



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

A C Ó R D ã O
4ª Turma
GMCB/ds

AGRAVO DE INSTRUMENTO (ANÁLISE CONJUNTA) .

COOPERATIVA. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. PROVIMENTO.

Ante a possível violação do artigo 442, parágrafo único, da CLT, o destrancamento do recurso de revista é medida que se impõe.

Agravo de instrumento a que se dá provimento.

RECURSO DE REVISTA.

COOPERATIVA. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. PROVIMENTO.

Cinge-se a controvérsia em verificar a possibilidade do reconhecimento de vínculo de emprego entre trabalhador cooperado e empresa tomadora de serviços.

Como é cediço, as cooperativas se caracterizam como associação de pessoas, de natureza civil, constituídas, em regra, para prestar serviços aos seus associados, os quais aderem voluntariamente a esse tipo de associação. Tal definição se extrai do artigo 4º da Lei nº 5.764/71, diploma que regula o cooperativismo no Brasil. Segundo o artigo 5º da referida lei, essa modalidade de sociedade poderá adotar como objeto qualquer tipo de serviço, operação ou atividade, donde se conclui inexistir empecilho legal para a constituição das chamadas "cooperativas de trabalho" ou "cooperativas de mão de obra", nas quais um grupo de pessoas de determinada categoria profissional se unem para prestar serviços a terceiros, em troca de uma contraprestação pecuniária.

Para essa forma de labor, a lei afasta, expressamente, o vínculo de emprego entre o sócio cooperado e o tomador de



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

serviços, dada a natureza civil da relação jurídica. Tal vedação encontra-se prevista no parágrafo único do artigo 442 da CLT, que foi introduzido pela Lei nº 8.949/1994. Diante de tal previsão legal, esta Corte Superior vinha entendendo que somente na hipótese de fraude, com a demonstração de que a cooperativa foi criada para finalidade diversa ou desvirtuada de seus objetivos, em explícita burla à legislação trabalhista, é que se poderia reconhecer o vínculo de emprego entre o trabalhador intermediado pela cooperativa e o tomador dos serviços. Este Tribunal Superior, inclusive, tem larga jurisprudência sobre a matéria, na qual se afasta o óbice da impossibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego previsto no artigo 442, parágrafo único, da CLT, aplicando-se para a circunstância o artigo 9º do mesmo diploma, o qual tem como nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação trabalhista.

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



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

das terceirizações em qualquer atividade empresarial, de modo que a empresa tomadora apenas poderá ser responsabilizada subsidiariamente.

No presente caso, o Tribunal Regional reconheceu a ilicitude da terceirização de serviços por meio de cooperativa, por entender que a reclamante fora contratada para exercer "atividade de 'auxiliar de enfermagem' consiste em atividade necessária ao estabelecimento da primeira reclamada, que se dedica à prestação de serviços médicos domiciliares".

Nesse contexto, em razão dos fundamentos acima consignados, entendo que o egrégio Tribunal Regional, ao manter o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, acabou por dissentir do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, bem como do disposto no artigo 442, parágrafo único, da CLT.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE

1. REGIME 12X36. HORA NOTURNA REDUZIDA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. PROVIMENTO.

Segundo o entendimento desta Corte Superior, no regime de jornada 12x36, estabelecido por norma coletiva, a inobservância da hora noturna reduzida, mesmo não descaracterizando o mencionado sistema, enseja o pagamento das horas extraordinárias decorrentes da aplicação da hora ficta.

Isso porque a redução da hora noturna visa a preservar a saúde do empregado em decorrência do desgaste sofrido ante o labor em período normalmente destinado ao descanso, de modo que, o fato de o trabalho ser prestado em jornada de 12x36 não faz desaparecer tal motivação.



PROCESSO N° TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

Dessa forma, ainda que o labor tenha sido prestado em regime de revezamento de 12x36, são devidas ao empregado as horas extraordinárias em decorrência do horário noturno reduzido. Nesse sentido, precedentes de Turmas e da SBDI-1.

Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional entendeu que a adoção da jornada 12x36, porquanto mais vantajosa à empregada, não ensejava a aplicação da redução da hora noturna, prevista no artigo 73, § 2º, da CLT, afastando, com isso, a pretensão do pagamento de horas extraordinárias decorrentes.

Tal decisão, por certo, viola o disposto no artigo 73, § 1º, da CLT.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434**, em que são Recorrentes e Recorridas **HOME HELTH CARE DOCTOR SERVIÇOS MÉDICOS S/S LTDA., COOPERATIVA DE TRABALHO DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE - COOPERSAUD e NADENIR MOREIRA CAMPOS DA SILVA.**

O egrégio Tribunal Regional da 2ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 572-582, negou provimento aos recursos ordinários da reclamante e das reclamadas.

Não se conformando, as reclamadas e a reclamante interpuseram recursos de revista buscando a reforma do v. acórdão regional.

Admitido apenas o recurso da reclamante, as reclamadas interpuseram os pertinentes agravos.

Contraminuta e contrarrazões apresentadas.

O d. Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

É o relatório.

V O T O

**AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELAS RECLAMADAS.
MATÉRIA COMUM. ANÁLISE CONJUNTA.**

1. CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade referentes à tempestividade, à regularidade da representação processual e ao preparo, passo ao exame do mérito do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

2.1. COOPERATIVA. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. PROVIMENTO.

A respeito do tema em epígrafe, assim decidiu o egrégio Tribunal Regional:

**3- DA RELAÇÃO DE EMPREGO COM A 1ª RECLAMADA,
HOME HEALTH CARE DOCTOR SERV MÉD LTDA.**

O D. Juízo originário indeferiu o inicial, entendendo que não foi “comprovada a relação empregatícia com a primeira ré.” (fls.359v./360v.).

No recurso, a reclamante insiste no deferimento do pleito de reconhecimento de vínculo empregatício, pois comprovada a fraude na contratação do trabalho cooperado.

Examina-se.



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

Incontroverso nos autos que a reclamante aderiu à referida COOPERATIVA, como associada/cooperada, em agosto de 2000, consoante revelam os documentos nº01/02 do volume apartado.

A primeira ré (fls.173/187), em defesa, apoiada no argumento da legalidade da contratação de serviços pessoais, por meio da cooperativa, nega a formação do elo empregatício pretendido na inicial.

A segunda ré, de seu lado, também sustenta a legitimidade da contratação do suposto cooperado e, portanto, entende, também, inexistentes os requisitos para o reconhecimento de vínculo de emprego (fls.211/233).

O artigo 442, parágrafo único, da CLT, não tem o alcance pretendido pelas reclamadas, qual seja: a condição de cooperado exclui ou impede, de pleno direito, o vínculo empregatício entre este e outra empresa ou entidade.

A presença dos elementos constitutivos do vínculo empregatício, previstos nos artigos 2º e 3º, Consolidados – subordinação, pessoalidade, onerosidade e não eventualidade – exigem o reconhecimento deste, bem como a aplicação dos chamados direitos trabalhistas, formando-se o vínculo diretamente com o tomador e benefício direto da mão de obra subordinada, pouco importando quais documentos formais afastando o vínculo de emprego. O contrato de trabalho tem a natureza de contrato-realidade: as efetivas e concretas condições de trabalho que permitem a caracterização daqueles requisitos preponderam sobre quais outras formas de contratação ou de formalização, ainda que através de outras empresas ou associações profissionais, como cooperativas.

Evidente que os benefícios pecuniários e sociais emergentes do vínculo empregatício são bem superiores àqueles da condição de cooperado. Assim, prevalece o vínculo empregatício, desde que evidenciados seus elementos constitutivos, em detrimento da condição de cooperado, pois tal entendimento ajusta-se à regra do artigo 7º, “caput”, da Constituição Federal, que assim dispõe: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)”. (grifei)



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

O artigo 9º, da CLT, bem atende ao princípio constitucional acima transcrito, ao dispor que:

“São nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Certo que, em muitos processos, evidencia-se que, não obstante a formalização da adesão, o pseudo-cooperado não teve nenhuma participação na associação a que formalmente aderiu, apenas para obter trabalho, contudo, sem a proteção das normas consolidadas e da chamada legislação trabalhista.

Nada obstante, a documentação juntada aos autos, que acenam para a adesão espontânea da reclamante à sociedade cooperativa, deve a Justiça do Trabalho apreciar e decidir se a referida adesão e atividade do reclamante na COOPERATIVA destinou-se a impedir a aplicação da CLT e demais leis trabalhistas, e, se isto ocorreu, a condição de cooperado é nula de pleno direito, em face do Direito do Trabalho.

Note-se que **a autora laborou a favor da HOME HEALTH CARE DOCTOR SERV MÉD LTDA., como “auxiliar de enfermagem”**, por quase oito anos, conforme se extrai da contestação da segunda reclamada à fl.212.

Se a cooperativa escolheu o cooperado para desempenhar suas funções na segunda reclamada, tal circunstância pouco importa, porquanto o vínculo empregatício forma-se, inevitavelmente, da prestação pessoal de serviços subordinados por aquele que deve ser considerado empregador.

A atividade de “auxiliar de enfermagem” consiste em atividade necessária ao estabelecimento da primeira reclamada, que se dedica à prestação de serviços médicos domiciliares.

Outrossim, os espelhos de ponto (docs. 90/212, do vol. apartado) revelam o efetivo controle de horários da reclamante.

A subordinação e a onerosidade, à evidência, dependiam da imediata beneficiária dos serviços pessoais do reclamante, que era a 1ª reclamada.



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

Nesse aspecto, convém lembrar que a obrigatoriedade de estar no local de trabalho, mesmo que na casa da clientela da primeira ré, diariamente, já traduz subordinação, porquanto o trabalhador deixa de ser administrador de seu próprio tempo, elemento primordial do trabalho autônomo.

Os recibos de pagamento ao reclamante, documentos nº 11/89 juntados no volume anexo, emitidos pela Cooperativa, demonstram que a reclamante auferia valores variados, mensalmente.

Note-se que, embora os recibos, ostensivamente, estejam em nome da Cooperativa, não era esta que remunerava os serviços da reclamante, porque não era sua beneficiária, mas, sim, a primeira reclamada. A menos que, por absurdo, a 2ª reclamada fornecesse mão de obra gratuitamente à 1ª, ou que arcasse parcialmente com os custos de tal trabalho, em prol desta.

Conclui-se, portanto, que a cooperativa serviu de mera intermediária, colocando o autor à disposição da 1ª reclamada, que efetivamente dirigia a prestação dos serviços, ainda que por via indireta (grifei), utilizando-se de outro cooperado que fiscalizava o trabalho de outros. A existência dos requisitos formais, no caso, a adesão da cooperada, não pode prevalecer face ao princípio do contrato-realidade.

Comprovado o ato ilícito com o fim de mascarar a relação de emprego havida entre o empregado e a tomadora de serviços, e presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, é inaplicável o disposto no art. 442, parágrafo único da CLT, com fulcro no art. 9º da CLT.

Com efeito, a contratação de serviços por interposta pessoa, no caso, uma COOPERATIVA, presume-se em fraude à aplicação das normas trabalhistas, nos termos do artigo 7º, “caput”, da Constituição Federal.

Também neste sentido a jurisprudência consagrada na Súmula 331, I, do C. TST, assim redigido:

“Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e
21.11.2003



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

(...)”

Casso, portanto, a r. sentença originária e determino o retorno dos autos à origem, para julgamento do restante do mérito, de modo a evitar supressão de instância e nulidade.

Impossível o arbitramento do valor da condenação e condenação em custas, tendo em vista a natureza do presente julgado. (fls. 425-429)

Em suas razões de agravo de instrumento, as reclamadas argumentam que "o requisitos para haver o reconhecimento de vínculo de emprego não estiveram CUMULATIVAMENTE presentes" (fl. 771).

Aduzem que "a documentação apresentada pela Recorrente, que demonstra a existência de verdadeira relação cooperativista, não restou especificamente impugnada pela Recorrida, limitando-se a justificar o pedido de vínculo sob a genérica alegação de fraude, porém não forneceu ao Juízo qualquer subsídio que pudesse alicerçar a tese apresentada na exordial" (fl. 789).

Apontam ofensa aos artigos 1º, III e IV, 5º, XVII, LIV e LV e e 174 da Constituição Federal e 2º, 3º, 442 e 818 da CLT e 333, II, do CPC e transcreveu arestos com o intuito de demonstrar divergência jurisprudencial.

Com razão.

Cinge-se a controvérsia em verificar a possibilidade do reconhecimento de vínculo de emprego entre trabalhador cooperado e empresa tomadora de serviços.

Como é cediço, as cooperativas se caracterizam como associação de pessoas, de natureza civil, constituídas, em regra, para prestar serviços aos seus associados, os quais aderem voluntariamente



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

a esse tipo de associação. Tal definição se extrai do artigo 4º da Lei nº 5.764/71, diploma que regula o cooperativismo no Brasil.

Segundo o artigo 5º da referida lei, essa modalidade de sociedade poderá adotar como objeto qualquer tipo de serviço, operação ou atividade, donde se conclui inexistir empecilho legal para a constituição das chamadas "cooperativas de trabalho" ou "cooperativas de mão de obra", nas quais um grupo de pessoas de determinada categoria profissional se unem para prestar serviços a terceiros, em troca de uma contraprestação pecuniária.

Para essa forma de labor, a lei afasta, expressamente, o vínculo de emprego entre o sócio cooperado e o tomador de serviços, dada a natureza civil da relação jurídica. Tal vedação encontra-se prevista no parágrafo único do artigo 442 da CLT, que foi introduzido pela Lei nº 8.949/1994, de seguinte redação:

"Art. 442. Omissis

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela". (sem grifos no original).

Diante de tal previsão legal, esta Corte Superior vinha entendendo que somente na hipótese de fraude, com a demonstração de que a cooperativa foi criada para finalidade diversa ou desvirtuada de seus objetivos, em explícita burla à legislação trabalhista, é que se poderia reconhecer o vínculo de emprego entre o trabalhador intermediado pela cooperativa e o tomador dos serviços.

Este Tribunal Superior, inclusive, tem larga jurisprudência sobre a matéria, na qual se afasta o óbice da impossibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego previsto no artigo 442, parágrafo único, da CLT, aplicando-se para a circunstância



PROCESSO N° TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

o artigo 9° do mesmo diploma, o qual tem como nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação trabalhista.

Atualmente, contudo, a terceirização de serviços passou a ser objeto de regulamentação da Lei n° 6.019/1974, por força das alterações promovidas pelas Leis nos 13.429/2017 e 13.467/2017, as quais imprimiram significativas mudanças no seu formato. Destaca-se, inclusive, que o artigo 4°-A da Lei n° 6.019/1974 passou a autorizar a terceirização de quaisquer atividades das empresas tomadoras de serviço, incluindo sua atividade principal.

Ocorre que, conquanto a lei tenha permitido a terceirização da atividade precípua, por se tratar de norma de direito material, ela não se aplica a situações pretéritas, anteriores a sua entrada em vigor, além de haver divergência de entendimento quanto à possibilidade de regular os contratos em curso.

Cumprir destacar que as reiteradas decisões proferidas por esta Justiça Especializada, nas quais era reconhecida a impossibilidade da terceirização de atividade precípua, tiveram a sua constitucionalidade questionada perante o excelso Supremo Tribunal Federal, por meio da **ADPF 324**, ao argumento que violavam a liberdade de contratação, os princípios da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho.

De igual modo, no **RE 958252**, a excelsa Corte reconheceu a repercussão geral da questão referente à ilicitude da terceirização de serviços para a consecução da atividade precípua da empresa, nos termos preconizados na Súmula n° 331.

Em razão da identidade do objeto, os feitos foram julgados em sessão conjunta no excelso Supremo Tribunal Federal, que, por maioria, em 30.8.2018 fixou a seguinte tese jurídica:



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

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. (sem grifos no original)

Impende salientar que essa sempre foi a minha compreensão acerca da matéria. Sempre defendi que, ante a inexistência de lei prevendo a distinção entre atividade precípua e atividade acessória, era possível a terceirização de qualquer tipo de atividade empresarial, desde que resguardados os direitos dos trabalhadores.

Penso que a autorização para a terceirização encontra amparo no princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170 da Constituição Federal, à luz do qual as sociedades empresárias estariam autorizadas a escolher o modelo organizacional mais adequado às suas necessidades frente ao mercado.

É bem verdade que o supracitado princípio encontra limites na própria Constituição Federal, já que a terceirização não poderá configurar afronta à garantia da dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho.

Ocorre que essa divisão criada pela jurisprudência não é a melhor maneira de amparar o trabalhador e preservar as referidas garantias constitucionais, porquanto gera insegurança jurídica, ante a dificuldade de se identificar, em determinadas hipóteses, se o serviço terceirizado estaria inserido, ou não, na atividade precípua da tomadora.

Nessa perspectiva, a partir de 30.8.2018, 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.

Nesse sentido, os seguintes precedentes de minha lavra:



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇO DE CALL CENTER. BANCO. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. PROVIMENTO. Ante possível má aplicação da Súmula no 331, I, o provimento do agravo de instrumento é medida que se impõe. Agravo de instrumento ao qual se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. SERVIÇO DE CALL CENTER. BANCO. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. 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 Tribunal Regional reputou ilícita a terceirização por entender que os serviços de call center se inserem na atividade precípua do banco reclamado e reconheceu, por conseguinte, o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, invocando o teor do artigo 9º da CLT e da Súmula nº 331. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 924-75.2015.5.06.0007 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 12/09/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/09/2018)



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA PRIMEIRA RECLAMADA (PLANSUL). SERVIÇO DE CALL CENTER. BANCO. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. PROVIMENTO. Ante possível má aplicação da Súmula no 331, III, o provimento dos agravo de instrumento é medida que se impõe. Agravo de instrumento ao qual se dá provimento. RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA (PLANSUL). SERVIÇO DE CALL CENTER. BANCO. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. PROVIMENTO. Decerto que a terceirização dos serviços de atendimento ao cliente, denominados call center ou telemarketing, tem gerado grandes debates quando a empresa tomadora dos serviços explora ramo de telecomunicação, hipótese em que a jurisprudência deste Tribunal Superior tem considerado ilícita a contratação de empresa prestadora de serviços para o exercício de referida atividade. Não vejo, contudo, espaço para maiores discussões quando os serviços de call center ou telemarketing são terceirizados por empresas que não exploram o ramo de telecomunicação, a exemplo das instituições financeiras. As empresas que atuam nesse segmento realizam promoção de vendas, serviços de cobrança, atendimento ao consumidor e suporte técnico, dentre outros. Para tanto, utilizam serviço de telefonia, aplicativos de conversação, "chat" em sítios na internet, mensagens escritas por telefone, ou seja, vários mecanismos de comunicação social. Os aparatos utilizados para transmitir textos estão sendo cada vez mais adotados, ao invés da voz pelo telefone. Trata-se de prestação de serviço especializado que difere muito daquele prestado pela entidade financeira. Instituição financeira, que tem como escopo a administração de cartões, presta serviços integrados de captura, transmissão, processamento e liquidação de transações com cartões de crédito e outros meios de pagamento, não é uma empresa de telecomunicação. Em tal circunstância, não há dúvida de que os serviços de atendimento ao cliente não se inserem nas atividades precípua de tais instituições, por estarem claramente distantes do objeto central dessas empresas. Não se está aqui discutindo a



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

contratação de empregados por empresa interposta, que disponibiliza, no ambiente da tomadora dos serviços, a força de trabalho dos seus "empregados" para execução de atividade essencial, com nítida configuração dos elementos necessários à caracterização do vínculo de emprego com a tomadora. Ressalta-se que, nesta esfera recursal, de natureza extraordinária, permite-se apenas aferir o acerto do enquadramento jurídico conferido aos fatos no acórdão impugnado. Nesse contexto, não há falar em terceirização ilícita, e, assim sendo, inexistente motivo para declarar que houve contratação irregular de trabalhador por empresa interposta, máxime porque, no caso concreto, sequer restaram demonstrados os requisitos caracterizadores da relação de emprego com a tomadora. Acresça-se a esse entendimento recente decisão da SBDI-1 desta Corte Superior, no sentido de que a prestação de serviços de call center, por si só, não tem o condão de enquadrar o empregado na atividade bancária, a menos que haja a descaracterização do contrato, a qual não decorre da mera prestação de serviços em que se oferta, por telefone, produtos do Banco (E-ED-RR-876-84.2011.5.01.0011, julgado em 07/06/2018). Recurso de revista de que se conhece e ao qual se dá provimento. AGRAVO DE INSTRUMENTO E RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. ANÁLISE PREJUDICADA. Prejudicada a análise do agravo de instrumento da reclamante, no qual ela se insurge quanto à matéria "indenização constante em convenção coletiva dos bancários", bem como seu recurso de revista, em que recorre no tocante à "isonomia salarial", porquanto se deu provimento ao recurso de revista da primeira reclamada para declarar a licitude da terceirização dos serviços de call center em instituições bancárias. (ARR - 11030-50.2015.5.03.0017 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 15/08/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/08/2018)

No presente caso, o Tribunal Regional reconheceu a ilicitude da terceirização de serviços por meio de cooperativa, por entender que a reclamante fora contratada para exercer "atividade de
Firmado por assinatura digital em 16/11/2018 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

'auxiliar de enfermagem' consiste em atividade necessária ao estabelecimento da primeira reclamada, que se dedica à prestação de serviços médicos domiciliares".

Nesse contexto, em razão dos fundamentos acima consignados, entendo que o egrégio Tribunal Regional, ao manter o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, acabou por dissentir do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, bem como do disposto no artigo 442, parágrafo único, da CLT.

Por isso, **dou provimento** ao agravo de instrumento em exame para determinar o processamento do recurso de revista.

Com fulcro no artigo 897, § 7º, da CLT, passa esta Turma ao exame do recurso de revista destrancado.

B) RECURSO DE REVISTA

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS COMUNS

Presentes os pressupostos comuns de admissibilidade recursal, quais sejam, a tempestividade, a representação regular e o preparo, passo ao exame dos pressupostos específicos do recurso de revista.

1.2. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

1.2.1. COOPERATIVA. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. PROVIMENTO.

Em vista da fundamentação lançada sob o tópico A/2.1., julgo demonstrada a afronta ao artigo 442, parágrafo único, da CLT.



PROCESSO N° TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

Portanto, com fundamento no artigo 896, "c", da CLT, **conheço** do recurso de revista.

2. MÉRITO

2.1. COOPERATIVA. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. PROVIMENTO.

Conhecido o recurso de revista por violação do artigo 442, parágrafo único, da CLT, impõe-se o seu provimento para afastar o vínculo de emprego diretamente com a segunda reclamada, ficando excluídas, por conseguinte, as condenações decorrentes do referido vínculo e prejudicado o exame das demais matérias veiculadas no apelo da HOME HEALTH CARE DOCTOR SERVIÇOS MÉDICOS S/S LTDA.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, referentes à tempestividade, preparo e regularidade de representação, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. REGIME 12X36. HORA NOTURNA REDUZIDA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS.



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

A respeito do tema em epígrafe, assim decidiu o egrégio Tribunal Regional:

5.1- DA HORA NOTURNA REDUZIDA

Acerca do tema, assim decidiu o juízo originário (fl.409 verso):

“No tocante a hora noturna reduzida, esta restou observada, considerando que a autora usufruía uma hora de intervalo para repouso e refeição.”

Rebela-se a autora contra o julgado. Sustenta a aplicação do § 1º, do art. 73 e § 2º, do art. 381, ambos da CLT.

Sem razão.

Na jornada (12 x 36), como é o caso da reclamante, realizada no **período noturno**, o empregado trabalha doze horas, em dias alternados, de modo muito **mais vantajoso** ao trabalhador, que chega a trabalhar, no máximo quinze dias por mês, no total de cento e noventa e cinco horas mensais, considerando-se a **jornada líquida de treze horas por dia (horário noturno)**, sem intervalo). Assim, o empregado nem mesmo chega a cumprir as duzentas e vinte horas mensais, que o empregado comum deve cumprir, nos termos da Constituição Federal, art. 7º, XIII.

Não há falar em hora ou frações decorrentes da redução legal da hora noturna, evidentemente, salvo norma coletiva dispondo, expressamente, neste sentido, situação que não ocorre no presente caso. Bem ao contrário, as cláusulas normativas (fls.70/160), autorizam o regime de doze horas por trinta e seis de descanso, **sem pagamento de hora extra**, o que, evidentemente, também **exclui**, “ipso facto”, e até com mais fortes razões, **as horas extras decorrentes da redução legal da hora noturna prevista no artigo 73, § 2º, da CLT.**

Nessa esteira, considero que **a redução da hora noturna não dá ensejo a horas extras e noturnas**, mas somente é elemento componente do cálculo do pagamento, conforme § 2º, do artigo 73, da CLT.

Mantenho. (fls. 581-582)

Em suas razões de recurso de revista, a reclamante sustenta, em síntese, que "não poderia o empregador simplesmente ignorar a redução ficta da hora noturna em jornada 12x36" (fl. 694).



PROCESSO N° TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

Aponta ofensa aos artigos 73, § 1º, e 381, §§ 1º e 2º, da CLT; bem como divergência jurisprudencial.

O recurso alcança conhecimento.

Segundo o entendimento desta Corte Superior, no regime de jornada 12x36, estabelecido por norma coletiva, a inobservância da hora noturna reduzida, mesmo não descaracterizando o mencionado sistema, enseja o pagamento das horas extraordinárias decorrentes da aplicação da hora ficta.

Isso porque a redução da hora noturna visa a preservar a saúde do empregado em decorrência do desgaste sofrido ante o labor em período normalmente destinado ao descanso, de modo que, o fato de o trabalho ser prestado em jornada de 12x36 não faz desaparecer tal motivação.

Dessa forma, ainda que o labor tenha sido prestado em regime de revezamento de 12x36, são devidas ao empregado as horas extraordinárias em decorrência do horário noturno reduzido. Nesse sentido, precedentes de Turmas e da SBDI-1:

“HORAS EXTRAS. **REDUÇÃO FICTA DA HORA NOTURNA. JORNADA DE 12x36.** NORMA COLETIVA. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE CONHECIDO E PROVIDO. É de se reconhecer **aplicável o artigo 73, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, conquanto se trate de acordo de compensação de jornada de 12x36, e concluir-se que a hora de trabalho noturno será computada como sendo de 52 minutos e 30 segundos.** A redução ficta da hora noturna tem por objetivo garantir a higidez física e mental do trabalhador, tratando-se de norma de ordem pública, sequer passível de alteração por meio de norma coletiva. Intacto, assim, o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal. De outra parte, quanto aos arestos paradigmas indicados nos embargos, verifica-se que são inservíveis ao confronto de teses, eis que oriundos de Tribunais Regionais de Trabalho, fonte não autorizada, a teor do artigo 894,



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho Recurso de embargos não conhecido”. (E-ED-RR - 800750-02.2001.5.17.0001, Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 19/04/2011)

"EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. **HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REGIME 12X36.** PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. HORA FICTA NOTURNA. INTERVALO INTRAJORNADA. DESCARACTERIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a **não concessão** do intervalo intrajornada e da **hora noturna reduzida impõe que seja sanada essa ilegalidade**, mas não descaracteriza, por si só, o regime de compensação de jornada por escala 12 x 36 quando devidamente observada a carga de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso prevista em norma coletiva. 2. Assim, não havendo notícia de horas extraordinárias habituais a descaracterizar o acordo de compensação, permanece hígido o ajuste coletivo. Precedentes oriundos desta egrégia SBDI-1 e da maioria das Turmas. 3. Considerando, pois, que o v. acórdão turmário está em conformidade com a iterativa e notória jurisprudência deste Tribunal Superior, o conhecimento do recurso de embargos encontra óbice no artigo 894, § 2º, da CLT. 4. Recurso de embargos de que se não se conhece." (E-ED-ARR-102-46.2011.5.05.0010, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 28/07/2017).

"RECURSO DE REVISTA. [...]. **HORAS EXTRAS. REGIME 12 X 36.** SUPRESSÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA E DESCUMPRIMENTO DA REDUÇÃO DA HORA NOTURNA. SÚMULA 85/TST. AUSÊNCIA DE DESCARACTERIZAÇÃO DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. 1. Consoante registrado no acórdão



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

regional, os substituídos laboravam em regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, mediante autorização em norma coletiva. 2. Alega o sindicato-autor, no entanto, que ao cumprirem a jornada de trabalho das 19h00 às 07h00, os substituídos laboravam 13 (treze) horas, em razão da hora ficta noturna e da não concessão do intervalo, ou seja, em "jornada de 13x36". 3. O quadro fático retratado no acórdão regional é no sentido de que os substituídos trabalhavam por 12 (doze) horas, ou seja, não há registro de que os substituídos, habitualmente, extrapolavam tal carga horária diária, de modo que a supressão do intervalo intrajornada e a **inobservância da redução ficta da hora noturna**, conquanto **passíveis de ensejar o direito ao pagamento de horas extras**, não importam necessariamente em descumprimento da negociação coletiva, a fim de descaracterizar o acordo de compensação e atrair, por conseguinte, a aplicação da Súmula 85, IV, do TST. Precedentes. Recurso de revista não conhecido, no tema. [...]" (RR-68900-27.2009.5.05.0011, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT 19/06/2015);

"[...]. II - RECURSO DE REVISTA. [...]. 4 - **HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO. REGIME 12X36.** De acordo com o consignado no acórdão regional, não há elementos para considerar inválido o regime de compensação 12 por 36 horas, estabelecido em negociação coletiva, de forma que a pretensão do sindicato reclamante demanda o reexame de fatos e provas. Registra-se, ainda, que não restou comprovada a existência de horas extras habituais, pois consta que 'da análise dos controles de jornada restou demonstrado que não houve labor após as 12 horas de trabalho'. Incidência da Súmula 126 do TST. Ademais, está Corte já sedimentou entendimento no sentido de que a **inobservância** da concessão do intervalo intrajornada e a **redução da hora noturna acarretam o pagamento das horas equivalentes**, não desvirtuando o regime compensatório 12x36, previsto em norma coletiva. Recurso de revista não conhecido. [...]"



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

(ARR-135600-49.2008.5.05.0001, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 02/12/2016);

"RECURSO DE REVISTA. [...]. 5. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REGIME 12X36. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. HORA FICTA NOTURNA. INTERVALO INTRAJORNADA. DESCARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. O entendimento predominante nesta colenda Corte Superior tem sido no sentido de que a não concessão do intervalo intrajornada e da hora noturna reduzida impõe seja sanada essa ilegalidade, mas não tem, por si só, a capacidade de atingir a validade do acordo de compensação em questão, que se mantém hígido por ter sido observada devidamente a carga de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso e estar devidamente prevista em norma coletiva. Precedentes da SBDI-1 e de Turmas. Na hipótese, a egrégia Corte Regional consignou que a norma coletiva da categoria previa o regime de compensação de 12X36, com aplicação do divisor fixo de 192 horas mensais para fins de apuração das horas extraordinárias laboradas pelos empregados em cumprimento dessa jornada, sendo válido referido acordo de compensação de jornada, além do que não houve labor extraordinário além da 192ª hora semanal mesmo diante da jornada relatada pelo reclamante. Não há falar, portanto, em contrariedade ao item IV da Súmula nº 85, cujo teor trata de situações que envolvem horas extraordinárias prestadas habitualmente. Incidência da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT. Recurso de revista de que não se conhece. [...]" (RR-130-82.2010.5.05.0031, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 4ª Turma, DEJT 16/03/2018);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. [...]. 2. **HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REGIME 12X36.** PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. HORA FICTA NOTURNA. INTERVALO INTRAJORNADA. DESCARACTERIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

NÃO PROVIMENTO. A não concessão do intervalo intrajornada e da hora noturna reduzida impõe seja sanada essa ilegalidade, mas não descaracteriza, por si só, o regime de compensação de jornada por escala 12 x 36 quando devidamente observada a carga de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso prevista em norma coletiva. Assim, não havendo notícia de horas extraordinárias habituais a descaracterizar o acordo de compensação, permanece hígido o ajuste coletivo. Agravo de instrumento a que se nega provimento. [...]" (AIRR-135500-73.2008.5.05.0008, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 18/12/2015);

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/14. JORNADA 12 X 36 PREVISTA EM NORMA COLETIVA. CONCESSÃO IRREGULAR DE INTERVALO INTRAJORNADA E NÃO CONSIDERAÇÃO DA HORA NOTURNA REDUZIDA. INVALIDADE DA JORNADA. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. A inobservância do intervalo intrajornada e da hora noturna reduzida implica apenas o pagamento das horas correspondentes e não a invalidade da norma coletiva, não descaracterizando o regime de 12x36. Precedentes da c. SDI. Recurso de revista não conhecido." (RR-108-32.2011.5.05.0017, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 09/06/2017);

"I - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. [...]. REGIME 12 X 36 - COMPENSAÇÃO - NORMA COLETIVA - VALIDADE. O Eg. TST entende que eventual inobservância do intervalo intrajornada e da hora noturna reduzida, por si só, não tem o condão de descaracterizar o regime 12 x 36 expressamente previsto em norma coletiva, ensejando tão somente o pagamento das horas equivalentes. Precedentes. [...]" (ARR-116700-73.2008.5.05.0015, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DEJT 01/04/2016)..



PROCESSO Nº TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional entendeu que a adoção da jornada 12x36, porquanto mais vantajosa à empregada, não ensejava a aplicação da redução da hora noturna, prevista no artigo 73, § 2º, da CLT, afastando, com isso, a pretensão do pagamento de horas extraordinárias decorrentes.

Tal decisão, por certo, viola o disposto no artigo 73, § 1º, da CLT.

Ante o exposto, conheço do recurso de revista por ofensa artigo 73, § 1º, da CLT.

2. MÉRITO

2.1. REGIME 12X36. HORA NOTURNA REDUZIDA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS.

Conhecido o recurso de revista por violação do artigo 73, § 1º, da CLT, corolário lógico é o seu provimento para determinar o pagamento das horas extraordinárias decorrentes da não observância da hora noturna reduzida, bem como os respectivos reflexos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, I - por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento das reclamadas para, convertendo-os em recurso de revista, determinar a reautuação dos autos e a publicação da certidão de julgamento para ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento da revista dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da referida publicação, nos termos do artigo 257 do Regimento Interno desta Corte. Por unanimidade, I - conhecer dos recursos de revista das reclamadas, por ofensa ao artigo 442, parágrafo único, da CLT, e, no mérito, dar-lhes provimento para afastar o vínculo de emprego diretamente com a segunda reclamada, ficando excluídas, por



PROCESSO N° TST-RR-205000-62.2009.5.02.0434

consequente, as condenações decorrentes do referido vínculo e prejudicado o exame das demais matérias veiculadas no apelo da HOME HEALTH CARE DOCTOR SERVIÇOS MÉDICOS S/S LTDA.; e II - conhecer do recurso de revista da reclamante, quanto ao tema "HORA NOTURNA REDUZIDA. JORNADA 12X36. ADICIONAL NOTURNO", por ofensa ao 73, § 1º, da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o pagamento das horas extraordinárias decorrentes da não observância da hora noturna reduzida, bem como os respectivos reflexos.

Brasília, 14 de novembro de 2018.

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

CAPUTO BASTOS
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1001E0B5758AE98340.