



PROCESSO N° TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

Agravante: **BETWEEN DO BRASIL CONSULTORIA LTDA.**

Advogada : Dra. Mônica de Queiroz Pimpão Salum

Advogado : Dr. Renato Noriyuki Dote

Advogada : Dra. Célia Regina Rangel do Vale Fonseca

Agravada : **HELOISA HELENA GONCALVES DE FREITAS**

Advogada : Dra. Tathiana do Nascimento Bastos

Advogado : Dr. Alexandre França Bastos

CMB/barb

D E C I S Ã O

1. RELATÓRIO

A parte, não se conformando com a decisão do Tribunal Regional do Trabalho que negou seguimento ao recurso de revista, interpõe o presente agravo de instrumento. Sustenta que foram preenchidos todos os pressupostos legais para o regular processamento daquele recurso.

Contraminuta e contrarrazões apresentadas.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 95, § 2º, II, do Regimento Interno do TST. É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

MARCOS PROCESSUAIS E NORMAS GERAIS APLICÁVEIS

Considerando que o acórdão regional foi publicado em **13/11/2015** e que a decisão de admissibilidade foi publicada em **11/11/2016**, incidem: Lei n° 13.015/2014; CPC/1973, exceto quanto às normas procedimentais, que serão aquelas do Diploma atual (Lei n° 13.105/2015), por terem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso (artigo 1046); Instrução Normativa n° 40 do TST.

CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.



PROCESSO N° TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

MÉRITO

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - INDEFERIMENTO DE CONTRADITA - TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS - FRAUDE - PAGAMENTO EM DOBRO DAS FÉRIAS - MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT - MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC/73

Insurge-se contra a decisão recorrida no que se refere aos temas supracitados, com a indicação de afronta a artigos de lei e da Constituição Federal, contrariedade a verbete desta Corte, bem como dissenso pretoriano.

Não prospera a alegada **negativa de prestação jurisdicional**, uma vez que, em virtude da natureza especial do recurso de revista, decorre a necessidade de observância de requisitos próprios de admissibilidade, entre os quais o disposto no artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.015/2014, que disciplina ser ônus da parte a indicação do trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do apelo.

A previsão contida no novel dispositivo, juntamente com os incisos que lhe sucedem, representa a materialização do Princípio da Impugnação Específica e a dialeticidade recursal. Objetiva evitar que seja do órgão julgador a tarefa de interpretar a decisão impugnada, para deduzir a tese nela veiculada e a fundamentação que ampara a pretensão, naquilo que corresponde ao atendimento dos pressupostos singulares do apelo interposto.

Transpondo tal exigência para os casos em que se busca o reconhecimento da negativa de prestação jurisdicional, a parte deverá demonstrar, **de forma inequívoca**, que provocou a Corte de origem, mediante a oposição de embargos declaratórios, **no que se refere à matéria desprovida de fundamentação**. Necessário, portanto, **transcrever o trecho pertinente da petição de embargos e do acórdão prolatado no seu julgamento**, para possibilitar o cotejo entre ambos.

Essa é a diretriz do artigo 896, §1º-A, IV, da CLT (incluído pela Lei nº 13.467/2017), a seguir:



PROCESSO N° TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

“IV - transcrever na peça recursal, no caso de suscitar preliminar de nulidade de julgado por negativa de prestação jurisdicional, o trecho dos embargos declaratórios em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre questão veiculada no recurso ordinário e o trecho da decisão regional que rejeitou os embargos quanto ao pedido, para cotejo e verificação, de plano, da ocorrência da omissão.”

Referidos parâmetros foram delimitados pela SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, em voto de minha lavra, no julgamento do processo E-RR-1522-62.2013.5.15.0067, cuja publicação ocorreu em 20/10/2017, conforme o fragmento abaixo:

“De outra parte, em se tratando de arguição de negativa de prestação jurisdicional, o prequestionamento tem de estar revelado nos embargos de declaração, ou seja, a parte tem de demonstrar que no recurso horizontal oposto consta efetivamente o prequestionamento da decisão.

Isso porque deixar de transcrever na petição o respectivo trecho dos embargos de declaração não atinge a finalidade da norma, que é estabelecer o juízo objetivo de aferição e não dar ao julgador a possibilidade de, interpretando os embargos, concluir que houve ou não o prequestionamento.

Assim, a parte recorrente, ao arguir a nulidade por negativa de prestação jurisdicional, deve indicar no recurso de revista: a) os excertos da petição de embargos de declaração em que se buscou o pronunciamento do Tribunal Regional sobre os vícios apontados; e b) os trechos que demonstrem a recusa do TRT à complementação da prestação jurisdicional, seja porque rejeitou, seja porque ignorou o argumento contido nos embargos de declaração.

Exigível, portanto, para o conhecimento do recurso de revista, a transcrição do trecho do acórdão, de modo objetivo, e a transcrição da petição dos embargos de declaração.”

Inexistindo a delimitação dos pontos sobre os quais o Tribunal Regional, supostamente, teria deixado de se manifestar, torna-se inviável a análise da nulidade.

Quanto aos demais temas, observados os requisitos do artigo 896, § 1º-A, I, II, e III, eis a decisão recorrida:

“PRELIMINAR DE SUSPEIÇÃO DAS TESTEMUNHAS DA AUTORA SUSCITADA PELA RÉ

(...)



PROCESSO Nº TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

A amizade íntima é caracterizada pelas relações mantidas entre a testemunha e a parte fora do ambiente puramente profissional e passam a ter enlace pessoal.

(...)

Não é o caso retratado nos autos.

Conquanto a imagem, no Id nºef239cf, demonstre que as testemunhas e a autora se encontraram em um evento social (jantar com os funcionários na casa da autora), não há provas de que a ocorrência derivou de relações íntimas de amizade que subsistiram ao término do contrato de trabalho obreiro, nem que tenha, de fato, ocorrido depois do término do contrato, tampouco que outros encontros existiram.

Portanto, a alegação de amizade íntima não foi provada de maneira robusta, e, assim, não há fundamento legal para lhe conferir a condição de informante ou, por este motivo, desprezar totalmente seu depoimento.

Quanto à alegação no sentido de que a divergência entre as testemunhas teriam maculado os seus depoimentos; tal alegação não merece prosperar. É importante frisar que a lei exige que a testemunha tenha conhecimento dos fatos sobre os quais presta seu depoimento. A simples divergência entre os depoimentos das testemunhas das partes é o que de ordinário acontece. São raras as ocasiões em que se presencia a concordância entre estes depoimentos.

(...)

Ainda, o artigo 131, também do CPC, dispõe sobre a liberdade do juiz na apreciação das provas. Com efeito, o juiz tem o poder de condução do processo e, como tal, pode apreciar as provas livremente e determinar que sejam produzidas, se entender não suficientes aquelas.

Frise-se, por fim - mas não menos importante - que o reconhecimento da relação de emprego não teve por base exclusiva os depoimentos das testemunhas.

(...)

VÍNCULO DE EMPREGO

(...)

A reclamada admitiu a prestação de serviços do período de 25/03/2009 a 11/06/2012. Em sendo assim, incumbe-lhe demonstrar que a relação havida era outra que não a decorrente de contrato de trabalho, eis que se trata de fato modificativo da relação, que se presume de emprego. (art. 333, II do CPC).

Esclarecido este ponto, vamos às provas.

A ré sustentou que a prova dos autos demonstra a inexistência do vínculo.

Contudo, não é bem isso que se tem dos autos, na medida em que os depoimentos das testemunhas militou em favor da autora, uma vez que acabou por confirmar as alegações constantes da peça de ingresso.

Vejamos:

(...)



PROCESSO N° TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

Além disso, verifica-se que o fato de ter sido exigida da autora, à época da contratação, a criação de uma pessoa jurídica para que pudesse iniciar o seu trabalho. A autora colacionou aos autos um e-mail, no qual o Sr. Rogério indicou a ela um profissional (Barros & Associados) para cuidar de todas as providências administrativas de constituição da pessoa jurídica, bem como os trâmites para emissão de notas fiscais (vide documentos acostados no Id nº615938). Transcrevemos o teor do e-mail:

(...)

Da análise do contrato social da empresa da autora temos que a sociedade iniciou a sua atividade em 25/03/2009(Id nº7fb4739), curiosamente na mesma data em que as partes assinaram o contrato de prestação de serviços (Id nº 1b051ba-pág.1/6), sendo a circunstância fortemente indicativa de fraude (art.9º, CLT). Como se vê a prova cartular também ratifica a tese autoral, que restou confirmada pela testemunha ouvida em Juízo.

É de se ver que a relação de emprego compõe-se das figuras do empregador e empregado, tais como definidas nos artigos 2º e 3º ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, observados os pressupostos ali insertos.

(...)

Ademais, não restou demonstrado que a autora tivesse liberdade para exercer seus serviços sem orientação, pois estava subordinada ao diretor da empresa, Sr. Rogerio Balesteros e ao Presidente, Sr. Luigi Bruneli. Também não se verificou que a autora pudesse ser substituída por outra pessoa, diante da necessidade da empresa pelos seus conhecimentos técnicos na área de Consultora de TI.

(...)

Além da incontroversa exclusividade na prestação de serviços, a comprovação da existência de subordinação jurídica sobressai mediante a avaliação de elementos básicos, quais sejam o controle, pela contratante, das atividades da contratada, com sujeição desta às normas internas daquela, sendo as tarefas dos projetos atribuídas à autora pelo Sr. Rogério, fiscalização e poder diretivo, além de comparecimento regular a sede da empresa Tim e da empresa ré.

Por fim a onerosidade restou demonstrada, pela prova documental juntada aos autos no id nº ae1afed/6c1320b no qual a autora recebeu valores mensais de R\$10.000,00 (até setembro/2009); R\$11.000,00 (outubro/2009 a agosto/2011); R\$13.000,00(setembro/2011 a junho/2012).

Exsurge dos elementos a existência de fraude à relação de emprego, depreendendo-se, ainda, a presença de pessoalidade, habitualidade, subordinação jurídica e onerosidade, atraindo a aplicação do art. 3º e art.9º da CLT.

(...)

PAGAMENTO EM DOBRO DAS FÉRIAS

(...)

A concessão do período de férias está expresso em norma imperativa, tanto que o artigo 129 da CLT, impõe expressamente seu pagamento e a



PROCESSO Nº TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

fruição, estipulando, ainda, a paga em dobro como sanção expressa a desencorajar a violação do instituto. Ocorre que, na hipótese, o liame entre as partes somente foi reconhecido judicialmente, não restando caracterizada a intenção de descumprimento da obrigação, por parte do trabalhador.

A relação havida entre as partes era tida por relação de contrato de prestação de serviços, até a superveniência da decisão judicial, que reconheceu a presença dos elementos característicos da relação de emprego. Assim, o reconhecimento da relação de emprego importa o pagamento em dobro das férias reconhecidas e não gozadas, porquanto, como já acima elucidado, o direito em questão decorre de norma cogente, de finalidade protetiva do trabalhador, visando a preservação das condições de higiene e segurança do trabalho.

(...)

MULTA PREVISTA NO ART. 477 DA CLT

(...)

A sentença judicial que reconhece a existência do vínculo é meramente declaratória de uma situação prévia que, na realidade, já existia e que, no caso, foi camuflada. Portanto, a existência de controvérsia acerca da relação de emprego não afasta o direito do reclamante de obter o pagamento da multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT, porque o que importa releva é que ele não recebeu as verbas rescisórias no momento oportuno.” (fls. 622/631 - destaquei)

Quanto o alegado **cerceamento de defesa - indeferimento de contradita**, o TRT consignou que “a alegação de amizade íntima não foi provada de maneira robusta, e, assim, não há fundamento legal para lhe conferir a condição de informante ou, por este motivo, desprezar totalmente seu depoimento” e “Frise-se, por fim - mas não menos importante - que o reconhecimento da relação de emprego não teve por base exclusiva os depoimentos das testemunhas”.

Cumprido ao Juiz, na condução do processo, indeferir as provas e diligências que julgar inúteis ou meramente protelatórias (artigo 130 do CPC/73), de modo que não há como se verificar, na hipótese, o cerceamento de defesa.

Vale salientar, também, que no ordenamento jurídico brasileiro vige o sistema da livre motivação da prova, segundo o qual o magistrado terá ampla liberdade para apreciar os elementos probatórios produzidos nos autos, para que assim venha a formar o seu convencimento, sempre indicando na decisão os motivos que o embasaram (artigo 131 do CPC/73) - procedimento adotado nos autos.

Incólumes os dispositivos tidos por violados.

Os arestos colacionados às fls. 891/892 desservem à



PROCESSO N° TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

comprovação de dissenso pretoriano, nos termos da Súmula n° 296, I, do TST, por não refletirem as premissas fáticas das quais partiu o acórdão recorrido.

No que tange à **terceirização de serviços - fraude**, é incontroverso, nos autos, que a autora exercia a função de consultora de TI em prol da reclamada.

Todavia, o quadro fático delineado no acórdão regional revela que a terceirização ocorreu apenas de forma aparente, porque havia pessoalidade e subordinação direta da trabalhadora ao tomador de serviços. Tal circunstância evidencia a fraude, por desvirtuar o próprio conceito de terceirização, no qual a empresa destinatária dos serviços celebra contrato com outra empresa, que será a responsável por admitir os empregados, exercer o poder diretivo em suas várias nuances e assumir as obrigações do ajuste laboral. Nesse sentido, a clara dicção do item II da Súmula n° 331 do TST.

Ao comentar tal verbete, Mauricio Godinho Delgado ensina, com destaques meus:

“A Súmula 331 tem o cuidado de esclarecer que o modelo terceirizante não pode ser usado de modo fraudulento. Assim, estatui que se manterá lícita a terceirização perpetrada, nas três últimas situações-tipo acima enunciadas, **desde que inexistente pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços** (Súmula 331, III, in fine, TST).

Isso significa, na verdade, que a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual **a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora**. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados.” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 11ª ed., 2014. p. 450/451)

Na mesma linha, a lição de Luciano Martinez:

“As ressalvas apresentadas apontavam no sentido de que não poderia existir, no trato com o trabalhador terceirizado (contratado em verdade pela empresa locadora de serviços), qualquer pessoalidade ou subordinação direta, sob pena de formação de vínculo direto. Como a contratação visa à



PROCESSO N° TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

prestação do serviço, e não um específico trabalhador, não poderia haver relação pessoal entre este e o tomador dos serviços. Ademais, não existindo pessoalidade entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos serviços, este não poderia valer-se de subordinação direta, vale dizer, do poder de apenar o trabalhador diante do descumprimento das ordens de comando diretivo, as apenas de subordinação indireta, assim entendido o poder de dar ordens de comando e de exigir que a tarefa seja feita a contento.” (MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2014. p. 266)

Nem se alegue que a hipótese se insere na jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 324 e do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 958.252, que culminou com a tese de repercussão geral do Tema n° 725 e respaldou também a do tema n° 739.

Isso porque aquela Corte manifestou-se precisamente sobre a questão da validade da **terceirização em atividade-fim**, à luz dos Princípios Constitucionais da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência, bom como das mudanças dos modelos econômicos e da chamada 4ª Revolução Industrial. Não se debruçou sobre a Súmula n° 331 na **perspectiva do tratamento atribuído aos casos em que se revelam presentes os requisitos típicos da relação de emprego no trabalho prestado pelo trabalhador ao tomador de serviços.**

Nesse sentido, a jurisprudência recente desta Turma:

"RECURSOS DE REVISTA DAS RECLAMADAS TIM CELULAR S.A. E CSU CARDSYSTEM S.A. - RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973 E ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N° 13.015/2014 - MATÉRIA COMUM - EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO - TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA - RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO - PRESENÇA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA DIRETAMENTE COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS COMPROVADA INEQUIVOCAMENTE NOS AUTOS - DISTINÇÃO. 1. O Plenário do STF, por maioria, no julgamento do ARE 791.932/DF, ocorrido em 11/10/2018 e publicado em 6/3/2019, representativo da controvérsia e com repercussão geral (tema de Repercussão Geral n° 739), decidiu que: a) nos termos do art. 97 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade de lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do órgão especial; b) é nula a decisão de órgão fracionário que nega a aplicação do art. 94, II, da Lei n° 9.472/1997; e c) a Súmula n° 331 do TST é



PROCESSO Nº TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

parcialmente inconstitucional, devendo ser reconhecida a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, seja ela meio ou fim. 2. Dessa forma, com a ressalva de entendimento deste relator, o Plenário da Suprema Corte concluiu que deve ser integralmente respeitado o art. 94, II, da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que autoriza a terceirização irrestrita das atividades das empresas de telecomunicação, ainda que sejam inerentes - essenciais/finalísticas - , acessórias ou complementares ao serviço . 3. Ocorre que o julgador pode deixar de aplicar a súmula ou o precedente vinculante, desde que estabeleça uma distinção entre o enunciado e o caso concreto, ou seja, estabeleça o distinguishing . **4. Sem prejuízo da licitude da terceirização de qualquer atividade do tomador de serviços , a existência de subordinação jurídica direta entre o empregado terceirizado e a empresa tomadora atrai a incidência do art. 3º da CLT, com formação de típica relação de emprego prevista no Direito do Trabalho.** 5. Os juízes de primeiro grau e os órgãos colegiados fracionários, no caso concreto, não podem deixar de aplicar a textualidade do art. 3º da CLT sem a declaração formal de sua inconstitucionalidade. Para os Tribunais, exige-se que a maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do órgão especial declare a inconstitucionalidade do preceito legal, sob pena de violação do art. 97 da Constituição Federal e de contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF. 6. **Logo, quando cabalmente comprovada nos autos a subordinação jurídica direta do empregado terceirizado à empresa tomadora, deve ser reconhecido o vínculo empregatício com a tomadora dos serviços, porque caracterizada a contratação com fraude à lei trabalhista (art. 9º da CLT), sem prejuízo, frise-se, da licitude da terceirização.** 7. No caso, ainda que lícita a terceirização da atividade-fim da tomadora (empresa da área de telecomunicações), ficou comprovada a subordinação direta e pessoal do trabalhador aos empregados da tomadora, sendo imperioso o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora dos serviços. Recursos de revista das primeira e segunda reclamadas não conhecidos”. (RR-931-18.2011.5.06.0004, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 06/09/2019).

Pelo exposto, correta a decisão regional que reconheceu o vínculo de emprego entre a parte autora e a reclamada, com fulcro no artigo 9º da CLT.

No que se refere ao **pagamento em dobro das férias**, restou consignado que “o reconhecimento da relação de emprego importa o pagamento em dobro das férias reconhecidas e não gozadas”.

O exame da tese recursal, no sentido de que houve o correto pagamento das férias, esbarra no teor da Súmula nº 126 do TST, pois demanda o revolvimento dos fatos e das provas.



PROCESSO N° TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

A análise do acórdão recorrido revela que a Corte *a quo* não adotou tese explícita acerca de eventual pagamento em triplo das férias. Não foram opostos embargos de declaração a esse respeito. Assim, nesse ponto, o recurso de revista encontra óbice na ausência do prequestionamento a que se refere a Súmula n° 297 do TST.

No tocante à **multa do artigo 477, § 8º, da CLT**, o escopo da norma inserta no referido dispositivo legal é compelir o empregador a pagar as verbas rescisórias no prazo legal. A declaração do vínculo de emprego apenas em juízo não exime a responsabilidade da empresa quanto ao pagamento da referida parcela, visto se tratar do reconhecimento judicial de uma situação fática preexistente.

Essa é a tese firmada na jurisprudência desta Corte Superior, consubstanciada na Súmula n° 462:

“MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO (república em razão de erro material – DEJT divulgado em 30.06.2016):

A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. A referida multa não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias.”

No caso, nada consta acerca de que a empregada ensejou o atraso no pagamento das verbas rescisórias, razão pela qual, mantém-se a decisão recorrida.

Incidência dos artigos 896, § 7º, da CLT e 5º, do Ato n° 491/SEGJUD.GP/2014 do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, conforme registrado no acórdão regional, verifica-se que não houve condenação da reclamada ao pagamento da **multa do artigo 475-J do CPC/73**, razão pela qual carece a parte do necessário interesse recursal.

Nego seguimento.

3. DISPOSITIVO

Com base nos artigos 932, IV, do CPC/2015, c/c 896, § 14, da



PROCESSO Nº TST-AIRR-10755-48.2014.5.01.0064

CLT e 255, III, do Regimento Interno desta Corte, **NEGO SEGUIMENTO** ao agravo de instrumento.

Publique-se.

Brasília, 11 de dezembro de 2019.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CLÁUDIO BRANDÃO

Ministro Relator