a reclamante e os demais plantonistas, que entravam com crachá, tinham

horário a cumprir e precisavam fazer o plantão; que tinham horário de almoço e paravam para almoçar; que o tempo variava, conforme o fluxo..." (fl.979 - Id f9d6bfa - grifos nossos).

Comprovado o labor subordinado em favor de Casa de Saúde Santa Marcelina. A circunstância de a autora ter uma empresa não significa que não tenha trabalhado como empregada para a 1ª reclamada. De se registrar que, na impossibilidade de comparecimento, não se fazia substituir, o que denota a pessoalidade na prestação de serviços.

Demais disso, é insustentável o argumento recursal que a circunstância de ter usufruído do trabalho da autora no período em que sua empresa ZAGATTO firmou contrato com a ASCLEPIO não implica vinculação empregatícia diretamente com a tomadora de serviços. Como bem ponderado em sentença as notas fiscais (fls. 25/77 - Id 199ed8f), mesmo no período intermediado pela ASCLÉPIO, sempre foram emitidas em nome da primeira reclamada em favor da empresa ZAGATTO SERVIÇOS MÉDICOS SS LTDA, evidenciando, ainda mais, a vinculação direta entre reclamante e primeira reclamada.

A terceirização somente é aceita em situação regular, sendo certo que a fraude havida transfere a responsabilidade pelo vínculo empregatício diretamente para aquela empresa que usufruiu do trabalho da pessoa física. No caso, não se discute a legalidade de terceirização, quando feita pelos meios legais, porém a prestação de serviços de empregado para a empresa sem a anotação do vínculo empregatício com a suposta empresa de serviços terceirizados faz constituir-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador, pois não há regularidade não na terceirização em si, mas na forma em que ela é feita, em fraude aos preceitos trabalhistas e mesmo da lei que admitiu as terceirizações.

Mantenho, pois, o reconhecimento do vínculo empregatício no período de 01/08/2014 a 31/01/2019, na função de médica e último salário mensal de R\$ 25.000,00.

Incontroverso o não pagamento de parcelas contratuais e rescisórias do período, restam subsistentes as condenações em retificação de anotações em CTPS e verbas decorrentes do período reconhecido.”

Como se vê, a decisão recorrida considerou ilegítima a forma de contratação estabelecida entre a parte Reclamante e a ora beneficiária. O entendimento foi mantido no exame do recurso de revista.

No julgamento do Tema 725 da Repercussão Geral - 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), 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, red. para o 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.”

Assim, a conclusão adotada pela decisão reclamada acabou por contrariar os resultados produzidos no RE 958.252 (Rel. Min. LUIZ FUX) e na ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), a sugerir, conseqüentemente, o restabelecimento da autoridade desta CORTE quanto ao ponto.

RCL 65011 / SP

Por oportuno, vale salientar que em casos análogos, também envolvendo discussão sobre ilicitude na terceirização por pejotização, 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, Relator p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 11/5/2020) e da Rcl 47.843 AgR (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 7/4/2022), 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 ‘pejotização’, 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”.

Conforme destacou o Min. ROBERTO BARROSO no julgamento da Rcl 56.285/SP (j. 06/12/2022):

“12. Considero, portanto, que o contrato de emprego não é a única forma de se estabelecerem relações de trabalho. Um mesmo mercado pode comportar alguns profissionais que sejam contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho e outros profissionais cuja atuação tenha um caráter de eventualidade ou maior autonomia. Desse modo, são lícitos, ainda que para a execução da atividade-fim da empresa, os contratos de terceirização de mão de obra, pareceria, sociedade e de prestação de serviços por pessoa jurídica (*pejotização*), desde que o contrato seja real, isto é, de que não haja relação de emprego com a empresa tomadora do serviço, com subordinação, horário para cumprir e outras obrigações típicas do contrato trabalhista, hipótese em que se estaria fraudando a contratação.”

Diante do exposto, com fundamento no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, JULGO PROCEDENTE o pedido para cassar a decisão reclamada por ofensa ao Tema 725-RG (RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX) e à ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), julgando improcedente a Ação Trabalhista 1000811-41.2019.5.02.0342 e o Cumprimento Provisório de Sentença 1000711-47.2023.5.02.0342.

Nos termos do art. 52, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispensa-se a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 11 de janeiro de 2024.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente