

RECLAMAÇÃO 72.232 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. NUNES MARQUES
RECLTE.(S) : VITTA RESIDENCIAL S.A. E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : JOSE EDUARDO DUARTE SAAD E OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S) : RELATORA DO AIRR Nº 11507-73.2019.5.15.0090
DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
RECLDO.(A/S) : VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO DA 15ª REGIÃO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S) : PAULO ROGERIO OSAKO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO

1. Vitta Residencial S.A. e outras alegam ter o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no processo n. 0011507-73.2019.5.15.0090, descumprido o decidido por esta Suprema Corte nos julgamentos da ADPF 324 e do RE 958.252 (Tema 725/RG).

Colhe-se dos autos que o órgão reclamado reconheceu vínculo empregatício entre as ora reclamantes e a parte beneficiária, por entender presentes os requisitos enumerados no art. 3º da CLT.

As reclamantes aduzem que, na hipótese, o prestador de serviços, ora beneficiário, era corretor imobiliário autônomo, contratado por meio de pessoa jurídica. Alegam que o órgão reclamado desconsiderou o contrato civil e presumiu ilícita a negociação sem qualquer demonstração de fraude.

Afirmam que, segundo o decidido nos paradigmas invocados, não existe prevalência do vínculo de emprego sobre outras formas de prestação de trabalho, estabelecidas mediante contratos civis, mesmo que em atividades-fim.

RCL 72232 / SP

Requerem a cassação do ato reclamado.

É o relatório.

2. Dispensou a requisição de informações ao órgão reclamado e a colheita de parecer do Ministério Público Federal, por se encontrar o processo em condições de julgamento.

Inicialmente, em relação à alegação de violação ao decidido no 958.252 (Tema 725), a reclamação é manifestamente improcedente.

É que a jurisprudência firme desta Excelsa Corte exige o esgotamento das instâncias ordinárias, quando, em sede reclamationária, se invoca como paradigma julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, nos termos do art. 988, §5º, II, do CPC. Exemplificam esse entendimento os seguintes acórdãos: Rcl 21.167-AgR, ministra Rosa Weber, DJe 03/08/15; Rcl 36.278-AgR, ministro Edson Fachin, DJe 19/09/19; Rcl 42.027-ED-AgR, ministro Ricardo Lewandowski, DJe 10/07/20; Rcl 42.273-AgR, ministro Roberto Barroso, DJe 04/08/20; Rcl 43.537-AgR, ministro Gilmar Mendes, DJe 03/11/20.

Ressalto, ainda, que a Segunda Turma desta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que o esgotamento da instância ordinária se comprova com o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário pela aplicação da sistemática da repercussão geral e o desprovimento do agravo regimental interposto contra essa decisão (Rcl 33.035 ED, ministra Cármen Lúcia, DJe 25/09/2019; Rcl 36.278 AgR, ministro Edson Fachin, DJe 6/11/2020).

De outra parte, na ADPF 324, prevaleceu a tese segundo a qual *“1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se*

RCL 72232 / SP

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”.

No caso, a despeito da existência de contrato civil firmado entre as partes, foi reconhecida a relação de emprego, em desconformidade com entendimento desta Corte, que admite a validade constitucional de terceirizações ou outras formas de divisão do trabalho.

Confiram-se trechos do ato reclamado:

A origem entendeu que prova oral produzida foi totalmente divergente, pois, enquanto as testemunhas do reclamante se esforçaram para demonstrar a existência da subordinação, as testemunhas da reclamada caminharam em sentido diverso.

Nesse ponto, enfatizo que, em preliminar, já foi retirada a força probante dos testemunhos em favor das rés, passando a meros informantes.

Ao comparar os depoimentos do reclamante e de suas testemunhas, o Magistrado a quo entendeu contraditórios, eis que o autor disse que, se não cumprisse horários e ordens, "havia punição, como exclusão dos plantões" enquanto sua primeira testemunha falou que a consequência seria o "não recebimento de garantia mínima" e a segunda trouxe fato totalmente diverso sobre o tema: "o não repasse de cadastros e escala em plantões prejudiciais". Estranhou a "punição" quanto à garantia mínima, eis que a média de salário do autor era superior.

Não percebo a contradição apontada na origem eis a

RCL 72232 / SP

contratação de comissionista puro, sem salário estabelecido fixo, é permitida pela legislação trabalhista brasileira e, sendo suscetível a salário variável, é garantido, pelo menos, um salário mínimo, caso não atinja sua meta de vendas ou produção.

Sustenta o autor que os depoimentos de suas testemunhas não foram contraditórios, mas complementares, sendo esperado que não fossem uníssonos, eis que a prestação de serviços se deu em equipes distintas e períodos diferentes.

Concordo com o recorrente.

Colho do depoimento pessoal do autor que "tinha que cumprir horário, o qual era das 7h30/8h00 às 21h00, de segunda a sexta-feira; o depoente atuava em sábados, domingos e feriados, das 7h00 às 19h00 em sábados, fazendo uma jornada de 6 horas nos domingos; o depoente não tinha folgas; se o depoente não cumprisse os horários determinados, havia punição, como exclusão dos plantões; havia fiscalização quanto aos serviços e cumprimento de horário; recebia ordens, como a respeito dos deslocamento para os plantões; não poderia se fazer substituir por terceiro; foi determinado ao depoente que abrisse a PJ; a abertura da empresa foi feita por indicação das reclamadas (...) a empresa do depoente está aberta, mas sequer tem acesso à documentação, pois estava em escritório ligada à reclamada; o depoente não podia vender outros produtos, trabalhava com exclusividade"[Id. 24c2a45-fl.638].

Confirmou a primeira testemunha do autor que:

- "trabalhou para as reclamadas de 2016 a agosto/2018", ou seja, no mesmo período do autor;

- quanto à jornada: "quando chegava, por volta das 7h30/8h00, o reclamante já estava no local; quando o depoente ia embora, por volta das 18h00, o reclamante continuava no local; aconteceu de o depoente ficar na reclamada até as 23h00,

RCL 72232 / SP

oportunidades em que o reclamante também ficava no local; (...) trabalhava de segunda a sexta, das 8h00 às 18h00, em sábados das 8h00 às 15h00/16h00 e em 2 domingos por mês; usufruía intervalo de 30 minutos", ou seja, ponderou horários e ratificou a supressão intervalar;

- "se não cumprisse os horários determinados, não receberia o mínimo garantido"; (...) havia fiscalização e controle dos serviços do depoente, o que era feito por Elton de Carvalho, gerente geral da imobiliária (Vitta); havia um gerente de vendas, Fernando, mesmo gerente do reclamante; havia metas a serem cumpridas e, se não as cumprissem, ficaria sem receber o mínimo garantido"; ou seja, havia controle de horários e de serviços, metas e punição, o que enseja subordinação;

- "não podia se fazer substituir com terceiro", ou seja, havia pessoalidade;

- "tinha exclusividade, não poderia trabalhar com outros produtos";

- "trabalhou 2 a 3 meses como pessoa física, depois foi pedido que abrisse PJ, o que foi feito pela reclamada; isso aconteceu com todos da reclamada; a abertura da empresa foi feita por contador indicado pela reclamada", isto é, a chamada "pejotização";

- quanto à dispensa: "sabe que o reclamante foi dispensado pelo gerente Elton, juntamente com uma pessoa do RH, mas desconhece detalhes; o depoente presenciou a dispensa do reclamante", ou seja, não se tratou de mero distrato contratual;

- quanto à remuneração: "recebia habitualmente o mínimo garantido, valor que era somado ao valor das comissões; o valor mínimo garantido era R\$1.000,00", ou seja, o pagamento era comissionado, com garantia do mínimo, como afirmado pelo autor.

RCL 72232 / SP

O contrato da segunda testemunha do autor também abrangeu o período declinado na inicial, assim como atuou na mesma função. Reafirmou os horários de entrada entre 8h00/8h30 e saída entre 18h00/19h00, "sendo que, às vezes, ia embora antes do reclamante, às vezes depois, às vezes juntos", "de segunda a segunda, sendo que em sábados e domingos atuavam de 6 a 7 horas, atuando entre 8h00 às 14h30, em média" e "usufruí intervalo de 30 minutos", como atuava em outra equipe, "não via o reclamante no intervalo, mas era igual para todos". Ratificou que "tinham que cumprir o horário, sob pena de não repassar os cadastros que entravam nos canais da empresa, bem como escalar para plantões "mais judiados"; recebiam ordens e eram fiscalizados pelos gerentes das equipes; havia metas a serem cumpridas". Esclareceu que "não podiam vender produtos de outra empresa" e que "a reclamada Vitta abriu uma PJ para o depoente", que "não podia se fazer substituir por terceiro" nem trabalhar remotamente.

Além do mais, o reclamante sequer estava regularmente inscrito no CRECI, requisito básico para se reconhecer o corretor autônomo.

A primeira testemunha da reclamada, considerada como informante, ante a atuação no "cargo de gerente comercial", limitou-se a falar sobre suas atividades (como prestadora de serviços com PJ, sem horários fixos ou metas a serem cumpridas), respondendo que "não tinha contato direto com o reclamante, logo desconhece quanto a ele" em relação à definição de horários ou submissão a ordens, o que enfraquece demais suas informações. Ademais, corroborou a fala do reclamante de que "a PJ da depoente foi aberta quando entrou na reclamada, por conta própria; a depoente sempre emitiu notas para a Vitta."

A segunda testemunha foi mais incisiva ao dizer que sua empresa foi aberta por conta própria, depois que começou a

RCL 72232 / SP

trabalhar na reclamada e que o autor tinha liberdade em seus horários, com autonomia na atividade, inclusive venda de produtos de terceiros, e que sabia disso porque "era o mesmo sistema para todos". Reforçou que não havia consequência para eventuais faltas e não era obrigatório trabalhar em sábados, domingos e feriados, inclusive podendo se fazer substituir por terceiro.

Concluo que, além de o autor ter trazido duas testemunhas que com ele trabalharam, inclusive na mesma função, somente uma das testemunhas da reclamada se contrapôs com veemência aos depoimentos e na condição de informante, ou seja, sem a mesma força probante, cuja fala deve ter sua valoração efetuada levando-se em conta o conjunto probatório dos autos.

Dessarte, com respeito ao entendimento originário contrário, vislumbro a existência dos requisitos para caracterização do vínculo de emprego: serviço prestado por pessoa física (pessoa jurídica era aberta pela reclamada); pessoalidade (não podia se fazer substituir por outra pessoa); habitualidade (jornada diária com labor extra); onerosidade (remuneração ainda que mínima) e subordinação (efetiva fiscalização de horários e serviços, gerenciamento de tarefas, imposição de metas, recebimento de ordens e punições em caso de descumprimento e dispensa pela gerência).

Assim, do cotejo dos depoimentos, acolho, em parte, o pedido do autor, para considerar nulos os contratos e distratos apresentados, reconhecendo o vínculo de emprego com a primeira reclamada VITTA RESIDENCIAL S.A. no período de 14.08.2016 a 18.06.2018 (considerada a projeção do aviso prévio), na função de consultor de vendas, com salário comissionado médio de R\$4.500,00 (média das notas fiscais juntadas com a exordial dos anos de 2017 e 2018).

RCL 72232 / SP

Observo que, na hipótese, não foi indicado qualquer exercício abusivo da contratação com a intenção de fraudar a existência de vínculo empregatício.

Ressalto que a terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários, esse é cerne do decidido na ADPF 324.

A primazia da liberdade negocial deve ser observada tendo em conta as peculiaridades do caso, em que não apontado vício de vontade na contratação por meio de pessoa jurídica.

Assim, o ato reclamado está em descompasso com o decidido na ADPF 324.

3. Do exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente o pedido, para cassar o ato reclamado e determinar que outro seja proferido, em conformidade com o decidido na ADPF 324.

4. Comunique-se ao órgão reclamado, remetendo-lhe cópia da presente decisão, para que junte ao processo de origem e dê ciência à parte beneficiária da tramitação desta reclamação.

5. Intime-se. Publique-se.

Brasília, 21 de outubro de 2024.

Ministro NUNES MARQUES

Relator

Documento assinado digitalmente