



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 1

JUÍZA CONVOCADA ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER
Órgão Julgador: 5ª Turma

Recorrente: RODRIGO MOREIRA PALUDO - Adv. Eyder Lini
Recorrido: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S.A. -
Adv. Miriam Borges Loch
Recorrido: FUNDAÇÃO DE APOIO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - FAURGS - Adv.
Márcia Muratore

Origem: 26ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
Prolator da
Sentença: JUIZ ROBERTO TEIXEIRA SIEGMANN

E M E N T A

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. CONTRATO NULO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS. É nula a contratação de empregado por ente público, após a promulgação da Constituição Federal, sem aprovação prévia em concurso público. Aplicabilidade do art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Nulidade que, no campo do Direito do Trabalho, resguarda os efeitos decorrentes da prestação de serviços em benefício de outrem, assegurando ao trabalhador o direito à indenização pela força trabalho despendida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: **preliminarmente, à unanimidade de**



ACÓRDÃO

0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 2

votos, rejeitar a prefacial deduzida nas contrarrazões da segunda reclamada, de não conhecimento do recurso ordinário do reclamante em relação ao pedido sucessivo de reconhecimento do vínculo de emprego com a segunda reclamada por ausência de ataque aos fundamentos da sentença. No mérito, à unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante para reconhecer a existência do vínculo jurídico de emprego com o primeiro reclamado, Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A, desde 08.11.2004 até 30.08.2009, em que pese nulo, gerador de efeitos, devendo os autos retornarem à origem para julgamento dos pedidos relacionados.

Intime-se.

Porto Alegre, 10 de abril de 2014 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformado com a decisão proferida pelo Exmo. Juiz Roberto Teixeira Siegmann (fls. 1486-1493/v), que rejeitou as prefaciais de carência de ação e ilegitimidade passiva, e julgou improcedente as ações nº 0001030-73.2011.5.04.0026 (principal) e 0000958-26.2010.5.04.0025 (apensado), recorre o reclamante.

Pelas razões das fls. 1500-1530, argui, preliminarmente, a nulidade da sentença por desrespeito ao princípio da identidade física do juiz. No mérito, pretende a reforma da sentença em relação aos itens do direito de propriedade intelectual e reconhecimento do vínculo de emprego, e consectários da relação jurídica de emprego.



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 3

Com contrarrazões pela segunda reclamada (FAURGS - fls. 1535-1560), são os autos distribuídos na forma regimental e conclusos para decisão.

É o relatório.

V O T O

JUÍZA CONVOCADA ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER
(RELATORA):

PRELIMINARMENTE

1. PREFACIAL DAS CONTRARRAZÕES DA SEGUNDA RECLAMADA NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE.

A segunda reclamada pugna pelo não conhecimento do recurso ordinário do reclamante, porq

o uanto as razões recursais não indicam fundamento do pedido de condenação ao vínculo de emprego de maneira sucessiva com a FAURGS, mas limita-se a discorrer tão-somente sobre o vínculo de emprego com o banco Banrisul, tornando impraticável a esta Corte a adequada prestação jurisdicional. Assevera que o vício em questão apresenta-se insuperável, pois qualquer análise interpretativa gerará julgamento que extrapola ao que efetivamente consta da argumentação recursal e, conseqüentemente, ofenderá o direito ao contraditório e à ampla defesa de ambas as partes. Considera a situação análoga a Súmula nº 422 do TST.

Ao exame.

A sentença recorrida é fundamentada em dois aspectos principais, quais



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 4

sejam, a ausência de subordinação e a ausência de admissão por meio de concurso público, nos seguintes termos:

Assim, fica evidente que a segunda reclamada apenas ajustou a prestação de determinada espécie de serviços com o primeiro reclamado, a qual repassava a atribuição aos profissionais a ele vinculados, por meio dos contratos de prestação de serviços com inúmeras empresas de informática.

Esta prática indica a não configuração da personalidade no cumprimento da obrigação, já que a realização do serviço se dava entre qualquer dos trabalhadores habilitados. Da mesma forma, não há a subordinação jurídica com o primeiro reclamado, outro elemento essencial à configuração da relação de emprego.

Do exame da premissa de que não havia o cumprimento de todos os requisitos ensejadores da relação de emprego, concluo que não havia subordinação direta ou indireta do reclamante em relação a ambos os reclamados. Além disso, em consulta ao sistema JUCERGS verifico que, diferente do afirmado pelo reclamante, quando ele foi contratado em 18.11.2004, já mantinha registrada desde 16.09.2004 a empresa RMPALUDO INFORMÁTICA LTDA. da qual é sócio gerente e por intermédio da qual prestava seus serviços, enquadrando-se o reclamante perfeitamente no conceito de trabalhador autônomo.

(...)

Além dos aspectos até aqui abordados, que evidenciam a total



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 5

inexistência de subordinação direta do reclamante a qualquer das reclamadas, e do caráter autônomo da prestação de serviços por parte do autor, encontra óbice a pretensão, também, no disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que veda a investidura em cargo ou emprego público sem a prévia aprovação em concurso público.

Assim, não á falar em reconhecimento do vínculo empregatício, dada a ausência de submissão a concurso público para admissão como empregado da primeira ou da segunda reclamada, aplicando-se o entendimento da Súmula n.º 331, II, do TST.

O recurso pretende o reconhecimento de vínculo com o Banco e, sucessivamente, com a Fundação. No recurso faz referência ao preenchimento dos requisitos da relação de emprego.

À fl. 1521 do recurso consta:

"Isto é, no que se refere ao elemento 'subordinação', relação de emprego existiu! Cumpre tão somente determinar com quem esse vínculo de emprego foi mantido, com o primeiro ou segundo réus!

(...)

A testemunha informa que além das atividades contratadas através da Faurgs, como o serviço de suporte e análise, o reclamante ainda fazia atividades administrativas, não compreendidas no negócio formalizado.



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 6

Bem assim, apesar não precisar a identidade do chefe do reclamante, evidencia que o Autor tinha que prestar conta da assiduidade ou do absenteísmo ao trabalho, 'reportando-se ao gerente do setor ou a Valmórbida', denotando que a sua frequência e os seus horários eram, sim controlados".

Ainda que se entenda não adotada a melhor técnica no recurso, é possível apreender que o reclamante pretende vínculo de emprego com ambas as reclamadas. Portanto, não tem aplicação a súmula 422 do TST, porquanto seus fundamentos são suficientes a determinar eventual reforma da sentença neste sentido.

Rejeito.

MÉRITO

1. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE.

Examino os itens do recurso em ordem de prejudicialidade.

NULIDADE DA SENTENÇA. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ.

A Desembargadora-Corregedora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, considerando o que consta no art. 5º, parágrafo único da Consolidação de Provimentos da Corregedoria Regional deste Tribunal, relativamente aos processos com prazo excedido, visando a celeridade na prestação jurisdicional, resolve designar o Juiz Roberto Teixeira Siegmann, titular da 27ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, convocado como Juiz-Auxiliar da Presidência, para proferir decisão no Processo nº 0001030-732011.5.04.0026 (Portaria nº 8450, de 29 de outubro de 2013).



ACÓRDÃO

0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 7

O reclamante considera que a referida intervenção da Corregedoria deste Tribunal, violou o princípio da identidade física do juiz, consagrado no artigo 132 do CPC e aplicável ao processo do trabalho diante do permissivo do artigo 769 da CLT. Entende, ainda, violados os incisos XXXVII, LIII e LIV da Constituição, ao estabelecer juízo de exceção, determinar o julgamento por autoridade sem competência para tanto, e o princípio do devido processo legal. Requer seja declarada a nulidade do julgado e remetido o processo para à vara de origem para prolação de sentença pela Juíza Lenara Aita Bozzetto, que instrui o processo com elementos de prova na audiência que presidiu.

O art. 5º da Consolidação de Provimentos da Corregedoria Regional do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, de 09.05.2011, dispõe que:

"O Corregedor Regional, verificando a existência de processos com prazo sensivelmente excedido, poderá, a seu critério, afastar o Juiz da jurisdição para prolatar sentenças, em prazo por ele determinado. Parágrafo único. O Corregedor Regional, no interesse da celeridade da prestação jurisdicional, poderá, a seu critério, designar outro Juiz para prolatar a decisão."

Logo, não tendo sido prolatada no prazo a sentença pelo Juiz que instruiu o feito, após decorridos cinco meses da realização da audiência que encerrou a instrução, a corregedoria designou outro magistrado para o encargo fixando prazo para a entrega da decisão.

A designação ocorrida busca atender a celeridade processual prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF. Ainda, o art. 132, do CPC, preceito legal que fundamenta o princípio da identidade física do juiz, não é absoluto, prevendo diversas possibilidades de prolação da sentença por outro magistrado,



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 8

verbis:

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Assim, não há falar em nulidade da decisão pelo simples fato de ter sido proferida por juiz que não dirigiu a audiência de instrução.

Nesse sentido, cita-se precedente da 8ª Turma em caso análogo, do qual esta relatora participou do julgamento:

PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. A prolação da sentença por juiz diferente daquele que o instruiu, especialmente quando excedido o prazo para a decisão, encontra respaldo no ordenamento jurídico. A identidade física do juiz não é absoluta, cedendo, como no caso, tanto em função de ter sido convocada para o Tribunal a Magistrada originalmente vinculada ao feito como em razão do excesso de prazo para definição da lide. (TRT da 4ª Região, 8a. Turma, 0000552-43.2011.5.04.0001 RO, em 16/05/2013, Desembargador Francisco Rossal de Araújo - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Juraci Galvão Júnior, Juíza Convocada Angela Rosi Almeida Chapper)

Também no mesmo sentido, já se pronunciou esta Relatora no processo nº 0001548-66.2011.5.04.0025.

Não há violação aos demais artigos constitucionais invocados pela parte, porquanto o juiz prolator da decisão possui competência e jurisdição, o processo correu de forma incólume, sendo deferida às partes o direito de



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 9

produção de provas, não havendo, igualmente, falar em tribunal de exceção.

Rejeito a prefacial suscitada.

MÉRITO.

RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO. PROCESSO APENSO 0000958-26.2010.5.04.0025.

O reclamante alega que foi contratado pelo banco reclamado em 08.11.2004, sob o manto de um contrato de prestações de serviços, mas sempre realizou suas tarefas na condição de empregado, com subordinação direta aos prepostos deste, posto que estava sujeito ao seu poder diretivo, hierárquico e disciplinar (subordinação subjetiva). Aduz, ademais, que sua força de trabalho sempre esteve vinculada aos objetivos do banco no exercício da empresa, havendo subordinação objetiva, de forma contínua, com pessoalidade, recebendo do Banco os seus salários, garantindo-se, enfim, todos os requisitos presentes nos artigos 2º e 3º do diploma consolidado. Argumenta que, dentre as atividades exercidas, além de funções ligadas à área de computação e informática, realizava inúmeras outras atividades dentro da empresa, de caráter puramente administrativo, a exemplo do controle de recursos, administração de serviços (suporte administrativo), dentre outras típicas de um empregado bancário, pelo que entende insere-se no quadro de empregados do Banco demandado, na qualidade de trabalhador empregado e não mero prestador de serviços. Assevera que para poder trabalhar, teve que constituir uma empresa, de modo que, por imposição dos réus, atuou sob as vestes de uma pessoa jurídica denominada "RMPALUDO INFORMÁTICA LTDA", através de um contrato de prestação de serviços com interposta pessoa (FAURGS), ajuste esse meramente documental que teve por escopo esconder a relação de



ACÓRDÃO

0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 10

emprego mantida entre o trabalhador e o primeiro reclamado e evitar, assim, a aplicação legislação trabalhista. Postula a declaração de nulidade do contrato de prestação de serviços com o segundo réu (por simulação) e o reconhecimento da condição de empregado bancário, com pagamento dos direitos creditórios previstos nas normas coletivas da categoria bancária ora juntados e os previstos na CLT, desde 08.11.2004 até 30.08.2009 com fundamento nos artigos 2º, 3º e 9º, da CLT e do art. 166, VI, do CCB, e art. 12 da Lei 6.019/74. Sucessivamente, postula o reconhecimento da condição de empregado em empresa de processamento de dados e consectários legais.

O Juízo de origem pondera e decide que: "(...) Nos termos da prova produzida no caso concreto, não demonstrado que o reclamante tenha realizado tarefas não atinentes com aquelas contratadas, bem como não se fazem presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, em especial pela falta de subordinação. O conteúdo do depoimento do reclamante não evidencia qualquer tipo de subordinação, apenas referido por ele que se reportava a outras pessoas que trabalhavam para o primeiro reclamado, mas que decorrem da própria atividade contratada (...) O depoimento das primeira e segunda testemunhas tampouco evidencia a existência de subordinação, nada sendo referido por elas a respeito de obrigação de cumprimento de horário e determinações do primeiro reclamado, exceto aquelas que seriam de esperar por quem é contratado para executar tarefa contratada. Inclusive, o conteúdo do depoimento da testemunha Leonardo, convidada a depor pelo reclamante e que também realizava atividades nos mesmos moldes daquelas por ele prestadas (...) As alegadas reuniões ocorriam para estabelecer as necessidades dos usuários, o que não evidencia qualquer tipo de subordinação, mas decorre



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 11

do trabalho a ser realizado conforme contratação. Assim, fica evidente que a segunda reclamada apenas ajustou a prestação de determinada espécie de serviços com o primeiro reclamado, a qual repassava a atribuição aos profissionais a ele vinculados, por meio dos contratos de prestação de serviços com inúmeras empresas de informática. Esta prática indica a não configuração da personalidade no cumprimento da obrigação, já que a realização do serviço se dava entre qualquer dos trabalhadores habilitados. Da mesma forma, não há a subordinação jurídica com o primeiro reclamado, outro elemento essencial à configuração da relação de emprego. Do exame da premissa de que não havia o cumprimento de todos os requisitos ensejadores da relação de emprego, concluo que não havia subordinação direta ou indireta do reclamante em relação a ambos os reclamados. Além disso, em consulta ao sistema JUCERGS verifico que, diferente do afirmado pelo reclamante, quando ele foi contratado em 18.11.2004, já mantinha registrada desde 16.09.2004 a empresa RMPALUDO INFORMÁTICA LTDA. da qual é sócio gerente e por intermédio da qual prestava seus serviços, enquadrando-se o reclamante perfeitamente no conceito de trabalhador autônomo (...) Além dos aspectos até aqui abordados, que evidenciam a total inexistência de subordinação direta do reclamante a qualquer das reclamadas, e do caráter autônomo da prestação de serviços por parte do autor, encontra óbice a pretensão, também, no disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que veda a investidura em cargo ou emprego público sem a prévia aprovação em concurso público. Assim, não á falar em reconhecimento do vínculo empregatício, dada a ausência de submissão a concurso público para admissão como empregado da primeira ou da segunda reclamada, aplicando-se o entendimento da Súmula n.º 331, II, do TST (...) Por tais fundamentos, rejeito os pedidos das letras 'a', e, por meros consectários, os



ACÓRDÃO

0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 12

pedidos deduzidos nas letra 'b' a 'q' da petição inicial do processo apensado, assim como os pedidos sucessivos de reconhecimento da condição de empregado em empresa de processamento de dados formulado no item 'r' e as horas excedentes da sexta e da oitava diárias postuladas no item 'u', bem como as diferenças salariais pretendidas no item 's', em razão da ausência de vínculo de emprego com a segunda reclamada, assim como a pretensão sucessiva de condenação da segunda reclamada formulada no item 't', quanto ao pagamento das parcelas decorrentes da condição de bancário, não reconhecida ao reclamante".

Ao exame.

Na petição inicial, o reclamante alega ter sido admitido no banco reclamado em 08.11.2004, com o contrato de trabalho resilido em 30.08.2009.

Admitida a prestação de serviços, cabe ao reclamado demonstrar a existência de trabalho autônomo, sem a presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego, por se tratar de fato impeditivo/modificativo do direito do autor (art. 818 da CLT e art. 333, II, do CPC).

À pretensão de reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes, o Banco reclamado opõe alegação de que o reclamante lhe prestou serviços por força de contrato de prestação de serviços firmado com a segunda reclamada FAURGS.

Para comprovar suas alegações, o primeiro reclamado junta, às fls. 1346-1360, documentos denominados "CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA, SUPORTE, PESQUISA, TREINAMENTO, ANÁLISE E PROGRAMAÇÃO" firmados com a segunda reclamada, FAURGS, sendo o primeiro datado de 21.02.2002 (fl. 1357), com duração



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 13

de 60 meses (fl. 1353), cujo objeto é "a prestação de Serviços de Consultoria Técnica, Suporte Técnico, Pesquisa, Treinamento, Análise, Programação, Testes de Software Básico, Produtos e Aplicativos Bancários (fl. 1346). Tal contrato teve a vigência prorrogada por 12 meses a contar de 21.02.2007 (fl. 1360). Em 18.02.2008, o banco reclamado firmou novo contrato com a segunda reclamada, com idêntico objeto e vigência de 36 meses (fls. 1326-1339).

A tese inicial do autor é de que teve de constituir uma empresa, por imposição dos reclamados, para que prestasse serviço "sob as vestes de pessoa jurídica", RMPALUDO INFORMÁTICA LTDA. contratada pela FAURGS, com o escopo de esconder a relação de emprego mantida entre o trabalhador e o primeiro reclamado e evitar, assim a legislação trabalhista.

Com a petição inicial, juntou contrato de prestação de serviços firmado entre a FAURGS e RMPALUDO INFORMÁTICA LTDA., com o objeto de "ações laborais - atividades/tarefas" - praticadas pela CONTRATADA (RMPALUDO) na área de informática, em favor da FAURGS e de seus clientes, na sede de qualquer um deles ou em local designado pelo contratante, com abrangências de: "ANÁLISE DE SISTEMA, PROGRAMAÇÃO E TESTES DE 'SOFTWARE' BÁSICO, PRODUTOS E APLICATIVOS BANCÁRIOS - SUPORTE TÉCNICO, CONSULTORIA TÉCNICA, TREINAMENTO, PESQUISA E IMPLEMENTAÇÃO EM TODAS AS ATIVIDADES TAIS COMO: AMBIENTES E SISTEMAS OPERACIONAIS, REDES, DE COMPUTADORES, TELECOMUNICAÇÃO E TELEPROCESSAMENTO, BANCO DE DADOS, SEGURANÇA, INTEGRIDADE DOS DADOS, AUTOMAÇÃO, METODOLOGIAS, FERRAMENTAS E ARQUITETURA DE DESENVOLVIMENTO DE



ACÓRDÃO

0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 14

SISTEMAS VOLTADAS A ORIENTAÇÃO A OBJETO, CLIENTE/SERVIDOR, INTERNET, ENTRE OUTROS, E LINGUAGENS DE PROGRAMAÇÃO" (fls. 26 do Volume 1 dos autos em apenso e 14 dos presentes). Tal contrato foi firmado em 08.05.2005 com vigência inicial de seis meses, com previsão de sucessivas prorrogações de seis meses. (fl. 19). Houveram sucessivas prorrogações, conforme termos das fls. 23-30, até o distrato da fl. 31, firmado em 01.04.2009.

Em que pese a contratação formal, a situação de fato vivida pelo autor não conforta a tese dos reclamados.

Entende-se que a relação de emprego, enquanto fato jurídico complexo, reclama a presença dos requisitos elencados nos arts. 2º e 3º da CLT - onerosidade, não eventualidade, pessoalidade e subordinação -, dos quais se exige prova contundente, em razão dos sérios encargos que o vínculo acarreta. Empregado é aquele que trabalha por conta alheia, subordinado, ou seja, os riscos do empreendimento, os meios de produção e administração do trabalho correm por conta do empregador.

A prova oral demonstra que o autor trabalhava de forma subordinada ao banco reclamado.

Conforme o depoimento do preposto do primeiro reclamado (fl.1476v-1477):

"... o reclamante estava subordinado à coordenação técnica e administrativa da segunda reclamada; na primeira reclamada, o reclamante não se reportava administrativamente a ninguém e tecnicamente a quem porventura tivesse necessidade;



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 15

(...)

a segunda reclamada tinha mais de cem prestadores de serviços que em algum momento compareciam no primeiro reclamado; a partir de 2007, o reclamante manteve contato também para desenvolvimento de sistema; antes disso, o rt prestava serviços de suporte, os quais também prevêm serviços de análise; a diferença que existe é que a partir de dado momento, o reclamante teve uma evolução natural na análise, comportando serviços mais específicos de análise..."

Segundo do depoimento da testemunha Vinícius Minuzzi Gazoni, convidada pelo reclamante (1477/v):

"... talvez o reclamante estivesse subordinado a Carlos Valmorbida, mas acredita que não; se o reclamante tivesse algum problema ou tivesse que sair mais cedo, reportava-se ao gerente do setor ou a Valmorbida; toda a vez que o depoente chegava o reclamante já estava no local e quando saía o reclamante continuava no setor; no setor não havia liberdade de horário, havia horário para início e término do trabalho; o depoente nunca ouviu falar em sistema POS; o coordenador da área do depoente era Valmorbida; o depoente nunca participou de reuniões com Valmorbida..."

A testemunha Lúcio César de Souza, também convidada pelo reclamante, confirma declara (fl1477v-1478v):

"... o depoente trabalhava das 9h às 18h; às vezes o depoente chegava antes, outras vezes o reclamante, o mesmo ocorrendo



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 16

na saída; o depoente fazia 1h de intervalo; não sabe informar o intervalo do reclamante; às vezes o reclamante saía para almoçar com o depoente e o reclamante voltava antes; as solicitações de melhoria no sistema eram feitas ao reclamante;

(...)

Valmorbida era chefe do reclamante; o reclamante reportava-se ao depoente ou a Valmorbida; o reclamante melhorou a forma de gerenciamento, acreditando que era um software; a partir do trabalho do reclamante houve melhoria no serviço do depoente..."

A testemunha Leonardo Menezes Vaz, também convidada pelo reclamante também refere a intermediação de mão de obra, em uma atividade permanente (fls1478v-1479):

(...) o depoente foi contratado através da segunda reclamada; o depoente fazia suporte técnico em informática; o depoente trabalhou no início com suporte a estações de trabalho e posteriormente na parte de servidores de rede; o reclamante também prestava serviços para o banco, pois trabalhava no mesmo andar que o depoente, não no mesmo grupo;

(...)

o depoente constituiu uma empresa para poder trabalhar no banco; a empresa do depoente não prestava serviços para terceiros; a empresa do depoente era individual e não possuía empregados; não sabe informar acerca da empresa do



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 17

reclamante, mas boa parte do pessoal que trabalhava nas mesmas condições, tinha empresa individual; o depoente esteve subordinado a Elton Cunha, Luis Bauermann e Vanderlei Colombo, todos funcionários do primeiro reclamado, responsáveis por setores específicos; acredita que o reclamante se reportava ao gerente do setor dele; o depoente conheceu Renato e Valmorbida;"

O depoimento da testemunha Rodislaine Antônio Ribeiro Jorge, que é empregado e foi convidada do banco reclamado, confirmando, dentro das suas limitações, a continuidade, pessoalidade, e subordinação do reclamante (fls. 1479/v).

o coordenador da área do depoente era Carlos Valmorbida; (...) o sistema telecom é constantemente atualizado de acordo com os interesses/necessidades do banco; o usuário constata a necessidade e passa um email para a área onde ficam os técnicos; é feita uma avaliação da necessidade acreditando que pelo coordenador de cada área;

(...)

sabe que o reclamante trabalhava através de OS; o coordenador da área fazia as solicitações para gerar as OS; não sabe informar quem mandava OS ao reclamante, acreditando que fosse a segunda reclamada; tinha casos em que o depoente ficava mais dias sem ver o reclamante, como 10 ou 15 dias;

Apesar de convidada pelo reclamado, ele confirma que os atendimentos eram gerados a partir de solicitações do coordenador do banco reclamado,



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 18

a partir de uma necessidade deste.

O depoimento da segunda testemunha convidada pelo reclamado, Marcelo de Moraes Stein, também não socorre a tese da defesa, comprovando que a apuração e coordenação das atividades partiam da fábrica de software do primeiro reclamado, servindo a segunda reclamada como mera intermediária (1479v-1480):

"... trabalha na primeira reclamada desde 1985; o depoente é coordenador da fábrica de software desde 2003/2004; o reclamante trabalhou para o banco como prestador de serviços, através da segunda reclamada; o reclamante trabalhava com suporte e desenvolvimento de sistemas;

(...)

o serviço era passado ao reclamante através do sistema PNS, sistema de gestão da fábrica de software; o funcionário do banco lançava no sistema uma solicitação, chamada OEP; esta OEP ia para a gestão do banco na fábrica e posteriormente era encaminhada à segunda reclamada, que decidia para qual empresa encaminharia a demanda; a segunda reclamada encaminhava a OS via sistema..."

A testemunha convidada pela segunda reclamada, Marco Antônio Faé Simas, confirma que o principal coordenador das atividades era o banco reclamado, sendo o seu representante quem definia, ao final, a autorização para dilação dos prazos para cumprimentos das ordens de serviço (fls. 1480v-1481):



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 19

(...)

o reclamante mantinha contrato de prestação de serviços com o banco através da segunda reclamada;

(...)

este pedido era dirigido à segunda reclamada, ao coordenador técnico correspondente; o coordenador técnico abria uma ou mais OS para execução das solicitações, o que poderia ser feito por apenas uma pessoa ou mais; a OS era enviada eletronicamente ao prestador de serviço para que executasse ou recusasse o serviço; o serviço era encerrado eletronicamente e depois havia uma avaliação eletrônica pelo setor solicitante, era pago o serviço e encerrada a OEP; no caso de recusa da OS não havia punição ao prestador de serviço, apenas não receberia;

(...)

no caso do reclamante, quando este recebia uma OS, o reclamante tinha uma quantidade máxima de horas e um prazo; caso fosse ultrapassado o número de horas ou o prazo, o reclamante deveria negociar uma prorrogação de prazo ou aumento no número de horas; havia flexibilidade, o reclamante poderia definir o horário em que prestaria o serviço; quando o reclamante fazia suporte, deveria ficar à disposição do banco em horário de expediente, dentro do número de horas que constasse na OS;



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 20

(...)

a negociação para aumento das horas ou do prazo era feita de forma eletrônica, a partir de uma solicitação do técnico, que caía na coordenação técnica da segunda reclamada, que enviava para aprovação do primeiro reclamado; uma vez aprovada a solicitação, a segunda reclamada passava ao técnico a autorização;

A prova oral é uníssona ao demonstrar a subordinação direta do autor aos empregados do banco reclamado.

A atuação do reclamante limitava-se à prestação de serviços, sem qualquer autonomia, sem suportar riscos de qualquer empreendimento, sem notícias de que possuísse qualquer meio de produção.

Resta claro que nas épocas em que prestava suporte o reclamante deveria ficar a disposição do banco no horário de expediente e que o aumento no número de horas para cumprir a ordem de serviço e a possível prorrogação, eram decididos por representante do banco reclamado.

Os serviços de informática são necessários ao funcionamento do Banco reclamado (Barrisul), estão intrinsecamente conectados à realização da atividade fim, até porque é uma ferramenta essencial nos tempos modernos, mesmo porque mantém empresa própria para .

E prova maior disso é que o preposto do banco admite a existência de 100 (ou mais) trabalhadores terceirizados, realizando atividades por interposta pessoa (FAURGS). A conclusão lógica é de tais trabalhadores contratados para realizar trabalhos de forma pessoal mascaradas pela figura de uma



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 21

empresa individual, em fraude aos direitos trabalhistas.

Nesse sentido destaca-se o termo de ajuste de conduta das fls. 1438-1439 e aditivo das fls. 1440-1442, em razão da fraude na contratação por meio de licitação, por violação ao inciso VI do art. 78 da Lei Federal nº 8.666/93, o que garante, inclusive, a condenação solidária das reclamadas.

A essência do princípio da primazia da realidade não me permite concluir, diante deste quadro, diversamente do que pela existência da relação jurídica de emprego.

Neste sentido é farta a jurisprudência deste Tribunal:

A prova produzida nos presentes autos, assim como a prova utilizada por empréstimo, demonstra, à saciedade, o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 3º da CLT.

Os documentos juntados nas fls. 169 e seguintes revelam que a empresa da qual o autor era um dos sócios, LNXOPEN Informática, firmou com Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a partir de 1º de outubro de 2003, sucessivos contratos de prestação de serviços, na área de informática. Embora os documentos não indiquem que a prestação de serviços ocorreu em favor do segundo reclamado, Banco do Estado do Rio Grande do Sul, a prova testemunhal não deixa dúvidas quanto a tal fato.

As declarações das testemunhas também não favorecem a tese da defesa. Ao contrário, demonstram que o autor, de fato, laborou de forma pessoal e subordinada em favor do segundo reclamado. (TRT da 4ª Região, 6a. Turma, 0000012-



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

FI. 22

23.2011.5.04.0024 RO, em 06/11/2013, Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargador José Felipe Ledur, Desembargadora Maria Helena Lisot)

Os contratos de prestação de serviços na área da informática e de análise de sistemas (fls. 40-80) indicam que a empresa constituída pelo autor, Kahuma Ltda., firmou com a FAURGS, a partir de 1º de junho de 2001, com sucessivas renovações anuais, relação de exclusividade, nos seguintes termos (fl. 50):

2.6 - observar que os serviços aqui contratados serão, para todos os efeitos deste termo, executados única e exclusivamente pelo Sr(a) HUGO PATRICIO SOARES, na condição de sócio e/ou empregado da firma contratada, situações estas que dependem de comprovação jurídica, ficando terminantemente defeso a substituição de pessoas, sem que ocorra a respectiva concordância da FAURGS (grifei).

Ainda, as notas fiscais de serviços emitidas em favor da FAURGS (fls. 81-192) demonstram que mensalmente o reclamante recebia remuneração mensal em razão de seu trabalho, cujo valor foi evoluindo ao longo dos anos. Assim, inclusive a evolução salarial do reclamante encontra-se comprovada. Em que pese haja pequena variação entre os meses, o autor informou que essa diferença decorria do número de dias úteis em cada mês (fl. 791).

Em que pese os documentos não indiquem o Banrisul como



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 23

local de prestação dos serviços, a prova oral comprova sua execução na sede do banco. Marco Antonio Faé Simas afirmou que [...] dúvidas do reclamante em relação à execução do trabalho eram resolvidas com o próprio solicitante, que era sempre o banco (grifei, fl. 793).

A confirmar a prática da FAURGS de intermediar a terceirização de alguns serviços essenciais a outras empresas, em 2011, a segunda reclamada firmou TAC com o MPT, em que se comprometeu a se abster de realizar intermediação de mão de obra a terceiros, atuando como empresa interposta para o fornecimento de empregados ao conveniado ou contratante (fls. 23-25). Nesse sentido, o preposto da segunda reclamada informou que, após o TAC, foram reduzidas as horas técnicas e não se contrataram mais celetistas para o projeto do banco (fl. 792).

Diante do conjunto probatório, entendo que seria possível o reconhecimento do vínculo de emprego do reclamante diretamente com o Banrisul, considerando-se sempre ter o autor prestado seus serviços no mesmo local. Há decisão neste Tribunal reconhecendo essa situação, a despeito da ausência de concurso público, por pertencer o Banrisul à administração indireta, conforme a seguinte ementa: (TRT da 4ª Região, 3ª Turma, 0000227-83.2012.5.04.0017 RO, em 15/05/2013, Desembargador Cláudio Antônio Cassou Barbosa - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Luiz Alberto de



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 24

Vargas, Desembargadora Maria Madalena Telesca)

BANRISUL E FAURGS. VÍNCULO DE EMPREGO. Existe vínculo de emprego nos casos em que o trabalhador, apesar de formalmente constituído em pessoa jurídica e contratado pela FAURGS, era, no plano fático, empregado do Banrisul, desempenhando tarefas inerentes à atividade essencial deste e atendidos os requisitos do art. 3º da CLT. Embora nulo, o contrato é gerador de efeitos pecuniários. (TRT da 4ª Região, 2a. Turma, 0001361-52.2011.5.04.0027 RO, em 18/04/2013, Desembargador Raul Zoratto Sanvicente - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira, Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz)

VÍNCULO DE EMPREGO. Hipótese em que o conjunto probatório evidencia a prestação de serviços nos moldes previstos pelo artigo 3º da CLT, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego com a FAURGS, devendo os autos retornarem à origem para a apreciação dos demais pedidos constantes da petição inicial, inclusive acerca da responsabilidade subsidiária do primeiro reclamado, Banrisul. (TRT da 4ª Região, 3a. Turma, 0000174-26.2012.5.04.0010 RO, em 19/02/2014, Desembargador Ricardo Carvalho Fraga - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Maria Madalena Telesca, Juiz Convocado Marcos Fagundes



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 25

Salomão)

Incontroverso, no caso, não ter a parte autora realizado concurso público. Com efeito, o contrato de emprego acima referido encontra óbice no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, uma vez que tal dispositivo condiciona a investidura em cargo ou emprego público à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as exceções legais.

No entanto, revisando posicionamento anteriormente adotado, entendo que a contratação irregular por ente público dá direito ao recebimento das verbas relativas ao contrato de trabalho mantido, porquanto houve a prestação de labor, não sendo possível restituir as partes ao estado anterior ao início da prestação de serviços. Dessa forma, reconhecer a incidência da Súmula n. 363 do TST, seria penalizar apenas o empregado, sem que a Administração Pública respondesse pela contratação irregular.

Nesse sentido, decidiu recentemente esta Relatora:

VÍNCULO DE EMPREGO. CONTRATO NULO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS. É nula a contratação de empregado por ente público, após a promulgação da Constituição Federal, sem aprovação prévia em concurso público. Aplicabilidade do art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Nulidade que, no campo do Direito do Trabalho, resguarda os efeitos decorrentes da prestação de serviços em benefício de outrem, assegurando ao trabalhador o direito à indenização pela força trabalho despendida. Recurso do Município desprovido. (TRT da 4ª Região, 8a. Turma, 0000054-26.2010.5.04.0471 RO, em 23/08/2012, Juíza Convocada Angela Rosi Almeida Chapper - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargador Francisco



ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 26

Rossal de Araújo, Desembargadora Lucia Ehrenbrink).

Entende-se, assim, pela inaplicabilidade do entendimento vertido na Súmula n. 363 do TST, porquanto todos os efeitos da relação de emprego devem ser preservados.

Assim, entende-se que o contexto probatório evidencia a existência de efetivo vínculo jurídico de emprego entre reclamante e primeiro reclamado desde 08.11.2004 até 30.08.2009, declarando-se a nulidade do contrato de prestação de serviços firmado entre reclamante e segunda reclamada (FAURGS). O contrato de emprego com banco reclamado, apesar de nulo, é gerador de efeitos, devendo o reclamante receber os direitos previstos na legislação, e postulados na inicial, ainda que a título indenizatório. Para exame das demais matérias relacionadas, e decorrentes do reconhecimento do vínculo de emprego, devem os autos retornar à origem para julgamento.

Quanto ao pleito de reconhecimento de vínculo de emprego com a FAURGS, tenho que o reclamante constituiu sociedade comercial em setembro de 2004 (contrato social, fls. 451-453 dos autos em apenso), sendo que o primeiro contrato de prestação de serviços do reclamante com a FAURGS, foi firmado em 08.11.2004 (fls. 14-22). Inexiste provas da prestação de serviços para a FAURGS ou para o banco reclamado em data anterior a 08.11.2004. Por conseguinte, resta evidenciado que o início da prestação de serviços do reclamante se deu em 08.11.2004, sempre em favor do banco reclamado, com o qual foi reconhecido o vínculo de emprego.

Destaco que o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego com a FAURGS foi deduzido de forma sucessiva (pedido "r" da petição inicial), do



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0001030-73.2011.5.04.0026 RO

Fl. 27

que resulta prejudicado em face da procedência do pedido principal (reconhecimento de vínculo de emprego com o banco reclamado).

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

JUÍZA CONVOCADA ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER
(RELATORA)

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS
JUIZ CONVOCADO MARCOS FAGUNDES SALOMÃO