



PROCESSO N° TST-RR-949-15.2011.5.02.0242

A C Ó R D ã O
6ª Turma
ACV/pc

RECURSO DE REVISTA. PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. DESVIRTUAMENTO DE CONTRATO DE ESTÁGIO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. VEDAÇÃO LEGAL. CONTRATO REALIDADE. Independentemente do título sob o qual o profissional foi contratado, é a realidade do contrato de trabalho que define a função do Profissional de Educação Física. É sabido que o contrato de trabalho é um contrato realidade, e portanto é a execução cotidiana das funções, objetivamente realizadas, durante o curso da relação de trabalho que determina qual a função exercida pelo empregado (e que determina a realidade do contrato), conforme disposto no já mencionado artigo 3º da CLT. Sendo assim, em havendo divergência entre o trabalho realizado pelo empregado e a dos termos firmados no contrato de trabalho (estágio), prevalece o primado da realidade sobre o pactuado. A regra é corolário da realidade que permeia o contrato de trabalho em sua execução, ou seja, do primado da substância sobre a forma. Assim, não pode o empregador que se utiliza de estagiário como se profissional e empregado seu fosse, desvirtuando o contrato formal, se socorrer no óbice legal que visa justamente coibir sua conduta. Certo é que a lei obstaculiza o exercício das atividades de Educação Física ao trabalhador não registrado no conselho profissional; no entanto, tal óbice não veda o cumprimento das obrigações trabalhistas por aquele que empregou trabalhador em tais funções. Recurso de revista conhecido e provido.



PROCESSO N° TST-RR-949-15.2011.5.02.0242

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-949-15.2011.5.02.0242**, em que é Recorrente **EDER DE MORAES PIRES** e Recorrido **CENTRO DE ATIVIDADES FÍSICAS TAI SOCIEDADE SIMPLES LTDA..**

Agravo de instrumento interposto com o fim de reformar o r. despacho que denegou seguimento ao recurso de revista.

Não foram apresentadas contraminuta ou contrarrazões. O d. Ministério Público do Trabalho não emitiu parecer.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, uma vez que se encontra regular e tempestivo.

II - MÉRITO

PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. DESVIRTUAMENTO DE CONTRATO DE ESTÁGIO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. VEDAÇÃO LEGAL. CONTRATO REALIDADE

Eis o entendimento do eg. TRT sobre a questão:

“Insiste o reclamante que deve ser declarado o vínculo empregatício para que a reclamada seja condenada ao pagamento das verbas decorrentes.

Melhor sorte não lhe socorre. A Lei Federal nº 9.696/1998, em seu art. 1º estabelece que o exercício de profissão na área da Educação Física é prerrogativa dos profissionais, regularmente registrado nos Conselhos Regionais.

Conforme supra fundamentado, o reclamante apresentou em juízo documento de inscrição junto ao CREF (Conselho Regional de Educação Física) que comprovou que sua inscrição só ocorreu no ano de 2011.

Nesse passo, o reconhecimento de vínculo empregatício no período de 18/02/2009 na 18/12/2010, na profissão de instrutor de musculação,



PROCESSO N° TST-RR-949-15.2011.5.02.0242

encontraria óbice legal, inclusive com repercussão na esfera penal, ante o exercício ilegal da profissão.”

No recurso de revista, o reclamante sustenta que é possível a declaração de vínculo de emprego com instituição de educação física quando desvirtuado o contrato de estágio, não obstante a ausência de registro no Conselho profissional respectivo. Aponta violação dos arts. 1º, III e IV, 5º, LIV e LV, 93 da CF, 2º, 3º, 8º, 9º, 818, 820 e 832 da CLT; 332 do CPC. 1º, 3º, incisos e parágrafos, 10, incisos e parágrafos, 13 e parágrafos, 15 e parágrafos da Lei 11.788/2008. Traz arestos a confronto.

O eg. Tribunal Regional entendeu que a lei estabelece o exercício da profissão de educação física exclusivamente por profissionais registrados no conselho profissional respectivo, não sendo possível a declaração de vínculo de emprego entre instituição de educação física e trabalhador que não possui registro no CREF (Conselho Regional de Educação Física).

Os arestos de fls. 128/132 e 155/157, oriundos do eg. TRT da 15ª Região, demonstram divergência jurisprudencial específica, pois tratam de casos em que foi reconhecido o vínculo de emprego entre o estagiário e a instituição de educação física, em virtude do princípio da primazia da realidade.

Dou provimento ao agravo de instrumento para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reatuação do processo e a publicação da certidão de julgamento para a ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento do recurso de revista dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da publicação, nos termos da Resolução Administrativa n° 928/2003 do TST.

RECURSO DE REVISTA

PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. DESVIRTUAMENTO DE CONTRATO DE ESTÁGIO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. VEDAÇÃO LEGAL. CONTRATO REALIDADE

CONHECIMENTO

Eis o entendimento do eg. TRT sobre a questão:



PROCESSO N° TST-RR-949-15.2011.5.02.0242

“Insiste o reclamante que deve ser declarado o vínculo empregatício para que a reclamada seja condenada ao pagamento das verbas decorrentes.

Melhor sorte não lhe socorre. A Lei Federal nº 9.696/1998, em seu art. 1º estabelece que o exercício de profissão na área da Educação Física é prerrogativa dos profissionais, regularmente registrado nos Conselhos Regionais.

Conforme supra fundamentado, o reclamante apresentou em juízo documento de inscrição junto ao CREF (Conselho Regional de Educação Física) que comprovou que sua inscrição só ocorreu no ano de 2011.

Nesse passo, o reconhecimento de vínculo empregatício no período de 18/02/2009 na 18/12/2010, na profissão de instrutor de musculação, encontraria óbice legal, inclusive com repercussão na esfera penal, ante o exercício ilegal da profissão.”

No recurso de revista, o reclamante sustenta que é possível a declaração de vínculo de emprego com instituição de educação física quando desvirtuado o contrato de estágio, não obstante a ausência de registro no Conselho profissional respectivo. Aponta violação dos arts. 1º, III e IV, 5º, LIV e LV, 93 da CF, 2º, 3º, 8º, 9º, 818, 820 e 832 da CLT; 332 do CPC. 1º, 3º, incisos e parágrafos, 10, incisos e parágrafos, 13 e parágrafos, 15 e parágrafos da Lei 11.788/2008. Traz arestos a confronto.

O eg. Tribunal Regional entendeu que a lei estabelece o exercício da profissão de educação física exclusivamente por profissionais registrados no conselho profissional respectivo, não sendo possível a declaração de vínculo de emprego entre instituição de educação física e trabalhador que não possui registro no CREF (Conselho Regional de Educação Física).

Os arestos de fls. 128/132 e 155/157, oriundos do eg. TRT da 15ª Região, demonstram divergência jurisprudencial específica, pois tratam de casos em que foi reconhecido o vínculo de emprego entre o estagiário e a instituição de educação física, em virtude do princípio da primazia da realidade.

Conheço, por divergência jurisprudencial.



PROCESSO N° TST-RR-949-15.2011.5.02.0242

MÉRITO

O autor busca o reconhecimento do desvirtuamento do contrato de estágio com a reclamada, instituição de educação física. Infere-se do v. acórdão regional que o registro do reclamante no CREF somente ocorreu em 2011, ao findar do contrato de estágio.

A questão a ser dirimida é quanto à possibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego, caso seja constatado o desvirtuamento do contrato de estágio, em virtude do quanto dispõe a Lei 9.696/98:

Art. 1º O exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física.

No caso em tela, forçoso é admitir que a realidade do contrato de trabalho é que impõe o reconhecimento das atividades de um Profissional de Educação Física.

Isso porque não pode o empregador que se utiliza de estagiário como se profissional e empregado seu fosse, desvirtuando o contrato formal, se socorrer no óbice legal que visa justamente coibir sua conduta.

Certo é que a lei obstaculiza o exercício das atividades de Educação Física ao trabalhador não registrado no CREF. No entanto, tal óbice não veda o cumprimento das obrigações trabalhistas por aquele que empregou trabalhador em tais funções, até mesmo por se encontrar este geralmente em situação de hipossuficiência.

Tal qual é o caso do menor de quatorze anos, que embora tenha seu trabalho vedado pela Constituição Federal, caso este ocorra, não exime o empregador do cumprimento da legislação trabalhista.

Ora, independentemente do título sob o qual o profissional foi contratado, é a realidade do contrato de trabalho que define a função.

É sabido que o contrato de trabalho é um contrato realidade, e portanto, é a execução cotidiana das funções, objetivamente



PROCESSO N° TST-RR-949-15.2011.5.02.0242

realizadas, durante o curso da relação de trabalho que determina qual a função exercida pelo empregado (que determina a realidade do contrato), conforme disposto no mencionado artigo 3º consolidado.

O contrato de trabalho e o princípio da primazia da realidade são os elementos que devem nortear a decisão do Juiz do Trabalho, pois a aplicação do Direito do Trabalho não decorre do acordo de vontades formador do contrato de trabalho, mas da execução diária da relação de trabalho.

Sendo assim, em havendo divergência entre o trabalho realizado pelo empregado e os termos firmados no contrato de trabalho, prevalece o primado da realidade sobre o pactuado.

Prestigia-se o primado da substância sobre a forma.

A regra é corolário da realidade que permeia o contrato de trabalho em sua execução.

Na lição de Américo Plá Rodriguez¹:

"El significado que le atribuímos a este principio es el de la primacia de los hechos sobre las formas, las formalidades ou las apariencias. Esto significa que em matéria laboral importa lo que ocorre em la práctica más que las partes hayan pactado em forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca em documentos, formulários, instrumentos de contralor. Ese desajuste entre los hechos y la forma puede tener distintas procedencias. 1) resultar de una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real. Es lo que suele llamar-se simulación. Es muy difícil concebir casos de simulación absoluta en la que se pretenda presentar un contrato de trabajo cuando en la realidad no haya nada. En cambio, lo más frecuente es el caso de las simulaciones relativas en las que se simula el contrato real sustituyéndolo fictamente por un contrato distinto. Las diferencias entre el contrato simulado y el efectivo pueden versar sobre todos los aspectos: las partes, las tareas, los horarios, las retribuciones, etc. Dentro de esta categoría puede hacerse otro gran distingio entre las simulaciones concertadas bilateralmente y las impuestas e dispuestas unilateralmente por una parte,

¹ PLA RODRIGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Montevideo, 1975, Editora Biblioteca de Derecho Laboral, nº 2, Cerrito, 420, Montevideo, Uruguay



PROCESSO N° TST-RR-949-15.2011.5.02.0242

con toda la gama variadíssima de matices intermedios. 2 Provenir de um error. Ese error generalmente recae en la calificación del trabajador y puede estar más o menos contaminado, de elementos intencionales originados en la falta de consulta adecuada u oportuna. También esa situación equivocada puede atribuirse a error imputable a ambas partes o a sola de ellas. 3) Derivar de una falta de actualización de los datos. El contrato de trabajo dinámico en el que van cambiándose continuamente las condiciones de la prestación de los servicios. Para que los documentos y las planillas reflejen fielmente todas las modificaciones producidas, deben ser permanentemente actualizadas. Cualquier omisión o retraso, determina un desajuste ente lo que surge de los elementos formales y lo que resulta de la realidad. 4) Originarse en la falta de cumplimiento de requisitos formales. Algunas veces para ingresar o ascender en un establecimiento se requiere la formalidad del nombramiento por parte de determinado órgano de la empresa o el cumplimiento de cualquier otro requisito que se ha omitido. En tales casos, también lo que ocurre en la práctica importa más que la formalidad. En cualquiera de las cuatro hipótesis que hemos mencionado, los hechos priman sobre las formas. No es necesario entrar a analizar y pesar el grado de intencionalidad o de responsabilidad de cada una de las partes. Lo que interesa es determinar lo que ocurra en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios que se dispongan en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades."

Portanto, para o juiz do trabalho o que deve ser considerado é a realidade da execução do contrato. Essa é inclusive a recomendação da OIT² - Organização Internacional do Trabalho- contida no documento n° 18, de março de 2008, intitulado **LA RELATION DE TRAVAIL: Guide annoté sur la recommandation no 198 et de l'administration du travail** e que apresenta l'étendue des moyens d'applications de la législation du travail aux relations de travail non

2 ILO Cataloguing in Publication Data. *La relation de travail: guide annoté sur la recommandation no 198* / Bureau international du Travail. - Genève: BIT, 2008,75 p.ISBN: Disponível em <<http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/downloads/papers/erelations.pdf>>



PROCESSO N° TST-RR-949-15.2011.5.02.0242

traditionnelles. Particulièrement en relação ao primado da substância sobre a forma, o documento afirma que:

Dans la majorité des systèmes légaux, la primauté des faits – la substance de la relation – prévaut sur les termes utilisés et la forme du contrat.

Au **Canada**, la Cour d'appel fédérale, dans son arrêt *Wiebe Door Services Ltd.c. Canada* (ministère des Contributions), 1986, 3 F.C. 553, examinait la situation réelle des différents travailleurs de l'entreprise (installateurs et réparateurs de portes). La Cour a conclu que l'entreprise était tenue de payer pour ces travailleurs les taxes et cotisations de sécurité sociale. La Cour a considéré que, même si l'entreprise utilisait les services de ces travailleurs sur base d'un arrangement suivant lequel ils s'occupaient de leurs propres affaires et payaient eux-mêmes leurs taxes et contributions, un tel arrangement n'était pas en soi déterminant pour la qualification et la nature de la relation entre les parties et que la Cour était tenue d'examiner attentivement les faits pour qualifier ladite relation. **Japon** – Les Cours et tribunaux ont à plusieurs reprises affirmé qu'il y a bel et bien relation de travail lorsque les circonstances attestent une telle relation, quelles que soient les dispositions du contrat. C'est le cas en particulier lorsqu'il y a un contrôle effectif sur le travail et le paiement du salaire. Le principe s'applique également aux relations de travail contractuelles, ainsi qu'aux relations de type placement de travailleurs. (v. *Affaire SAGA TV: Arrêt de la Haute Cour de Fukuoka*, 7 juillet 1983, *Hanrei Jiho* no 1084, p.126; *Affaire SEN-EI: Arrêt du Tribunal de Saga*, section de Takeo, du 28 mars 1997, *Rodo Hanrei*, no 719, p.38.) **Afrique du Sud** – La Cour d'appel du Travail, dans son arrêt *Denel (Pty) Ltd. c. Gerber*, 2005, 9 BLLR 849 concluait: «Légalement la question de savoir si oui ou non une personne est salariée d'un employeur doit être décidée sur base de la réalité - sur base de la substance et non de la forme ou des termes utilisés - ou tout au moins pas seulement sur la base de la forme ou des termes utilisés.» **Royaume Uni** – Arrêt de la Cour d'appel, *Cable & Wireless PLC c. Muscat*, 2006 IRLR 355. Confirmant la jurisprudence antérieure faisant du contrat de travail une nécessité (*Dacas c. Brook Street Bureau (UK) Ltd.*, 2004, IRLR 359), la Cour a retenu le critère de mutualité à deux éléments pour décider qui est salarié dans les situations impliquant une chaîne de relations et des relations triangulaires. Ces deux



PROCESSO N° TST-RR-949-15.2011.5.02.0242

éléments sont, d'une part, une obligation de fournir le travail et, d'autre part, une obligation de l'effectuer assortie d'un contrôle sur ce travail ; peu importe si les arrangements en matière de rétribution sont faits directement ou indirectement (comme dans le cas en question, où une entreprise intermédiaire payait les factures). Un contrat implicite existait bel et bien entre le travailleur et l'utilisateur final puisque l'entreprise Cable & Wireless était obligée de fournir à M. Muscat du travail et que M. Muscat était obligé de se rendre dans les locaux de l'entreprise et d'effectuer le travail sous le contrôle de la direction de l'entreprise. **Uruguay** – Dans l'arrêt no 387 TAT 2, du 31 octobre 2002, Tosi, Lopez, Echeveste, la Cour concluait que dans les conflits du travail, le principe de la primauté des faits sur la forme du contrat prévaut. “

Portanto, a *quaestio iuris* deve ser analisada, como dito anteriormente, de acordo com princípio do primado da substância sobre a forma, ou seja dos fatos sobre o pactuado.

Não mais se admite, diante da nova codificação, que as condutas das partes estejam sempre eivadas da intenção mútua de prejudicar, a presunção é a de que a execução do contrato de trabalho foi baseada no princípio da boa-fé e da lealdade.

Nesse sentido, leciona Alice Monteiro de Barros que o contrato de trabalho é uma "*modalidade de relação jurídica constituída de um feixe de direitos e de deveres assumidos pelo empregado e pelo empregador na celebração do contrato e que se exterioriza na sua execução*".

Sendo assim, é necessário o retorno dos autos à mm. Vara de origem para que sejam examinadas as alegações do autor, acerca do desvirtuamento do contrato de estágio.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para, destrancando o recurso de revista, dele conhecer por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para



PROCESSO N° TST-RR-949-15.2011.5.02.0242

determinar o retorno dos autos à mm. Vara de origem para que sejam examinadas as alegações do autor, acerca do desvirtuamento do contrato de estágio.

Brasília, 4 de Dezembro de 2013.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA

Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100093C49563E98FE4.