



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo 1000189-79.2019.5.02.0012

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 15/01/2020

Valor da causa: \$4,005.12

Partes:

RECORRENTE: [REDACTED]

ADVOGADO: [REDACTED]

RECORRIDO: [REDACTED]

ADVOGADO: [REDACTED]

ADVOGADO: [REDACTED]

ADVOGADO: [REDACTED]

ADVOGADO: [REDACTED]



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

PROCESSO Nº: 1000189-79.2019.5.02.0012

RECORRENTE: [REDACTED]

RECORRIDO: 1) [REDACTED]

2) [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]

ORIGEM: 12ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

JUÍZA SENTENCIANTE: LORENA CORDEIRO DE VASCONCELOS

RELATOR: FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO

I - RELATÓRIO

Dispensado o relatório, nos termos do art. 852-I do diploma consolidado, visto tratar-se do rito sumaríssimo.

II - CONHECIMENTO



Tempestivo o apelo.

Regular a representação processual, fls. 91.

Preparo adequado, às fls. 627/630.

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

III - FUNDAMENTAÇÃO

DA PRELIMINAR

Da inconstitucionalidade parcial da Súmula 331

Aduz, preliminarmente, que a Súmula 331 do C. TST é inconstitucional, na medida em que recente decisão julgada pelo C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 958.252, decidiu ser lícita a terceirização da atividade fim.

De fato a r. Decisão da Corte Suprema entendeu pela licitude do exercício da atividade, seja meio ou fim.

No entanto, entendo que a análise da referida preliminar deve ser efetuada na fase meritória, eis que outros elementos deverão ser levando em conta.

Rejeito.

Da inexistência de vínculo de emprego - das verbas rescisórias

Insurge-se a reclamada contra a r. Decisão que reconheceu o vínculo empregatício com a ora recorrente, apegando-se ao fato de que o autor era cooperado, além da terceirização na atividade fim ser lícita, sendo inaplicável a Súmula 331 do C. TST.



Examino.

Inicialmente, destaco que no entendimento deste Relator, pouco importa se a atividade exercida pelo empregado seja atividade-meio ou atividade-fim, pois é perfeitamente possível a um trabalhador que exerça função ligada a atividade-meio seja empregado da empresa tomadora dos seus serviços e, da outro lado, pode um trabalhador exercer funções ligadas a atividade-fim, e não ser considerado empregado. Para mim, a "pedra de toque" é a inserção do trabalhador no organismo empresarial, o que não depende, necessariamente, da atividade meio ou fim. Dito isto, passo a análise à luz da jurisprudência pátria.

Postulou o recorrido a nulidade do contrato de cooperado aduzindo fraude na contratação, vez que o autor exercia a atividade fim e preenchia todos os requisitos do art. 3º da CLT, postulando, por fim, o reconhecimento de vínculo exclusivo com a primeira reclamada, ora tomadora de serviços e recorrente no presente processo, lembrando que o contrato de trabalho se manteve vigente entre 14/04 a 29/07/2016.

Conforme anteriormente dito, em relação à preliminar arguida, em recente julgamento proferido pelo E. STF, nos autos da ADPF nº 324 e no RE nº 958.252, restou assentada, em repercussão geral, a tese jurídica 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".

Destarte, a partir de 30.8.2018, é de observância obrigatória nos processos judiciais em curso ou pendentes de julgamento a tese jurídica firmada pelo E. STF. Logo, não há mais espaço para o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços sob o exclusivo fundamento de que houve terceirização ilícita (ou seja, terceirização de atividade essencial, fim ou finalística) ou, ainda, para a aplicação dos direitos previstos em legislação específica ou em normas coletivas da categoria profissional dos empregados da empresa contratante.

Ponto que a referida tese não sofreu modulação de seus efeitos até o presente momento, o que em última análise, dado seu caráter vinculante e "erga omnes", sofre a respectiva retroação no tempo (*ex tunc*).



Com efeito, em razão da natureza vinculante das decisões proferidas pelo Pretório Excelso, ausentes os requisitos previsto nos artigos 2º e 3º da CLT, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade empresarial, ainda que relacionada ao objeto finalístico da tomadora, autorizando-se, tão somente, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária desta última. Nesse aspecto, os recentes precedentes do C. TST, in verbis:

"(...) TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. SERVIÇO DE CAIXA BANCÁRIO. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADORA DOS SERVIÇOS. SÚMULA Nº 331, I. PROVIMENTO. A aferição da licitude da terceirização no âmbito desta Corte Superior demandava prévia análise do objeto da contratação. Isso porque sempre se entendeu pela impossibilidade da terceirização de serviços ligados à atividade precípua da tomadora de serviços, com o fim de evitar a arregimentação de empregados por meio da intermediação de mão de obra e, por consequência, a precarização de direitos trabalhistas (Súmula nº 331, itens I e III). A questão, contudo, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e no RE 958.252, em repercussão geral, os quais foram julgados conjuntamente em 30.8.2018, ocasião em que foi fixada a seguinte tese jurídica: "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." Desse modo, a partir dessa data, em razão da natureza vinculante das decisões proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal nos aludidos feitos, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade empresarial, de modo que a empresa tomadora apenas poderá ser responsabilizada subsidiariamente. Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional declarou a ilicitude da terceirização, em razão de o serviço de caixa prestado pela reclamante se encontrar diretamente relacionado à atividade-fim desenvolvida pela empresa tomadora dos serviços. Por essa razão, reconheceu o pedido de vínculo de emprego formulado pela autora. Ocorre, todavia, que, como o excelso Supremo Tribunal Federal julgou que seria lícita a terceirização de qualquer atividade entre duas empresas, não há configuração de vínculo de emprego com o Banco reclamado. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 44-62.2015.5.05.0023, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 13/02/2019, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2019 - g.n.)

"RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM O BANCO TOMADOR DE SERVIÇOS. CONDIÇÃO DE BANCÁRIO.



TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF N.º 324 E NO RE N.º 958.252, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 725). O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 30/8/2018, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 324 e o Recurso Extraordinário (RE) n.º 958.252, com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, ou seja, na atividade-meio e na atividade-fim das empresas. A tese de repercussão geral aprovada no RE n.º 958.252 (Rel. Min. Luiz Fux), com efeito vinculante para todo o Poder Judiciário, assim restou redigida: "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" destacamos. Do mesmo modo, no julgamento da ADPF n.º 324, o eminente Relator, Min. Roberto Barroso, ao proceder a leitura da ementa de seu voto, assim se manifestou: "I. 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 tomadora do serviço: I) zelar pelo cumprimento de todas as normas trabalhistas, de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado; II) assumir a responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigações trabalhistas e pela indenização por acidente de trabalho, bem como a responsabilidade previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1993" grifamos. Assim ficou assentado na certidão de julgamento: "Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio" (g.n). Prevaleceu, em breve síntese, como fundamento o entendimento no sentido de que os postulados da livre concorrência (art. 170, IV) e da livre-iniciativa (art. 170), expressamente assentados na Constituição Federal de 1.988, asseguram às empresas liberdade em busca de melhores resultados e maior competitividade. Quanto à possível modulação dos efeitos da decisão exarada, resultou firmado, conforme decisão de julgamento da ADPF n.º 324 (Rel. Min. Roberto Barroso), que: "(...) o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018". Nesse contexto, a partir de 30/8/2018, é de observância obrigatória aos processos judiciais em curso ou pendente de julgamento a tese jurídica firmada pelo e. STF no RE n.º 958.252 e na ADPF n.º 324. Assim, não há mais espaço para o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços sob o fundamento de que houve terceirização ilícita (ou seja, terceirização de atividade essencial, fim ou finalística), ou, ainda, para a aplicação dos direitos previstos em legislação específica ou em normas coletivas da



categoria profissional dos empregados da empresa contratante, porque o e. STF, consoante exposto, firmou entendimento de que toda terceirização é sempre lícita, inclusive, repita-se, registrando a impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício do empregado da prestadora de serviços com o tomador. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 127000-30.2008.5.04.0013, Relator Ministro: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 24/10/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018 - g.n.)

Por outro lado, a constatação de fraude na contratação de um trabalhador como cooperado, e o conseqüente reconhecimento da relação empregatícia, não demanda necessariamente a existência de erro ou desconhecimento na adesão desta pessoa à cooperativa, tampouco atinge somente os incautos.

Mesmo que seja livre e espontânea a adesão do trabalhador à cooperativa, o vínculo de emprego pode perfeitamente resultar da presença dos requisitos do Art. 3º, da CLT, mormente diante da aplicação do princípio da primazia da realidade e independentemente da ciência da condição de cooperado.

Não se pode olvidar, inclusive, que o contrato de trabalho é um contrato realidade, e define-se de acordo com o desenrolar da prestação laboral, que se sobrepõe ao aspecto puramente formal da avença.

Ocorre que no presente caso, o reconhecimento de vínculo de emprego se deu em face da ora tomadora - recorrente.

Ressalto, por oportuno, que a petição inicial postulou o reconhecimento de vínculo exclusivo com a tomadora de serviços, não tendo formulado pedido sucessivo em relação à Cooperativa de Trabalho - 2ª reclamada.

No presente caso, o MM. Juízo de Origem entendeu pela fraude na contratação, pois presentes os requisitos contidos no arts. 2º e 3º, ambos da CLT, além de configurado o exercício da atividade fim em benefício da ora tomadora.

No entanto, por este aspecto, quanto ao vínculo pretendido com a primeira ré, sob o fundamento da ilicitude na contratação pelo exercício da atividade fim, já vimos que a Tese fixada pela Corte Suprema impede tal reconhecimento.

Quantos aos demais elementos contidos nos autos, mais precisamente em relação aos depoimentos prestados, não visualizo restarem preenchidos os requisitos contidos no art. 3º da CLT, eis que o autor, claramente, não estava subordinado à recorrente.



Neste sentido, em depoimento pessoal da 2ª reclamada, a cooperativa de trabalho, afirmou que (fls. 532):

" (...) que a cooperativa existe desde 2007; que os cooperados prestam serviços para 10 /12 empresas; que os serviços prestados são de telemarketing e administrativos; que cerca de 70 pessoas prestam serviços à 1ª reclamada através de cooperativa; que o reclamante pode ter chegado à cooperativa através de informações de outros cooperados ou por meio de um anúncio; que o anúncio dizia que era para prestar serviços de telemarketing, mas não sabe os termos precisos; que o anúncio não tinha a indicação do site empregos.com.br; que a equipe à época do reclamante era composta de cooperados fixos; que havia um treinamento pelos gestores da cooperativa; que o reclamante tinha como supervisor o Sr. Douglas, que também era cooperado; que não havia pessoa da 1ª reclamada na operação; que o reclamante trabalhava em espaço cedido pela 1ª reclamada; que o reclamante tinha o horário fixo das 9h00 às 17h00; que se o reclamante faltasse sofria desconto; que não era possível o reclamante estabelecer apenas 2 dias de trabalho na reclamada por interesse próprio; que o Sr. Douglas dispensou os trabalhos do reclamante, por ausência de adaptação".

Outrossim, o depoimento da testemunha, Sra. Isabela (fls. 533):

" (...) que é cooperada desde outubro de 2015; que presta serviços para o site empregos.com.br; que soube do trabalho através de anúncio no facebook, por meio de pessoa conhecida; que foi ao site conhecer a operação e tratou com o coordenador Nilson; que o Sr. Nilson era cooperado; que soube que a contratação era por meio de cooperativa no anúncio; que era supervisora de atendimento na época do reclamante, mas o reclamante era de outra equipe; que não havia pessoa da 1ª reclamada nas dependências da operação; que o reclamante fazia a captação de vagas perante as empresas para posterior anúncio no portal; que as vagas captadas eram inseridas pelo reclamante no site; que o processo é acompanhado por um setor de qualidade; que o reclamante recebia remuneração variável, mais um valor pelos dias trabalhados; que o valor do dia era fixo; que a remuneração variável levava em conta a meta de anúncios; que a depoente recebeu distribuição de lucros da cooperativa em 2016, 2017 e em outro ano que não se recorda; que tal distribuição foi para todos, de forma proporcional ao que foi produzido".



Esclareço que a nulidade do vínculo de cooperado entre o trabalhador e a cooperativa não implica no reconhecimento do vínculo com o tomador, mormente no caso dos autos, onde não restou provada qualquer ingerência do tomador, ou inserção do reclamante, na estrutura hierárquica do tomador dos serviços. O entendimento de que a terceirização de atividade-fim bastaria para o reconhecimento do vínculo com a tomadora viola decisão do Supremo Tribunal Federal. A consequência, então, seria o reconhecimento do vínculo de emprego entre o cooperado e a cooperativa, com responsabilidade subsidiária do tomador, o que não foi pleiteado nos autos.

Nesta toada, tendo em vista a ausência de subordinação direta em relação ao autor e a recorrente, dou provimento ao apelo para reformar a r. Sentença afastando a declaração de reconhecimento de vínculo de emprego em relação à tomadora de serviços, e por consequência, o pagamento das verbas rescisórias.

Julgo, pois, **IMPROCEDENTE** a ação. Custas em reversão a cargo do reclamante, calculadas sobre o valor da causa, R\$ 4.005,12, no importe R\$ 80,10, de cujo recolhimento fica isento, porquanto beneficiário da justiça gratuita.

Dos honorários de sucumbência

Como efeito secundário da reforma, necessária a fixação dos honorários advocatícios sucumbência, apenas, em benefício da recorrente.

Incontroverso nos autos que o reclamante é beneficiário da justiça gratuita, conforme §3º, do art. 790, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017 (fls. 16).

Igualmente, distribuída a presente ação na vigência da Lei nº 13.467/2017, nos termos do artigo 791-A da CLT, em razão da procedência em parte da ação, o autor deverá pagar honorários advocatícios sucumbenciais à parte ré que fixo em 10% do valor atribuído à causa na inicial devidamente corrigidos. Lembro que o valor da causa foi estimado em R\$4.005,12, e que o arbitramento em porcentual inferior em sede de recurso seria um desprestígio ao trabalho dos patronos da recorrente.

Em face dos princípios da economia e celeridade processual, a fim de evitar futuras discussões desnecessárias em sede de execução, sendo o reclamante beneficiário da justiça gratuita, deverá ser observado o contido no § 4º do referido artigo 791-A da CLT.

Por fim, a execução dos honorários advocatícios sucumbenciais ficará com a exigibilidade suspensa nos 02 (dois) anos subsequentes ao trânsito em julgado, até as providências da parte interessada, nos termos do artigo 791-A, § 4º da CLT, caso demonstre, objetivamente, que deixou



de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão do benefício, não significando automaticamente que, a percepção de algum valor em outro processo seja entendido como tal, tudo conforme fundamentação.

IV - DISPOSITIVO

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO.

Tomaram parte do julgamento os Exmos. Srs. Magistrados: FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO, LUIS AUGUSTO FEDERIGHI e DAVI FURTADO MEIRELLES.

Relator: o Exmo. Sr. Desembargador FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO.

Do exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 14ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: por unanimidade de votos, **CONHECER** do recurso ordinário interposto, **AF ASTAR** a preliminar arguida, e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO**, para a) afastar a declaração de reconhecimento de vínculo em relação à [REDACTED] b) extirpar da condenação o pagamento dos haveres rescisórios e c) fixar em 10% os honorários advocatícios sucumbências sobre o valor da causa e em benefício da recorrente, **JULGANDO**, então, **IMPROCEDE NTE** a ação, nos termos da fundamentação do voto do relator. Custas em reversão a cargo do reclamante, calculadas sobre o valor da causa, R\$ 4.005,12, no importe R\$ 80,10, de cujo recolhimento fica isento, porquanto beneficiário da justiça gratuita.



FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO

Desembargador do Trabalho

Relator

4

VOTOS



Assinado eletronicamente por: FERNANDO ALVARO PINHEIRO - 19/02/2020 07:55:28 - 5387cf5
<https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=20013015441836400000059927694>
Número do processo: 1000189-79.2019.5.02.0012
Número do documento: 20013015441836400000059927694