



PROCESSO Nº TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

A C Ó R D ã O

(SDI-1)

GMBM/LAG/

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E ANTES DA LEI Nº 13.467/2017 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ESPECIALIZADO DE FISIOTERAPIA EM UNIDADE HOSPITALAR. ATIVIDADE-MEIO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA 126 DO TST. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO EMBARGADA. A 8ª Turma desta Corte, partindo do exame do art. 4º da Lei nº 12.842/2013 ("lei do ato médico") - do qual extraiu a definição legal das funções privativas de médico, identificando, assim, o núcleo das atividades finalísticas dos estabelecimentos médico-hospitalares -, concluiu, em primeiro plano, que a atividade de fisioterapia constitui serviço especializado do Hospital, caracterizando-se como atividade-meio, cuja terceirização, nos termos da Súmula 331, III, do TST, é lícita. A tal fundamento, aduziu a conclusão da inexistência de pessoalidade e subordinação, dando provimento ao recurso de revista para julgar improcedente a ação civil pública. Constata-se que a decisão embargada, ao concluir pela licitude da terceirização, o fez a partir de duplo fundamento, autônomos entre si, sendo certo que a alegação de que tal reconhecimento decorreu de incursão probatória não é capaz de atingir o seu âmago quanto ao primeiro fundamento, todo ele assentado na dicção do art. 4º da Lei nº 12.842/2013. Com efeito, o fundamento de que os serviços de fisioterapia se inserem na atividade-meio do Hospital derivou de exegese legal, não havendo falar, neste aspecto, em contrariedade à Súmula 126



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

do TST, de modo que, ainda que se verificasse tal contrariedade quanto ao segundo fundamento - inexistência de pessoalidade e subordinação jurídica -, permaneceria incólume o primeiro, restando inviabilizado o efeito jurídico de restabelecimento do acórdão regional apenas quanto àquele. Nesse contexto, tem-se que o primeiro fundamento da decisão vergastada não foi alcançado pelas alegações recursais, que não vislumbraram a natureza jurídica do debate, em desalinho ao que dispõe a Súmula 422, I, do TST. **Recurso de embargos não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista n° **TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001**, em que é Embargante **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** e são Embargados **HOSPITAL DE MEDICINA ESPECIALIZADA LTDA - HOSPITAL SANTA ROSA e FISIONOVA FISIOTERAPIA LTDA.**

Trata-se de recurso de embargos interposto pelo *Parquet* contra o acórdão proferido pela 8ª Turma deste Tribunal Superior do Trabalho que conheceu do recurso de revista das reclamadas quanto ao tema "TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-MEIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ESPECIALIZADO DE FISIOTERAPIA EM UNIDADE HOSPITALAR. LICITUDE", por violação do art. 3º da CLT e contrariedade à Súmula 331, III, do TST, e, no mérito, julgou improcedente a Ação Civil Pública.

O recurso de embargos foi admitido por divergência jurisprudencial.

Foi apresentada impugnação ao recurso de embargos. É o relatório.

V O T O

CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ESPECIALIZADO DE FISIOTERAPIA EM UNIDADE HOSPITALAR. ATIVIDADE-MEIO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA 126 DO TST. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO EMBARGADA

O recurso de embargos não alcança conhecimento, à míngua de impugnação específica a todos os fundamentos da decisão embargada.

Quanto ao tema, a 8ª Turma assim fundamentou sua decisão:

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região negou provimento aos Recursos Ordinários das Rés, por considerar ilícita a terceirização entabulada mediante contratação, pelo Hospital de Medicina Especializada LTDA – Hospital Santa Rosa (tomadora), dos serviços de fisioterapia prestados pela segunda Ré (empregadora).

Eis o teor da decisão:

O MPT ingressou com a presente Ação Civil Pública em desfavor de **HOSPITAL DE MEDICINA ESPECIALIZADA LTDA - SANTA ROSA (1ª ré)** e **FISIONOVA FISIOTERAPIA LTDA - ME (2ª ré)**, tendo em vista a constatação de irregularidades quanto à prestação de serviços de fisioterapia.

Verificou-se, *in casu*, mediante Inquérito Civil Público, que a 2ª ré (**FISIONOVA FISIOTERAPIA LTDA - ME**), mantinha contrato de prestação de serviços com fisioterapeutas, encaminhando-os para o trabalho na 1ª ré (**HOSPITAL DE MEDICINA ESPECIALIZADA LTDA - SANTA ROSA**), alegando a existência de terceirização.

Assim, mediante a ilegalidade tanto da contratação dos fisioterapeutas como prestadores de serviços, quanto de terceirização indevida de atividade fim da 1ª demandada, o autor acionou esta Especializada almejando a concessão de tutela inibitória - de forma antecipada - quanto às obrigações de não fazer e fazer pela demandadas, a confirmação dessas medidas em julgamento meritório, e a condenação das rés, de forma solidária, ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 500.00,00 (quinhentos mil reais).

Ambas as rés apresentaram defesa arguindo a legalidade da terceirização procedida, tendo em vista que os serviços de fisioterapia não podem ser enquadrados na atividade-fim do nosocômio; bem



PROCESSO Nº TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

como sua legitimidade por não haver subordinação e pessoalidade entre os prestadores e a 1ª ré.

A 2ª ré aduz, ainda, a perda do objeto da ação, uma vez que procedeu a contratação dos fisioterapeutas como empregados celetistas.

A 1ª ré complementa a tese defensiva indicando a inexistência dos elementos que configuram a subordinação.

Postulam, dessa feita, a improcedência das tutelas requeridas, bem como da indenização almejada e, de forma subsidiária, vindicam a redução do *quantum* fixado.

Instruído o feito e ofertadas as propostas conciliatórias devidas, os autos foram conclusos ao magistrado.

O d. juízo de origem encampou a tese *do parquet*, quanto à irregularidade da terceirização, determinando o seguinte (id. 724535f, pág. 4):

Por todo o exposto, decido julgar procedente o pleito formulado na alínea "a" do rol dos pedidos para determinar que o segundo reclamado HOSPITAL SANTA ROSA se abstenha de terceirizar os serviços de fisioterapia, devendo desenvolver tais atividades por meio de empregados próprios (diretamente contratados), sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor de instituição social a ser definida em fase de execução, por cada prestador encontrado em situação irregular.

Ainda, julgo procedente o pedido contido na alínea "b" a fim de determinar que a segunda reclamada (Hospital Santa Rosa) regularize a situação dos fisioterapeutas que trabalham em seu favor, registrando os respectivos contratos de emprego diretamente, sem a intermediação de qualquer empresa, no prazo de 10 dias a contar do trânsito em julgado dessa decisão, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor de instituição social a ser definida em fase de execução, por cada prestador encontrado em situação irregular.

Quanto ao pedido contido na alínea "c", julgo procedente a fim de que a primeira reclamada (Fisionova) se abstenha de praticar a intermediação ilícita de mão-de-obra, especialmente de profissionais de saúde, fisioterapeutas, em favor da segunda reclamada (Hospital Santa Rosa), sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor de instituição social a ser definida em fase de execução, por cada prestador encontrado em situação irregular.

Por fim, julgo parcialmente procedente o pedido da alínea "d" a fim de que a segunda reclamada (Fisionova) efetue o registro dos contratos de trabalho dos profissionais que trabalham em seu favor e ainda não tiveram registrada a sua CTPS, sendo certo que alguns já foram comprovados nos autos, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor de instituição social a ser definida



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

em fase de execução, por cada prestador encontrado em situação irregular.

Saliente-se, por oportuno, que os fisioterapeutas registrados pela 2ª reclamada (Fisionova) e que trabalhem em benefício da 1ª reclamada (Hospital), deverão ter a sua CTPS baixada a fim de regularizar o registro com o real empregador, conforme decidido acima.

Bem como deferiu a indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para a 1ª ré e R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para a 2ª.

Pois bem.

As demandadas insurgem-se contra tal decisão.

Aduzem a legitimidade e regularidade da terceirização, insistindo na tese de que a atividade desenvolvida por fisioterapeuta é atividade-meio e não atividade-fim do Hospital.

Aludem à imprecisão dos referidos conceitos, não havendo parâmetros objetivos necessários a subsidiar o entendimento primevo.

Indicam que a resolução da ANVISA mencionada pelo magistrado, cinge-se aos serviços realizados na UTI, o que não se amolda ao particular.

Sendo indevida, outrossim, a referência aos julgados que amparam a decisão porquanto dissonantes em relação ao contexto fático.

Reitera, a 2ª ré que procedeu a contratação dos fisioterapeutas como empregados celetistas, prescindindo a medida ora adotada.

Alegam violação aos preceitos constitucionais da legalidade e livre iniciativa (art. 5º, II e 170 da CF) porquanto não há disposição legal nesse sentido, não havendo falar, ademais, em inobservância da Súmula n° 331 do C. TST, porquanto fora respeitada tanto em relação à atividade terceirizada quanto no que concerne à inexistência de pessoalidade e subordinação na prestação do serviço.

Consideram, dessa feita, desarrazoada e desproporcional a declaração de irregularidade proferida; eplo que vindicam o reconhecimento da licitude da terceirização da atividade de Fisioterapia prestada pela 2ª ré ao Hospital demandado - mormente após a regularização da contratação pela 2ª ré - com a consequente exclusão das condenações: obrigações de fazer e não fazer; por parte de ambas as rés.

Sem razão.

Da análise do conjunto probatório constante nos autos, a situação ilustrada é a seguinte.

A 2ª ré (FISIONOVA FISIOTERAPIA LTDA - ME), mediante contrato de prestação de serviços com fisioterapeutas (v.g. id. ab0e642, pág. 41 e seguintes, ordem crescente) intermediava a atuação destes na 1ª ré (HOSPITAL DE



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

MEDICINA ESPECIALIZADA LTDA - SANTA ROSA), por meio de alegado contrato de prestação de serviços (id. id. 89c3a97, pág. 26), aduzindo a existência de terceirização lícita destes.

Durante a instrução processual, a 2ª ré aludiu a contratação efetiva dos fisioterapeutas como empregados celetistas, inclusive com a apresentação das respectivas CTPS anotadas (id. ca28d9b, pág. 1 e seguintes, ordem crescente).

Pois bem.

Entendo que, da forma como se apresenta, a situação não poderia prosperar em absoluto.

A uma porque perfilho do entendimento de piso, que encampou a tese do *parquet*, no sentido de que trata-se de terceirização da atividade-fim; em flagrante violação à disposição da Súmula n° 331 do C. TST.

Tem razão as rés quando aludem que a Resolução da ANVISA n° 07/2010 refere-se apenas à UTI. Contudo, a ilação referente à configuração de atividade-meio não se baseia apenas nesse texto.

Por atividade-meio entende o doutrinador, Maurício Godinho Delgado:

(...)

Sendo **inviável incluir a fisioterapia, nesse contexto, como atividade meramente "instrumental, de estrito apoio logístico ao empreendimento"**.

É certo que tal atividade se insere na dinâmica empresarial do nosocômio, bem como se relaciona ao seu contexto econômico mais amplo.

Assim, não há falar em legitimidade da intermediação verificada nos autos, haja vista ser inafastável a conclusão de que **os serviços de fisioterapia tratam-se de atividade-fim do Hospital.**

O que resta evidenciado, ademais, pelos contratos sociais e os pactuados tanto entre as empresas, confira-se:

- **"As partes acima qualificadas têm, entre si, justo e acertado o presente Contrato de Prestação de Serviços de Fisioterapia em enfermaria UTI geral, e UTI infantil, que se regerá pelas cláusulas seguintes e pelas condições de preço, forma e termo de pagamento descritas no presente instrumento." (id. - 89c3a97, pág. 26)**

- **"É objeto do presente contrato, prestado ao CONTRATANTE, a prestação de serviços médico-hospitalares na área de fisioterapia, tanto motora quanto respiratória, sejam de natureza clínica ou cirúrgica, restritas aos quartos, suítes e enfermarias dentro das dependências deste estabelecimento." (id. 89c3a97, pág. 26)**

- **"A sociedade tem como objeto social as seguintes atividades:**



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

- Serviços-médicos-hospitalares (hospital, sanatórios, casa de repouso, casa de saúde, clínicas, maternidades, policlínicas, ambulatórios)78a23c6 - Pág. 5

O que encontra reforço, ademais, pela frequência em que os plantões eram prestados, cf escalas de plantão id. 10690b5, pág. 39 e seguintes e depoimento da representante da 2ª ré quando da audiência no Ministério Público (id. 10690b5, pág. 34 *in fine*).

A duas, e ainda que assim não se entendesse, a terceirização, no caso em tela, revela-se irregular também por constatar-se a pessoalidade e subordinação entre a tomadora e os fisioterapeutas.

Quanto à pessoalidade e subordinação, extrai-se dos depoimentos constantes no Inquérito:

- *Fábio Somões: que o depoente é coordenador da UTI Geral e da Unidade coronariana; que era proprietário de uma empresa que prestava serviços à UTI Geral do hospital; (id. 63571f1, pág. 8)*

- *Antonia Mariela Aguirre: que trabalha na unidade coronariana do Hospital Santa Rosa e na UTI Neonatal do Hospital Universitário Julio Muller (...) que quem fixa a escala dos fisioterapeutas é a Fisionova; que se a depoente tiver interesse em trocar os turnos da escala, deve conversar com a Fisionova; que se a depoente quiser trocar algum horário de plantão, pode conversar com seus colegas para que alguém a cubra no seu período preestabelecido na escala; que também quanto às férias, a depoente tem que conversar com os colegas para ver quem a substitui nesses períodos; que todos os dias a depoente chega, vai direto para a UTI, acompanha a evolução dos pacientes e as prescrição dos pacientes e posteriormente atende os pacientes que necessitam de fisioterapia; que os EPIs são fornecidos pela unidade; que avalia como boas as condições de trabalho no hospital; que no Hospital Santa Rosa há somente Fisioterapeutas contratados pela Fisio Q.va salvo na UTI neonatal em que é outra empresa que presta serviços." (id. 63571f1, pág. 10)*

- *Ana Fátima: que trabalhava como fisioterapeuta na unidade de internação geral, também chamada de enfermaria; que realiza fisioterapia dos pacientes internados de modo geral, (...) que quem fez a escala de trabalho dos fisioterapeutas foi a Fisionova; que se precisar faltar a depoente fala com a coordenação da Fisionova; que quanto às férias sempre combina com os colegas e nunca precisou pedir à empresa para conceder férias; (...) e lá pegam a lista com o nome dos pacientes a serem atendidos e os fisioterapeutas dividem os p 'entes entre si" (id. 63571f1, pág. 11/12)*

- *Alexandre Silva: que a escala de trabalho é fixada pela Fisionova; que caso haja necessidade de faltar ao trabalho, deve conversar com seus colegas para que alguém o substitua; que caso queira alterar a escala, deverá consultar a Fisionova; (...) que já recebeu uma reclamação verbal da coordenadora do setor por ter*



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

saído mais cedo do seu plantão; que na escala de trabalho há dois dia em que o depoente não trabalha (...), que tem conhecimento de que todos os hospitais de Cuiabá terceirizam o setor de Fisioterapia, exceto o Hospital Geral Universitário." (id. 63571f1, pág. 13)

- Luiz Arthur: que a jornada de trabalho é fixada pela empresa Fisionova, determinando com quantas horas o plantão é composto e os dias em que o depoente deverá trabalhar; (...) que realiza tais plantões por sua própria vontade, sem imposição da empresa; que já, por várias vezes, recebeu reclamações da Fisionova por chegar tarde ou sair mais cedo do plantão; (...) que já ocorreu do depoente querer tirar férias e não ter quem o substituísse, tendo o depoente que cancelar os planos de férias; (id. 63571f1, pág. 14)

- Hellen Cristina Pinto: que nesse período, ou seja, quatro anos atrás, no Santa Rosa havia três equipes de fisioterapia, quais seja: UTI Geral, enfermaria e a Unidade Coronariana; (...) que nos dias em que é escalada para trabalhar não pode faltar ao serviço, deve arranjar um substituto; (...) que a depoente trabalha dentro do Hospital Santa Rosa, na enfermaria, UTI e Unidade Coronariana; (id. 63571f1, pág. 29)

- Clélia Cristina: que a depoente, caso queira mudar o dia de folga, deve falar com algum colega fisioterapeuta para substituí-la e caso o colega não aceite, a depoente é obrigada a trabalhar, já que não pode faltar; que já ocorreu um caso da depoente ter que faltar e não ter nenhum colega para substituída; que, neste caso, foi repreendida pelo coordenador da Fisionova (...) que quem decide quais pacientes necessitam do tratamento fisioterápico são os médicos e estes indicam, inclusive o tipo de fisioterapia, por exemplo, fisioterapia respiratória e/ou motora; que os fisioterapeutas só decidem a técnica a ser aplicada a partir da prescrição médica; que a depoente no início das suas atividades, ingressa no hospital e se dirige diretamente à UTI do Hospital Santa Rosa; na UTI do Hospital Santa Rosa (...) que já chegou a receber reclamações diretamente de funcionários do Hospital Santa Rosa; que os funcionários que são superiores à função da depoente podem reclamar diretamente com os fisioterapeutas; que, quanto ao serviço dos fisioterapeutas, é possível que os pacientes reclamem diretamente aos funcionários do hospital ou junto à Fisionova; que a depoente possui horário para cumprir previamente estabelecido e não pode chegar mais tarde ou sair mais cedo (...) que os fisioterapeutas não possuem férias; que a depoente nunca tirou férias de 30 dias; que se a depoente quiser tira férias tem que arranjar algum colega da equipe que a substitua; que o máximo de tempo que a depoente tirou de férias foi de 10 dias; que quando a depoente deve um filho no ano de 2008, não lhe foi concedida uma licença maternidade, mas a depoente comunicou que ficaria ausente por determinado período, o que foi possível porque nesse período a



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

depoente ainda não havia celebrado contrato formal com a Fisionova (id. 63571f1, pág. 31)

- Maristela Andreolli: que a depoente trabalha dentro do Hospital, na UTI; que trabalha na UTI adulto; que uma outra equipe trabalha na UTI Neonatal e que esses fisioterapeutas possuem carteira assinada; que trabalha num lugar totalmente insalubre, com muita responsabilidade; que não possui carteira assinada, (id. 63571f1, pág. 34) (Destaquei)

Donde se extrai, inclusive, a **prestação serviços por determinados fisioterapeutas na UTI, a corroborar a irregularidade** (Resolução Anvisa n° 07/2010).

Ademais, **se constata, no presente caso - para além da subordinação jurídica -, a existência de subordinação estrutural**, quem vem a ser:

(...)

O que resta inafastável no presente caso conforme as alegações alhures.

De se registrar que não se olvida o depoimento apresentado pela testemunha patronal no seguinte sentido (id. 1e254d1, pág. 2):

"Trabalha na primeira reclamada (Fisionova) desde 01/08/2015, mediante carteira assinada; que iniciou seus trabalhos em benefício da reclamada em julho de 2008, porem nesta ocasião trabalhava como autonoma; sua jornada de trabalho não foi alterada, porém antes do registro tinha maior flexibilidade com os horarios e atualmente deve registrar cartão de ponto; acredita que sua CTPS foi assinada para formalizar o contrato, bem como as regras com o horario; Perguntas da primeira ré: antes do registro a depoente poderia trocar seu plantão e não havia obrigatoriedade de comunicar o responsável pela unidade; atualmente existe uma obrigação para esta comunicação; antes do registro a depoente poderia trabalhar, por exemplo, somente segundas, quartas e sextas, se assim pretendesse, porém atualmente deve cumprir uma escala de 30 horas semanais, com dias fixados durante a semana; antes do registro a depoente poderia viajar e somente trocaria seus plantões com alguma colega, podendo ficar afastado, por exemplo, por até 30 dias se assim quisesse; atualmente não tem essa flexibilidade; Perguntas da segunda ré: anteriormente poderia trocar plantões sem avisar o responsavel e não sofreria punição por isso; atualmente, se proceder dessa forma será advertida; nada mais.

Porquanto **entendo atestar o ordinário**, mormente após a formalização do vínculo, **não prevalecendo sobre todos os demais, quer pela riqueza de detalhes dos depoimentos colhidos pelo MPT, ou pela impossibilidade de vincular, por si só, a dinâmica**



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

experimentada pelos trabalhadores ao longo de vínculo analisado; não sendo bastante ao desiderato almejado.

Ressalto, por oportuno, que os depoimentos colhidos em sede de ICP são idôneos como meio de prova nos termos de entendimento jurisprudencial já registrado no C. TST:

(...)

Desde que analisado em conjunto e contextualizado com as provas produzidas no feito, como ora se procedeu.

Outrossim, verifica-se que **a relação entre a 2ª ré (FISIONOVA FISIOTERAPIA LTDA - ME) e os fisioterapeutas serviu tão-somente para (id. 724535f, pág. 4): "...mascarar o vínculo de emprego com os profissionais de saúde e de fraudar o cumprimento de obrigações trabalhistas, atraindo a aplicação do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho."** Dessarte, **por todos os lados que se analise a questão, é ilegítima a contratação dos fisioterapeutas como prestadores de serviço pela FISIONOVA FISIOTERAPIA LTDA - ME porquanto desvirtuadas as características inerentes a esta avença; bem como é igualmente irregular a terceirização aludida, seja por tratar-se de atividade-fim da alegada tomadora, seja pela existência de pessoalidade e subordinação entre esta a os fisioterapeutas,** a estabelecer - com base neste fundamento - a existência do vínculo empregatício nos termos da Súmula n° 331 do C. TST.

Por derradeiro, esclareço que a ação não perdeu o objeto com a contratação dos fisioterapeutas pela 2ª ré (**FISIONOVA FISIOTERAPIA LTDA - ME**), uma vez que, constatada a irregularidade, o vínculo é formado diretamente com a tomadora, como bem consignou o magistrado de origem no deferimento das tutelas. Cabendo a contratação pela 2ª ré, apenas daqueles que eventualmente tivessem sido contratados como autônomos e não estavam prestando serviço para a 1ª ré (**HOSPITAL DE MEDICINA ESPECIALIZADA LTDA - SANTA ROSA**), como já consignado alhures.

Assim, é devida a manutenção da decisão de origem quanto às tutelas inibitórias deferidas, devendo serem observadas, por sua correção, *in totum*.

Nego provimento.

Em Recurso de Revista, a Ré Fisionova Fisioterapia LTDA alega que a fisioterapia constitui atividade-meio do tomador. Sustenta que a terceirização é lícita, por se incluir no princípio constitucional da livre iniciativa. Aponta violação aos arts. 5º, II, 6º, 170, *caput* e inciso VIII, e 196, da Constituição; e contrariedade à Súmula n° 331 do TST. Colaciona arestos.



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

O Réu Hospital de Medicina Especializada LTDA – Hospital Santa Rosa, em seu Recurso de Revista, alega a licitude da terceirização, afirmando que a fisioterapia constitui atividade-meio do hospital. Sustenta que a prestação dos serviços não ocorreu com pessoalidade e subordinação. Sustenta que a terceirização é lícita, por se incluir no princípio constitucional da livre iniciativa. Aponta violação aos arts. 5º, II, e 170 da Constituição, e 3º da CLT, bem como contrariedade à Súmula nº 331 do TST.

O Exmo. Relator, Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, não conhece do Recurso de Revista, no tópico, por entender inválida a intermediação de mão-de-obra. Eis os fundamentos:

1 - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS

As reclamadas sustentam que a atividade de fisioterapeuta não corresponde à atividade-fim do tomador, mas à atividade-meio. Aduzem que a terceirização é lícita e se inclui no princípio da livre iniciativa. Asseveram que não estão presentes os requisitos do art. 3º da CLT. Indicam violação dos arts. 5º, II, e 170, da Constituição da República, bem como contrariedade à Súmula 331 do TST. Colacionam arestos para cotejo de teses.

Sem razão.

O Regional, quanto ao tema, consignou:

(...)

O Regional, com amparo na prova produzida, insuscetível de reexame em face do óbice da Súmula 126 do TST, concluiu pelo reconhecimento do vínculo empregatício entre os fisioterapeutas e a primeira reclamada, tomadora dos serviços, e que o contrato de terceirização firmado entre as reclamadas é ilícito, em fraude à legislação trabalhista, pois as atividades desenvolvidas pelos fisioterapeutas na tomadora dos serviços eram inerentes à sua própria atividade-fim.

Partindo-se dessas premissas fáticas, verifica-se que o acórdão regional está em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, consubstanciada na Súmula 331, I, do TST, segundo a qual "A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços", não se aplicando, portanto, o inciso III do referido verbete sumulado.

Assim, o apelo não ultrapassa o óbice da Súmula 333 do TST e art. 896, § 7º, da CLT, ante a pacificação da controvérsia por esta Corte uniformizadora de jurisprudência.

Por fim, não se reconhece a alegada violação do art. 5º, II, da Constituição, porquanto o postulado da legalidade insculpido no



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

referido preceito corresponde a princípio geral do nosso ordenamento jurídico, pelo que a sua violação, em regra, não será direta e literal, como exigido pelo artigo 896, “c”, da CLT, na medida em que pressupõe a revisão da interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida. Inteligência da Súmula 636 do STF.

Não conheço.

Peço vênia para divergir de seu posicionamento.

O acórdão regional reputou ilícito o contrato de terceirização celebrados pelos Réus com base em duplo fundamento: (i) entendeu que a **fisioterapia constitui atividade-fim do hospital**; e (ii) considerou que, por serem **os serviços exercidos pelos fisioterapeutas prestados com pessoalidade e subordinação**, o vínculo de emprego se formara diretamente com a tomadora.

Nos termos do item III da Súmula n° 331 do TST, é lícita a terceirização “de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

É lícito, portanto, que o hospital terceirize serviços especializados ligados a sua atividade-meio.

É o que se observa, por exemplo, na contratação de laboratórios especializados para a realização de exames médicos. Conquanto o laboratório seja imprescindível à adequada prestação dos serviços de saúde, sendo necessário para a atividade-fim de uma unidade hospitalar, é certo que – *considerada a especialização do serviço* – sua terceirização é juridicamente permitida.

Do mesmo modo, **a fisioterapia constitui serviço especializado. Embora muitas vezes seja necessária ao tratamento fornecido em hospital, não se confunde com a atividade-fim do nosocômio.**

Bem por isso, a Lei n° 12.842/2013 (“lei do ato médico”), que dispõe sobre o exercício da medicina (art. 1º), instituiu as atividades privativas de médico. A título exemplificativo, o art. 4º do diploma legal estatui que apenas tal profissional pode prescrever a “indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios” (inciso II), indicar “execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos” (inciso III) e promover a



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

“determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico” (inciso X).

A definição legal das funções privativas de médico permite identificar o núcleo das atividades finalísticas dos estabelecimentos médico-hospitalares. Assim, em regra, as demais funções especializadas (fisioterapia, psicologia, terapia ocupacional, radiologia, exames laboratoriais, entre outras), caracterizam-se como atividades-meio do estabelecimento, ainda que necessárias ao atendimento médico-hospitalar.

Por essa razão, **entendo que a contratação de empresa especializada em fisioterapia por hospital não configura hipótese ilícita de intermediação de mão-de-obra.**

De outro lado, também não verifico a pessoalidade e a subordinação na prestação dos serviços.

Conquanto o acórdão regional tenha reputado a presença dos requisitos ao reconhecimento do vínculo empregatício, os únicos elementos fáticos apresentados como justificativa levam ao entendimento contrário.

Ressalto que não se trata de revisar os elementos probatórios produzidos nos autos – *procedimento obstado pela Súmula nº 126/TST* -, mas de proceder ao adequado enquadramento dos fatos narrados pelo Eg. Tribunal Regional do Trabalho.

Na espécie, **o acórdão entendeu caracterizadas a pessoalidade e a subordinação com base na prova testemunhal. Contudo, os depoimentos conduzem à inexorável conclusão de que os fisioterapeutas apenas respondiam à empregadora, prestadora dos serviços especializados de fisioterapia.**

Refiro os depoimentos, transcritos no acórdão regional: “quem fixa a escala dos fisioterapeutas é a Fisionova; que se a depoente tiver interesse em trocar os turnos da escala, deve conversar com a Fisionva”; que “(...) quem fez a escala de trabalho dos fisioterapeutas foi a Fisionova; que se precisar faltar a depoente fala com a coordenação da Fisionova”; que “(...) a jornada de trabalho é fixada pela empresa Fisionova, determinando com quantas horas o plantão é composto e os dias em que o depoente deverá trabalhar” (fl. 1024).



PROCESSO N° TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

Como se percebe, **os depoimentos indicam que os trabalhadores se reportavam diretamente à Fisionova Fisioterapia LTDA, empregadora. A prestadora dos serviços especializados definia os turnos da escala, a jornada de trabalho e coordenava o cumprimento da jornada.**

A circunstância de os médicos serem responsáveis pela designação do tratamento fisioterápico não altera o cenário jurídico. Pelo contrário, esse aspecto **reforça a conclusão de a fisioterapia constituir atividade-meio no tratamento médico-hospitalar, na medida em que o médico é o responsável pela designação da tipologia fisioterápica adequada.**

Tampouco altera esse cenário o fato de os fisioterapeutas eventualmente receberem reclamações diretas dos empregados do hospital, já que se trata de aspecto inerente às relações humanas, considerando-se que os fisioterapeutas laboravam no mesmo ambiente que os empregados do hospital.

Assim, **o cenário fático apresentado no acórdão regional torna inviável o reconhecimento do vínculo empregatício dos fisioterapeutas com a segunda Ré (Hospital de Medicina Especializada LTDA – Hospital Santa Rosa).**

Nesses termos, **conheço** de ambos os Recursos de Revista por violação ao art. 3º da CLT e por contrariedade à Súmula nº 331 do TST, por má-aplicação.

b) Mérito

Consectário lógico do conhecimento do Recurso de Revista por violação legal e por contrariedade a Súmula desta Eg. Corte é o seu provimento.

Assim, **dou provimento** aos recursos para julgar improcedente a Ação Civil Pública. Julgo prejudicado o exame dos demais tópicos dos Recursos de Revista.”

Nas razões do recurso de embargos, a parte indica contrariedade à Súmula nº 126 desta Corte. Transcreve arestos a fim de evidenciar a ocorrência de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que houve reexame do conjunto fático-probatório dos autos para se concluir pela licitude da



PROCESSO Nº TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

terceirização, desconsiderando que a natureza finalística dos serviços de fisioterapia estava prevista no objeto do contrato social do Hospital, bem como incursionando na prova testemunhal para afastar a configuração dos requisitos da pessoalidade e subordinação que permitiram a configuração do vínculo de emprego.

A c. 8ª Turma, partindo do exame do art. 4º da Lei nº 12.842/2013 ("lei do ato médico") - do qual extraiu a definição legal das funções privativas de médico, identificando, assim, o núcleo das atividades finalísticas dos estabelecimentos médico-hospitalares -, concluiu, em primeiro plano, que a atividade de fisioterapia constitui serviço especializado do Hospital, caracterizando-se como atividade-meio, cuja terceirização, nos termos da Súmula 331, III, do TST, é lícita. A tal fundamento, aduziu a conclusão da inexistência de pessoalidade e subordinação, lançando mão do reexame da prova testemunhal transcrita no acórdão regional.

Constata-se que a decisão embargada, ao concluir pela licitude da terceirização, o fez a partir de duplo fundamento, autônomos entre si, sendo certo que a alegação de que a licitude da terceirização reconhecida no acórdão embargado dependeu de incursão probatória não é capaz de atingir o seu âmago quanto ao primeiro fundamento, todo ele assentado na dicção do art. 4º da Lei nº 12.842/2013.

Com efeito, o fundamento de que os serviços de fisioterapia se inserem na atividade-meio do Hospital derivou de exegese legal, não havendo falar, neste aspecto, em contrariedade à Súmula 126 do TST, de modo que, ainda que se verificasse tal contrariedade quanto ao segundo fundamento - inexistência de pessoalidade e subordinação jurídica -, permaneceria incólume a decisão no que tange ao primeiro, a atrair, como fez o acórdão embargado, a incidência da Súmula 331, III, do TST, nem sequer mencionada no apelo.

Nesse contexto, tem-se que o primeiro fundamento da decisão vergastada não foi alcançado pelas alegações recursais, que não vislumbraram a natureza jurídica do debate, em desalinho ao que dispõe a Súmula 422, I, do TST, segundo a qual "*I - Não se conhece de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho se as razões do recorrente não*



PROCESSO Nº TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que proferida."

Sinale-se que a divergência jurisprudencial suscitada se limitou à demonstração de contrariedade à Súmula 126 do TST, no que, não fosse o óbice ora apontado, mais amplo, atrairia aquele da Súmula 23 do TST.

No mesmo sentido, os seguintes julgados desta Corte:

"EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. PRESCRIÇÃO. TRABALHADOR AVULSO. MARCO INICIAL. TÉRMINO DA VIGÊNCIA DA NORMA COLETIVA. RECURSO DE EMBARGOS DESFUNDAMENTADO. SÚMULA Nº 422 DO TST. A Turma, ao responder aos primeiros embargos de declaração interpostos pela reclamada, consignou dois fundamentos para não acatar a prescrição nos termos em que requerida pela empregadora: ausência de prequestionamento, uma vez que a Corte regional não enfrentou a questão sob o ângulo pretendido, qual seja consideração do término de vigência do instrumento coletivo cujo cumprimento é postulado como marco inicial do prazo prescricional; e que a vigência do instrumento coletivo não repercute na contagem do prazo prescricional. Verifica-se, pois, que a Turma erigiu dois fundamentos para não considerar o término de vigência do instrumento coletivo como marco inicial do prazo prescricional, cada um deles suficiente para manter a decisão. Nesse contexto, **verifica-se que o recurso de embargos, no particular, revela-se desfundamentado, uma vez que infirma apenas um fundamento da decisão da Turma**, qual seja a impertinência do término da vigência do instrumento coletivo para a contagem do prazo prescrição. Quanto à ausência de prequestionamento da decisão regional, que ensejou a aplicação do óbice da Súmula nº 297 desta Corte, a parte não tece nenhum argumento para impugná-lo. No caso, portanto, a recorrente não se insurge, efetivamente, contra um dos fundamentos do acórdão da Turma, qual seja a ausência de prequestionamento da matéria. Segundo o princípio da dialeticidade, a fundamentação é pressuposto extrínseco de admissibilidade de qualquer recurso, sem a qual o apelo não logra desafiar a barreira do conhecimento. Este, aliás, é o entendimento pacificado nesta Corte superior,



PROCESSO Nº TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

consubstanciado na Súmula nº 422, item I, in verbis: "RECURSO. FUNDAMENTO AUSENTE OU DEFICIENTE. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece de recurso para Tribunal Superior do Trabalho se as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que proferida ". Desse modo, considerando que, no recurso de embargos, não se infirmam todos os fundamentos da decisão recorrida, não deve ser conhecido, ante o disposto na Súmula nº 422 enunciada. Embargos não conhecidos." (E-ED-RR-80600-42.2006.5.02.0252, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 30/09/2016).

"EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. CONTRADITA. TESTEMUNHA. ACÓRDÃO DA TURMA LASTREADO EM DUPLO FUNDAMENTO. INSURGÊNCIA CONTRA APENAS UM DOS FUNDAMENTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 422 DO TST. **Incide o óbice da Súmula nº 422 do TST quando a parte, em suas razões de embargos, se insurgir apenas contra um dos diversos e independentes fundamentos adotados pela Turma para decidir.** Verifica-se, no caso em tela, que a Turma se baseou em dois fundamentos para não conhecer do recurso de revista da reclamada no tema, quais sejam a aplicação da Súmula nº 357 do TST ao caso e a incidência do óbice da Súmula nº 126 do TST. A embargante, em seu recurso de embargos, limita-se a atacar apenas o fundamento referente à inaplicabilidade da Súmula nº 357 do TST, nada tecendo acerca da Súmula nº 126 do TST, verbete distinto e capaz de, por si só, amparar a decisão da Turma. Diante disso, fica claro que a reclamada deixou de impugnar todos os termos da decisão ora embargada, o que atrai o óbice da Súmula nº 422 do TST. Embargos não conhecidos." (E-ED-ED-RR-29300-86.2006.5.01.0246, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 08/05/2015).

"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. FEITO NÃO SUBMETIDO À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - EFEITOS. DECISÃO PROFERIDA COM BASE EM DOIS



PROCESSO Nº TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

FUNDAMENTOS. RECURSO QUE ATACA APENAS UM. 1 - Conforme transcrição da decisão, vê-se que **a e. Turma não conheceu do recurso de revista das Reclamadas com base em duplo fundamento**, a saber, a aplicação da Súmula 422/TST, ante a omissão em relação ao ataque ao fundamento da decisão recorrida (preclusão), e a reiteração das decisões deste Tribunal, no sentido de que a ausência de submissão da demanda trabalhista à CCP não constitui pressuposto processual; 2 - **As Reclamadas voltam-se somente contra o segundo fundamento, de forma que, ainda que desconstituído este, prevaleceria aquele**; 3 - Ademais, como aludidos arestos tratam somente do segundo fundamento, incide, na hipótese, o óbice da Súmula 23/TST. (...)Recurso de embargos não conhecido" (E-ED-RR-123000-61.2002.5.05.0015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Horacio Raymundo de Senna Pires, DEJT 26/11/2010).

"RECURSO. FUNDAMENTAÇÃO. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA Nº 422 DO TST 1. **A teor do que sinaliza a Súmula nº 422 do TST, afigura-se desfundamentado recurso que, muito embora, em tese, pudesse lograr êxito em relação à matéria impugnada, não ataca todos os fundamentos jurídicos autônomos contidos na decisão recorrida. 2. Tal diretriz não se dirige apenas às hipóteses em que a parte, nas razões recursais, invoca argumentos inteiramente divorciados da tese exposta na decisão impugnada. Alcança, também, os casos em que o recurso não abrange, um a um, os múltiplos fundamentos jurídicos de que se valeu referida decisão. 3. Raciocínio idêntico ao adotado na construção da Súmula nº 23 do TST**, para efeito de não conhecimento de recurso de revista ou de embargos em caso de inespecificidade da divergência jurisprudencial em virtude de não abranger todos os fundamentos versados na decisão impugnada. 4. Embargos de que não se conhece" (E-ED-RR-706760-27.2000.5.03.0110, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro João Oreste Dalazen, DEJT 09/04/2010).



PROCESSO Nº TST-E-RR-857-57.2015.5.23.0001

Oportuno esclarecer que, caso reconhecida a contrariedade à Súmula 126 do TST da forma como pretendida, ou seja, abrangendo ambos os fundamentos, o efeito jurídico seria o restabelecimento do acórdão regional, o que não seria possível quanto ao enquadramento dos serviços de fisioterapia como atividade-meio - primeiro fundamento -, cuja conclusão foi fundada, repita-se, exclusivamente em exegese legal não discutida no apelo.

Pelo exposto, **não conheço** do recurso de embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, **não conhecer** do recurso de embargos, vencidos os Excelentíssimos Ministros Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Scheuermann e Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

Brasília, 27 de maio de 2021.

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

BRENO MEDEIROS
Ministro Relator