00076-2013-095-03-00-9-RO

RECORRENTE: CALÇADOS ITAPUÃ S/A

RECORRIDO: MARCUS PAULO SANTOS

EMENTA: BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NEGADO. RETORNO DO EMPREGADO AO TRABALHO. EFEITOS PECUNIÁRIOS – Somente a concessão do benefício previdenciário é que afasta a responsabilidade da empresa pelo pagamento dos salários de seu empregado, já que, enquanto o trabalhador aguarda a resposta do órgão previdenciário, permanece à disposição de seu empregador (inteligência do art. 4º da CLT).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário, em que figuram, como recorrente, Calçados Itapuã S/A e, como recorrido, Marcus Paulo Santos.

RELATÓRIO

O Exmo. Juiz da Vara do Trabalho de Santa Luzia, Dr. Antônio Carlos Rodrigues Filho, pela r. decisão de fls. 206/212, cujo relatório adoto e a este incorporo, complementada pela r. decisão de embargos de declaração de fl. 216, julgou procedentes, em parte, os pedidos para condenar a reclamada a pagar ao autor as parcelas alinhadas na conclusão.

Inconformada, a reclamada interpôs recurso ordinário, conforme razões de fls. 217/232.

O reclamante apresentou contrarrazões às fls. 236/243, pugnando pela manutenção da r. decisão recorrida e pela condenação da reclamada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Em suma, o relatório.

00076-2013-095-03-00-9-RO

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Conheço do Recurso Ordinário de fls. 217/232, regularmente interposto pela reclamada.

Custas e depósito recursal devidamente recolhidos e comprovados às fls. 233 e 234, respectivamente.

Conheço, ainda, das contrarrazões apresentadas pelo reclamante, à exceção do tópico referente às despesas processuais e honorários advocatícios, tendo em vista a impropriedade da via eleita.

JUÍZO DE MÉRITO

DO PAGAMENTO DO SALÁRIO REFERENTE AO PERÍODO DE AFASTAMENTO DO AUTOR

O d. Juiz de origem condenou a reclamada a pagar os "*salários vencidos desde o afastamento do autor, ocorrido em 01/setembro/2011, até a data da declaração da rescisão indireta do contrato de trabalho (22/março/2013)"* (fl. 211/v), sob o fundamento de que "*inexistiu amparo legal para o não pagamento dos salários do referido período por parte da empregadora, já que, negado o pedido de benefício previdenciário, não se operou a suspensão do pacto laboral e, por conseguinte, o contrato do reclamante encontrava-se em pleno vigor (artigo 4º da CLT), prevalecendo, ainda, as obrigações consectárias daí decorrentes*" (fl. 208).

Inconformada, a recorrente sustenta que encaminhou o autor ao INSS em setembro de 2011, sendo que este, somente em 19/03/2012, comunicou-lhe que não tinha obtido o benefício previdenciário. Argumenta, ainda, que, nessa mesma

oportunidade, o reclamante apresentou-lhe um laudo médico atestando sua incapacidade laborativa, pelo que concluiu o médico do trabalho pela inaptidão do obreiro, após o que formulou o autor outro pedido ao INSS, não mais retornando à empresa.

Alegou a recorrente que, tanto naquele primeiro interregno (de setembro de 2011 a 22/03/2013) quanto no período posterior ao último requerimento mencionado (ocorrido em março/2012), não lhe foi comunicado pelo autor que o benefício havia sido negado pelo órgão responsável, acreditando, por isso, "*que o mesmo estava em gozo do benefício previdenciário"* (fl. 219).

Sustentou, também, que não pode arcar com o pagamento dos salários referentes ao período em que o reclamante reiterava seu pedido de concessão do benefício junto ao órgão previdenciário, uma vez que, além de não ter havido prestação de serviços nesse intervalo, o contrato de trabalho do autor encontrava-se suspenso.

Examino.

Embora tanto o médico do autor quanto o médico do trabalho da empresa tenham atestado a incapacidade laborativa do recorrido, certo é que a perícia médica realizada pelo órgão previdenciário assim não entendeu, sendo, por isso, indeferida a concessão do benefício pleiteado, conforme comunicações de fls. 101/103.

E, como ressaltado pelo d. Juiz *a quo,* "*prevalece a perícia médica realizada pelo INSS, que concluiu pela aptidão do trabalhador, ainda que divergente o diagnóstico do médico do trabalho do empregador"* (fl. 208).

Ressalte-se, por oportuno, que restou improcedente, inclusive, a ação proposta pelo autor perante a Justiça Federal, na qual pretendia "*a concessão do benefício previdenciário por incapacidade laborativa*", como se vê às fls. 203/204.

O que se vislumbra, *in casu,* é a tentativa da empresa de se eximir de suas obrigações contratuais, imputando a seu empregado o dever de comunicar o resultado da perícia médica realizada pelo órgão previdenciário, sob pena de não recebimento de seus salários.

Não obstante possa ter parecido mais cômodo à reclamada aguardar que o próprio reclamante lhe comunicasse o

resultado da perícia médica realizada pelo INSS, não se pode olvidar que somente a concessão do benefício previdenciário é que afastaria sua responsabilidade pelo pagamento do salário, já que, enquanto o trabalhador aguarda a resposta do órgão previdenciário, permanece à disposição de seu empregador (inteligência do art. 4º da CLT).

Quanto ao fato modificativo alegado pela ré de haver sido comunicada da decisão do INSS somente em março de 2012, não restou ele provado.

Não nos parece razoável que tenha a empresa permanecido inerte por todo esse período e, agora, ser ainda premiada por sua conduta, mesmo porque, como informou o próprio preposto "*a reclamada* ***recusou-se a retornar o reclamante para o trabalho****, por que [sic], apesar de o reclamante apresentar o laudo médico, encaminhado ao Médico do Trabalho da reclamada, o mesmo recomendou o seu afastamento"* (grifo nosso – fl. 55).

Note-se que a empresa tomou conhecimento de que foi negado o benefício previdenciário ao autor e, ainda assim, optou por não permitir seu retorno ao trabalho, em vista da recomendação do médico do trabalho.

Ora, a atitude da reclamada não quer nos parecer justa, já que, diante da conclusão do órgão previdenciário, que reconheceu a aptidão do autor para o trabalho, caberia a ela recebê-lo de volta e, se fosse o caso de incapacidade para uma determinada função, até readaptá-lo a uma atividade mais compatível com suas condições de saúde, na forma constatada pelo médico do autor ou da própria empresa.

No entanto, como afirmou seu preposto em audiência, "*a empresa simplesmente aguardou"* (fl. 55), o que pode levar à presunção de que assumiu os riscos de sua conduta, pois impedir o trabalhador de assumir suas funções, colocando-o num verdadeiro limbo jurídico, não é atitude que se pode admitir.

Neste sentido, trazemos um de vários julgados desta Justiça Especial:

"**EMENTA: AFASTAMENTO DO EMPREGADO. INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INAPTIDÃO DECLARADA PELO MÉDICO DA EMPRESA**.

> Comprovada a tentativa do autor de retornar ao trabalho e atestada a sua capacidade pela autarquia previdenciária, cabia à reclamada, no mínimo, readaptar o obreiro em função compatível com a sua condição de saúde, e não simplesmente negar-lhe o direito de retornar ao trabalho, deixando de lhe pagar os salários. Como tal providência não foi tomada, fica a empregadora responsável pelo pagamento dos salários e demais verbas do período compreendido entre o afastamento do empregado e a efetiva concessão do benefício previdenciário" (TRT-01096-2009-114-03-00-4-RO, Nona Turma, Relator: Juiz Convocado Ricardo Marcelo Silva. DEJT: 12/05/2010).

Por todo o acima exposto e comungando do entendimento perfilhado em primeiro grau de jurisdição, não há falar em suspensão do contrato de trabalho, devendo a reclamada suportar todos os efeitos pecuniários advindos do período em discussão, mesmo que não tenha havido contraprestação laboral.

Devidos os salários pleiteados pelo autor, nego provimento ao recurso neste particular.

DA RESCISÃO INDIRETA

Insurge-se a reclamada contra o acolhimento da rescisão indireta do contrato de trabalho do autor, sob o argumento de que o preposto confirmou toda sua tese de que, tendo o reclamante manifestado a intenção de recorrer da decisão do órgão previdenciário, restou-lhe apenas aguardar a decisão definitiva a respeito.

No entanto, analisando o depoimento do preposto da reclamada, o que se vislumbra, ao contrário do que pretende fazer crer a recorrente, é que ali foi confirmada a tese da autora. Necessário repetir, aqui, que o referido preposto disse que "*a reclamada* ***recusou-se a retornar o reclamante para o trabalho****, por que [sic], apesar de o reclamante apresentar o laudo médico, encaminhado ao Médico do Trabalho da reclamada, o mesmo*

recomendou o seu afastamento" (grifo nosso – fl. 55).

E, como dito no tópico anterior, caberia à empresa, para se eximir de suas obrigações trabalhistas em relação ao autor, simplesmente acatar a decisão do órgão previdenciário, já que nada há em nosso ordenamento jurídico que confira à empresa o poder de rejeitar tal decisão.

Impende destacar que a aptidão do autor para o trabalho foi constatada tanto pelo órgão previdenciário, por meio do laudo médico pericial de fls. 47/48 e das comunicações de decisão coligidas às fls. 101/103, quanto pela Justiça Federal através da perícia médica de fls. 49/53 e decisão de fls. 203/205.

Ainda assim, optou a empresa por manter o autor afastado de suas atividades laborais e, consequentemente, sem o recebimento dos salários.

Claro está, portanto, que a reclamada não vinha cumprindo suas obrigações contratuais. E, considerando a continuidade e a natureza das faltas cometidas pela recorrente, especialmente quanto ao pagamento dos salários ao recorrido, defluiu-se a imediatidade e a proporcionalidade da iniciativa do reclamante em requerer a decretação da rescisão indireta, sendo certo que não se pode afastar da conduta empresária a gravidade que enseja o acolhimento da pretensão obreira, ante a natureza alimentícia dos salários.

Assim, reputo incensuráveis os fundamentos lançados na decisão impugnada, negando provimento ao recurso também neste aspecto.

DAS PARCELAS RESCISÓRIAS

Não se conforma a reclamada com sua condenação ao pagamento das parcelas rescisórias. Argumenta que, por se encontrar afastado do trabalho desde setembro de 2011, não faz jus o autor ao pagamento de salários, tampouco das férias integrais de 2011/2012 e proporcionais de 2012/2013 + 1/3, do 13º salário integral de 2012 e proporcional de 2013.

Salienta a recorrente que o 13º salário

referente a 2011 foi devidamente quitado, conforme comprovou nos autos.

Sustenta, ainda, ser indevido o recolhimento do FGTS, por não se enquadrar a hipótese dos autos naquelas previstas para seu recolhimento, quando não há prestação de serviços, sendo indevido, por consequência, a multa de 40%.

No tocante às férias, invoca a aplicação analógica do disposto no art. 133 da CLT.

Já quanto ao 13º salário, requer seja aplicada, também por analogia, a regra de que a responsabilidade pelo pagamento de tal parcela, quando de afastamento do empregado para percepção do auxílio-doença, é do órgão previdenciário.

Pois bem.

Diante da situação fática evidenciada nos autos e da rescisão indireta declarada em primeiro grau de jurisdição e confirmada por esta d. Turma, são realmente devidas ao autor todas as parcelas rescisórias deferidas na r. sentença, à exceção do 13º salário proporcional de 2011, já que comprovado o seu pagamento às fls. 171 e 172.

Cumpre salientar que, não tendo sido concedido ao autor o benefício previdenciário por ter tanto o INSS quanto a Justiça Federal concluído pela sua aptidão para o trabalho, e, ainda assim, ter optado a empresa por manter o recorrido afastado de suas atividades laborais, não se enquadra o caso em tela em quaisquer das hipóteses previstas no art. 133 da CLT para a perda do seu direito às férias, tampouco nas hipóteses de pagamento do 13º salário pelo órgão previdenciário.

Frise-se, mais uma vez, que a reclamada é que não permitiu o retorno do autor ao trabalho após a recusa da concessão do auxílio-doença pleiteado, motivo pelo qual não há falar, ainda, em não recolhimento do FGTS pela ausência da prestação de serviços.

Destarte, dou provimento parcial ao recurso tão somente para absolver a reclamada do pagamento do 13º salário do ano de 2011.

00076-2013-095-03-00-9-RO

DO DANO MORAL

Insurge-se a reclamada contra sua condenação à indenização pelo suposto dano moral causado ao autor, sustentando que, além de não ser responsável pelo indeferimento do auxílio-doença, não cometeu qualquer ato ilícito do qual tenha resultado o alegado dano.

Examino.

No direito brasileiro, o ato ilícito exige a conjugação dos seguintes elementos: ação ou omissão do agente, ilicitude, culpa, nexo de causalidade e dano.

Estando presentes surgirá a obrigação de indenizar.

In casu, não obstante tenha o autor sido obstado a retornar ao trabalho pela recorrente, necessário considerar que a conduta da empresa foi pautada em parecer médico contrário ao resultado da perícia realizada no órgão previdenciário.

Cumpre ressaltar que tanto o médico do autor quanto o médico da empresa concluíram pela inaptidão do autor para o trabalho.

Ademais, o reclamante, além de apresentar pedido de reconsideração junto ao INSS, requereu a concessão do benefício junto ao Judiciário e ainda reiterou seu pedido junto ao órgão previdenciário, pelo que optou a empresa por aguardar o resultado final da discussão.

Ora, tais circunstâncias permitem concluir que não houve má-fé por parte da reclamada, não ficando, pois, configurada uma lesão deliberada ao autor.

Note-se que o fato da empresa optar por aguardar o resultado final quanto à aptidão do autor não a eximiu do pagamento do salário, conforme acima mencionado.

Assim, não se vislumbrando má-fé da empregadora não há falar em indenização por suposto dano moral sofrido pelo autor, pelo que fica absolvida a reclamada do pagamento da indenização por dano moral, arbitrada em primeiro grau em R $30.000,00.

Provimento que se dá, nesses termos.

CONCLUSÃO

Isto posto, conheço do Recurso Ordinário interposto pela reclamada e, no mérito, dou-lhe provimento parcial para absolver a reclamada do pagamento do 13º salário de 2011 e da indenização pelo supostos danos morais sofridos pelo autor. Reduzo o valor da condenação para R$20.000,00, com custas, pela reclamada, no importe de R$400,00.

O MM. Juízo de origem deverá expedir ofício à DSCF - Diretoria da Secretaria de Coordenação Financeira deste Egrégio Tribunal para devolução do valor recolhido a maior a título de custas, diante da norma prevista nos artigos 1º, § 3º, 4º, 8º, 11, VI a VIII, da Instrução Normativa STN n. 2/2009.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, pela sua 1ª. Turma, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do Recurso Ordinário interposto pela reclamada; no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento parcial para absolver a reclamada do pagamento do 13º salário de 2011 e da indenização pelo supostos danos morais sofridos pelo autor. Reduziu o valor da condenação para R$20.000,00 (vinte mil reais, com custas, pela reclamada, no importe de R$400,00 (quatrocentos reais). O MM. Juízo de origem deverá expedir ofício à DSCF - Diretoria da Secretaria de Coordenação Financeira deste Egrégio Tribunal para devolução do valor recolhido a maior a título de custas, diante da norma prevista nos artigos 1º, § 3º, 4º, 8º, 11, VI a VIII, da Instrução Normativa STN n. 2/2009.

Belo Horizonte, 10 de julho de 2013.

00076-2013-095-03-00-9-RO

JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR

DESEMBARGADOR RELATOR