ACÓRDÃO -TRT 17ª Região -0029200-94.2012.5.17.0014

RECURSO ORDINÁRIO

Recorrentes: PHS VIDA SAUDÁVEL S/A E OUTRO

R.N.G.N. "ADESIVO"

Recorridos: R.N.G.N.

Origem:

PHS -VIDA SAUDÁVEL S/A E OUTRO

14ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA -ES

Relator: DESEMBARGADOR CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES

EMENTA:

EXIGÊNCIA DE RETORNO DA EMPREGADA GESTANTE AO TRABALHO ANTES DO TÉRMINO DO PERÍODO DE LICENÇA MATERNIDADE. DANO MORAL. A exigência de retorno da empregada gestante ao trabalho, antes do período de licença maternidade que a Constituição garante às empregadas, sob pena de dispensa, é uma flagrante desrespeito moral, não somente com relação à trabalhadora, mas, sobretudo, à vida humana.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, sendo partes as acima citadas.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário e adesivo interpostos pelas partes em face da r. sentença de fls. 418/428, que julgou parcialmente procedente o pedido.

Razões recursais das reclamadas, às fls. 434/453, arguindo preliminarmente a ilegitimidade passiva da 2ª ré e, no mérito, pugna pela reforma da decisão quanto à inexistência de vínculo empregatício e à indenização por danos morais.

Razões de recurso adesivo, às fls. 459/468, postulando a majoração da indenização por danos morais e o deferimento dos honorários advocatícios.

Contrarrazões ao recurso ordinário, às fls. 469/483.

Contrarrazões ao recurso adesivo, às fls. 487/491.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONHECIMENTO

Por presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

2.2. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM”

A segunda ré alega que não é parte legítima para integrar no pólo passivo desta ação, ex vi do art. 267, VI, e 295, II, do CPC.

Vejamos.

A apreciação da legitimidade para figurar na relação processual se faz in statu assertiones. Basta, portanto, o réu ter sido indicado como aquele que resiste à pretensão do autor, para se ter configurada a legitimidade passiva.

Cândido Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil, v. II, Malheiros, 2002, p. 306) conceitua "essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa (...) e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou o patrimônio do réu, também esse será parte legítima".

In casu, não há dúvida que o autor postula um aumento no seu patrimônio em decorrência da atuação do Estado-juiz na vida da 2ª ré, para que esta seja compelida a pagar.

De resto, manter ou não o deferimento do pedido exordial de responsabilização da ora recorrente é questão concernente à matéria de fundo e exige cognição exauriente pelo Juízo.

Rejeito a prefacial.

2.3. MÉRITO

RECURSO DAS RECLAMADAS

INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Na peça exordial (fls. 2-3), narrou a reclamante que foi admitida pela primeira ré, em agosto de 2004, na função de médica (especialidade pediatria), sendo remunerada por tarefa, recebendo o salário, em média, de R$ 4.000,00.

Informou que, inicialmente, atendia somente os pacientes do plano de saúde ofertado pela primeira ré e, no ano de 2010, após a aquisição desta pela segunda, passou a atender os pacientes de ambos os planos.

Acrescentou que desde o início do labor em prol das rés não houve formalização do seu contrato de trabalho, sendo que foi obrigada a constituir Sociedade Simples Ltda. (documento 7 – fls. 338-344) a fim de receber os seus salários.

A r. sentença (fls. 420) declarou a existência de vínculo entre as partes.

Insurgem-se as rés, às fls. 440-446, pugnando pela reforma da decisão.

Vejamos.

A sentença recorrida no exame da prova documental destacou os seguintes pontos:

Tendo a primeira Reclamada admitido a prestação de serviços pela Reclamante, atraiu para si o ônus de provar a inexistência da relação empregatícia, posto que opôs fato impeditivo ao direito da Autora (CLT, art. 818 e CPC, art. 333, II), qual seja, a prestação de serviços sem vínculo de emprego.

Inicialmente se ressalta que a exclusividade na prestação de serviços não é requisito do vínculo empregatício, razão pela qual o fato de o Reclamante possuir clientes particulares não elide esse vínculo.

A farta prova documental deixa claro que a Autora prestava serviços de forma onerosa e ineventual para a primeira Reclamada -até porque a Reclamante realizava tarefas inerentes aos fins normais da empresa, o que, segundo a teoria dos fins do empreendimento, caracteriza a vinculação empregatícia.

Note-se que não se tratava de atendimento a pacientes em consultório particular da Autora, na qual poderia ela atender aos mais diversos planos de saúde desde que previamente credenciada para tanto; a Reclamante laborava em uma das clínicas das Rés, inicialmente denominada “Total Clínica” e posteriormente rebatizada como “Estação Saúde”, atendendo exclusivamente, nesses períodos, aos pacientes da primeira e segunda Rés.

A própria segunda Ré, em seu blog, alardeia o fato de que nessas clínicas:

“os associados do São Bernardo Saúde podem realizar consultas com médicos de diversas especialidades, em instalações confortáveis e de fácil acesso. O agendamento das consultas é feito por telefone, mas também são oferecidos atendimentos imediatos.

As unidades funcionarão como centros de atenção à saúde e têm como finalidade oferecer atendimento integral e mais humanizado, proporcionando mais comodidade aos associados.

Nas clínicas Estação Saúde, são realizadas consultas, em ambientes mais confortáveis e de fácil acesso, com médicos de diversas especialidades como Alergologia, Angiologia, Cardiologia, Dermatologia, Endocrinologia, Gastroenterologia, Ginecologia, Hematologia, Obstetrícia, Ortopedia, Otorrinolaringologia, Pediatria, Proctologia e Urologia. Além disso, existe uma equipe multidisciplinar com enfermeiros, nutricionistas e psicólogos que dão todo o suporte que os pacientes necessitam.”

(http: //blog.saobernardosaude.com.br/grupo-sao-bernardo2/atendimento-sao-bernardo-saude/)

As rés tentam refutar a relação de emprego, afirmando que mantiveram com a recorrida um contrato de prestação de serviços e, para isso, apontam que a forma como os pagamentos eram efetuados, notas fiscais -documento 1 (fls. 27-58), elidiria a formação do vínculo, insistindo, ainda, que tal forma de contrato descaracteriza a pessoalidade, requisito necessário para a configuração do vínculo.

Calha destacar que a regra geral do trabalho humano incorporada pela Constituição é o vínculo de emprego, sendo a exceção as demais formas. Assim, caberia à primeira reclamada demonstrar a existência real de relação jurídica diversa, bem como a juridicidade da exceção.

Todavia, pelo exame dos elementos fático-jurídicos apreciados pela sentença recorrida fica patente a existência de fraude a direitos trabalhistas com a criação de empresa para tentar ocultar a existência da relação jurídica entre as reclamadas e a reclamante, uma vez que preenchidos todos os elementos caracterizadores do pacto laboral.

Ademais, como descaracterizar o caráter da pessoalidade, ante a contundência da prova do próprio contrato social de constituição da pessoa jurídica, que se perfez na figura dos dois sócios, a autora na especialidade médica e o seu genitor (especialidade odontológica), ou seja, a “empresa” constituída só possuía dois sócios com especialidade sem qualquer compatibilidade, não havendo, portanto, como a reclamante ser substituída ante a ausência de profissional com a qualificação necessária.

No que tange à subordinação e à não eventualidade, encontram-se devidamente caracterizadas, haja vista o documento 5 – agenda da 1ª ré que controlava as consultas realizadas no relatório de horários de consultas (fls. 64-332) –, demonstrando, assim, que a reclamante cumpria jornada de trabalho em função de agenda programada por meio de controle do sistema integrado de clínica médica do PHS.

Já a onerosidade restou comprovada por meio dos pagamentos realizados mediante os recibos e notas fiscais – documento 01 de fls. 27-60.

Registre-se, assim, que as provas carreadas nos autos são contundentes e sua importância ostenta relevância, principalmente por não ter havido a sua impugnação pelas rés.

Além disso, não chega a ser novidade nesta Egrégia Corte a prática violadora de direitos fundamentais dos trabalhadores pela 1ª ré, valendo a pena destacar o exame de fatos comuns no processo 0034900. 2005. 5. 17. 0011 em que foi Relator o Desembargador deste egrégio Regional, o Exmo. Juiz José Luiz Serafini:

“No caso dos autos, a 1ª reclamada, quando da apresentação de sua defesa oral, consignou sobre as escalas de plantão, asseverando que elas eram feitas pelo Sr. Antônio Carlos, que exerce na empresa a função de supervisor (fl. 156). Tal fato coincide com a declaração da testemunha do reclamante (fl. 156), o que aponta em sentido contrário às alegações da defesa, de inexistência de subordinação.

Na verdade, a primeira reclamada, prestadora de serviços de promoção e venda de planos de saúde, possui escala de plantões entre os corretores, que é elaborada pelo supervisor, esses plantões ocorrem, em média, duas vezes por semana; os dias de visita a clientes são definidos pelos próprios corretores, entretanto, se não der tempo de voltar à empresa no final do dia, tem que avisar ao supervisor. Aliás, os corretores tinham que informar ao supervisor quando estavam saindo para as visitas, o número de visitas que seriam feitas e o horário estimado de retorno. Todos recebiam por comissões: recebiam 100% da primeira mensalidade do plano, mediante cheque do próprio cliente no momento da assinatura do contrato e 50% da segunda mensalidade, aí sim, mediante pagamento em dinheiro.

O pagamento era feito pela MAX, primeira ré, mediante repasse da segunda reclamada (fls. 156/157).

Com efeito, a relação jurídica estabelecida entre a primeira reclamada e o reclamante era de emprego, pois presente a subordinação (a reclamada dirigia a prestação de serviços), a pessoalidade (o reclamante prestava os serviços pessoalmente), a não eventualidade (o reclamante tinha que comparecer à empresa todos os dias) e a onerosidade (a ré remunerava os serviços prestados pelo reclamante).

Assim, pelo princípio da primazia da realidade, em virtude do qual a realidade material deve prevalecer sobre a forma externada pelos pactuantes, não resta dúvida estarem reunidos na prova dos autos os elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego, razão pela qual nego provimento ao recurso.

2.5. ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS DAS RECLAMADAS E DA RECLAMANTE

DANOS MORAIS

Na petição inicial, a obreira postulou a indenização por danos morais, alegando que a forma como se efetuou a prestação do labor já ensejaria a condenação das rés ao pagamento por tais danos.

Acrescentou, ainda, que no episódio do nascimento de seu filho (certidão – fls. 337), as rés exigiram o seu imediato retorno ao trabalho, depois de decorridos apenas 90 dias, sob pena de “demissão”.

Continuou, sustentando que foi vítima de assédio moral por parte do administrador da clínica, Sr. Ademir, que, visando a redução de custos, exigiu que ela aumentasse o número de atendimentos de duas para quatro pessoas por hora, mais os casos de urgência.

Dessa forma, ante a falta de razoabilidade dessa exigência em face da acuidade que deve nortear o atendimento clínico, expressou a sua manifestação de não ser favorável à nova demanda estipulada, passando, assim, a ser alvo dos comentários do administrador, que a ela se referia como “musiquinha”, “intransigente” e “que não gostava de trabalhar”, desqualificando a sua conduta profissional.

A r. sentença julgou procedente o pleito.

Nas suas razões, requerem as rés a reforma da decisão.

Insurge-se a autora, pugnando pelo aumento do quantum indenizatório.

Vejamos.

Ouvimos hodiernamente nas relações do cotidiano, na mídia e agora nas redes sociais, sobre a banalização desse instituto – dano moral. Permito-me aqui, ainda que em rasa análise, discorrer de que há certa distorção quanto ao pretenso intuito pejorativo que se pretenda consubstanciar essa questão.

Sem esforço, percebemos que apesar da multifuncional tecnologia que permeia a sociedade atual, do bombardeio que recebemos todos os dias sobre a atitude ecologicamente correta que devemos implementar em relação ao meio ambiente, pouco se tem feito para se instituir os valores da ética ambiental.

Tendo como paradigma o avanço tecnológico e as questões voltadas para o meio ambiente, andamos na contramão quando o tema se refere às relações pessoais, de serviços e trabalho.

O correto é dizer: a banalização das relações interpessoais, ante aos descompromissos que assistimos em todos os níveis como estas se inserem no cotidiano, e dos quais somos forçados a participar, ainda que como coadjuvantes, e não conjecturar o desprezo ao instituto ante essas circunstâncias, pois isso seria, no mínimo, uma inversão do juízo de valor da ordem “das coisas”.

Duas percepções foram apresentadas por Albert Einstein:

A única coisa que interfere com meu aprendizado é a minha educação. (Albert Einstein)

O mundo é um lugar perigoso de se viver, não por causa daqueles que fazem o mal, mas sim por causa daqueles que observam e deixam o mal acontecer. (Albert Einstein)

É necessária a mudança de comportamento para que se configure o aprendizado!

Nesse diapasão, o instituto é pedagógico e necessário ao conturbado momento social de inversão de valores hodiernos.

Para Savatier, dano moral:

"é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legitima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc". (Traité de La Responsabilité Civile, vol.II, nº 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 1989).

De acordo com o jurista Minozzi, um dos doutrinadores Italianos que mais defende a ressarcibilidade, Dano Moral "é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a aflição física ou moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa, atribuindo à palavra dor o mais largo significado". (Studio sul Danno non Patrimoniale, Danno Moral e, 3ª edição, p. 41). Resulta de ato ilícito que atinja o patrimônio da pessoa, ferindo sua honra, decoro, crenças políticas e religiosas, paz interior, bom nome, autoestima e liberdade, originado sofrimento psíquico, físico ou moral propriamente dito.

A responsabilidade civil subjetiva está assentada no trinômio: culpa, nexo causal e dano.

O dano moral não necessita de prova material pela sua própria natureza.

In casu, nem seria necessário discorrer sobre o que remonta a doutrina quanto ao tema, visto que os fatos já a isso perpassam, sendo aviltante, não só a descaracterização “forjada” da relação de emprego, como, também, as humilhações e vexames a que foi submetida a obreira ante ao assédio cometido pelo administrador da clínica, como bem delineou, sem ressalvas a fazer, a brilhante decisão da magistrada a qua.

Outrossim, de igual monta, ou pior, foi a absurda violência sofrida quando a obreira teve que retornar ao trabalho decorridos apenas 90 dias do nascimento de seu filho(16.11.2010, fls. 337). Analisando-se a agenda de consultas referente ao dia 02.03.2011 (fls.114), resta demonstrado o retorno às atividades laborais após três meses do referido nascimento.

O que causa mais espécie ainda são os argumentos das rés, que sem constrangimento dizem que o retorno prematuro após o nascimento, não se configura como violação ao direito da autora, pois entre as partes não havia relação de emprego, mas mero contrato de prestação de serviços...

Essa argumentação é lamentável. Primeiro, porque de fato a relação era de vínculo empregatício, depois, ou mesmo antes, face à tamanha relevância da questão. A licença maternidade, sagrado direito constitucional, galgado a duras penas pelas trabalhadoras, tem importância vital para os recém-nascidos, como endossa a ciência há décadas.

Assim, exigir-se o retorno ao trabalho, antes do período que a Constituição garante às empregadas, é um flagrante desrespeito moral, não somente em relação à trabalhadora, mas, sobretudo, à vida humana.

Portanto, escorreita a decisão de origem, que transcrevo para que faça parte das minhas razões de decidir, verbis:

III.II – Indenização por Danos Morais

Aduz a Reclamante ter sido vítima de assédio moral e dano moral, visto que a própria situação criada pelas rés, sonegando-lhe direitos trabalhistas, é ato ilícito a ensejar reparação moral. Afirmou ainda que lhe foi exigido o imediato retorno ao trabalho decorridos 90 dias do nascimento de seu filho, sob pena de dispensa, ou seja, antes do prazo legal. Por fim, afirma que sofreu perseguição e assédio moral por parte do Sr. Ademir, o qual passou a exigir que a Autora aumentasse o número de pacientes atendidos por hora de 2 para 4, além dos casos de urgência, sendo que o referido senhor passou a referir-se à Reclamante como “musiquinha”, “intransigente” enfatizando que ela “não gostava de trabalhar”, desmerecendo sue trabalho e deixando claro para todos que iria procurar alguém para substituí-la.

As Reclamadas impugnaram tão somente a alegação de que a ausência de reconhecimento de direitos trabalhistas causou à Autora danos de ordem moral. Afirmaram ainda que a Autora era autônoma e, portanto, não fazia jus à licença maternidade. Quanto aos fatos relacionados à postura do Sr. Ademir em relação à Reclamante, não apresentou a Ré qualquer defesa.

A Professora Marie France Hirigoyen, na obra "A Violência Perversa do Cotidiano", tradução de Maria Helena Hudner, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2001, p. 65, define o assédio moral como sendo "...toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoal, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.”

Vale dizer, o assédio moral se configura quando uma pessoa ou grupo de pessoas exerce violência psicológica sobre um determinado empregado. Essa violência psicológica se dá de forma premeditada, sistemática, prolongada no tempo, e tem como objetivo desestruturar a vítima, seja para forçá-la a pedir demissão, transferência, remoção, aposentar-se precocemente, etc.

Ele não se confunde com o estresse, a pressão profissional, a sobrecarga de trabalho, as exigências modernas de competitividade e qualificação; não se confunde, ainda, com fatores que recaem indiscriminadamente sobre um grupo de pessoas, sem caracterizar intenção de humilhar/desmoralizar um “alguém” em particular.

Na hipótese dos autos, considerando que as alegações da Autora em relação ao Sr. Ademir não foram impugnadas e, portanto, são incontroversas, ficou demonstrado o assédio visando a um pedido de dispensa, transferência, etc. da empregada. As atitudes do referido senhor, tais quais narradas na inicial, foram desmedidas e extrapolaram os limites da razoabilidade e da cordialidade que devem pautar as relações e os ambientes de trabalho.

Ante o exposto, condeno as Reclamadas a pagarem à Autora indenização por danos morais, no importe de duas vezes o salário da Autora comprovado nos autos (fl. 35), ou seja, R$ 20.204,02.

Levando em consideração o porte da reclamada, a reiteração de sua conduta de sonegação dos direitos trabalhistas, a existência de assédio moral conjugado com a afronta de preceitos legais, mais o constrangimento sofrido pela obreira, que teve de se afastar do seu filho após o seu nascimento, penso que a condenação do 1º grau foi aquém dos gravames sofridos. Assim, o valor de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais) está mais de acordo com o “conjunto da obra”...

Assim, nego provimento ao apelo da ré e dou provimento ao recurso da reclamante para majorar à condenação por danos morais em R$50.000,00 (cinqüenta mil reais).

2.6. RECURSO DA RECLAMANTE

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O reclamante pretende a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios.

In casu, há duas situações distintas.

A primeira diz respeito às verbas pleiteadas, de natureza trabalhista.

Nesse caso, considerando que o reclamante constituiu advogado particular, não se encontra presente a hipótese que ensejaria ao juízo deferir-lhe a verba honorária.

Com efeito, a Súmula nº 219/TST é cristalina. Para a condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios, o obreiro deve preencher dois requisitos, quais sejam: o primeiro, estar assistido por sindicato da categoria profissional e,o segundo, comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Vê-se que a opção não exclui o primeiro requisito, já que encampa somente o segundo.

Nessa mesma linha a Súmula 329, do C. TST.

A segunda, refere-se às demais verbas, quais sejam, danos morais. Nessa hipótese, entendo que, mesmo em sede de reclamação trabalhista, decorrendo as parcelas de condenação por ato ilícito de natureza civil, é devida a verba honorária, por aplicação, na hipótese, do artigo 20, do CPC, e do artigo 5º, da Instrução Normativa nº 27, do C. TST.

Assim, dou parcial provimento, para condenar os reclamados a pagar honorários advocatícios, que arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação em danos morais.

Fixo o novo valor da condenação em R$ 100.000,00 (cem mil reais), com custas pelas rés, de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Oficie-se à S.R.T. e ao M.P.T., imediatamente.

1. CONCLUSÃO

ACORDAM os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, por unanimidade, conhecer de ambos os recurso ordinários; rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam suscitada pela segunda ré; no mérito, por maioria, negar provimento ao apelo das reclamadas; e dar provimento ao recurso da reclamante para majorar à condenação por danos morais para R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), bem como deferir os honorários advocatícios em 15% sobre o valor dos danos morais, nos termos do artigo 5º da IN nº 27 do TST.

Fixado o novo valor da condenação em R$ 100.000,00 (cem mil reais), com custas de R$ 2.000,00 (dois mil reais) pelas rés. Determina-se a expedição de ofício à S.R.T. e ao Ministério Público do Trabalho, após a publicação do acórdão.

Vitória -ES, 13 de novembro de 2012.

DESEMBARGADOR CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES

Relator