



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

5ª TURMA - 9ª CÂMARA

RECURSO ORDINÁRIO (1009)

PROCESSO Nº 0012763-38.2016.5.15.0096

RECORRENTE: CENTRO INTEGRADO DE ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA S /S - EPP

RECORRIDOS: SINDICATO DOS TECNÓLOGOS, TÉCNICOS E AUXILIARES EM RADIOLOGIA, DIAGNÓSTICO POR IMAGENS E TERAPIA NO ESTADO DE SÃO PAULO E QUALIMAGEM SERVIÇOS RADIOLÓGICAS LTDA. - ME

GABLAL/macc/mht/lal

CONTRATAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. PEJOTIZAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO.

O dano moral coletivo, no âmbito trabalhista, revela-se nos casos em que a lesão injusta atinge não apenas os direitos do trabalhador, individualmente considerados, mas os direitos transindividuais, repercutindo sobre toda a coletividade.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SINDICATO PROFISSIONAL. SUBSTITUTO PROCESSUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Atuando o Sindicato na condição de substituto processual, para defesa de direito alheio em nome próprio, atrai a incidência das disposições da Súmula 219, III, do C. TST.

Sentença parcialmente procedente, complementada pela decisão dos Embargos de Declaração.

Recorre a 1ª Reclamada quanto às seguintes matérias: a) prescrição quinquenal; b) aplicação da reforma trabalhista; c) perda do objeto; d) atividade fim da Recorrente e relação jurídica com a 2ª Reclamada; e) nulidade do contrato de prestação de serviços; f) regularização dos funcionários da 2ª Reclamada; g) danos morais coletivos; h) honorários advocatícios; i) multa por litigância de má-fé.

Sem contrarrazões.

Manifesta-se a Procuradoria pelo prosseguimento do feito.

Relatados.

VOTO

Conheço.

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Aduz a Recorrente a incidência da prescrição quinquenal, quanto aos créditos anteriores a 03/10/2011, com fundamento no Art. 7º, inciso XXIX, da CF/88 e Súmula 308 do c. TST.

A matéria é passível da análise na fase recursal - Súmula 153 do c. TST.

A demanda congrega direitos individuais dos trabalhadores, impondo a aplicação do art. 95 do CDC, acerca da prolação de sentença genérica, onde a questão da prescrição deverá ser apurada na fase de liquidação, quando serão definidos concretamente os beneficiários.

Uma vez definidos os beneficiários, a prescrição deverá ser avaliada individualmente em relação a cada um deles, na medida em que podem haver fatores de suspensão e interrupção particulares de cada beneficiário, cujas ocorrências não podem ser afastadas genericamente, como pretende o Recorrente.

Assim, nesta etapa processual, afasto a prejudicial de prescrição trazida pela Recorrente.

APLICAÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA

A ação foi proposta em 03/10/2016, portanto, antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, assim o exame das matérias deve ser procedido com base no Texto Consolidado, sem as alterações da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), por força da aplicação do princípio da irretroatividade das leis - artigos - 5º, XXXVI, da CF e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Rejeito.

PERDA DO OBJETO

Requer a Recorrente a extinção do processo sem resolução do mérito em razão da perda do objeto, diante da edição da Lei 13.429/2017.

Sem razão.

A Lei 13.429/2017 que deu nova redação a vários artigos da Lei 6.019/1974, trata da contratação de trabalho temporário, e acrescentou os artigos 4º-A, 4ºB, 5ºA e 5ºB, além de outros, que tratam da terceirização de atividades por empresa contratante e a empresa prestadora de serviços determinados e específicos.

Ocorre que não houve perda de objeto, visto que aludida lei entrou em vigência apenas em 31/03/2017, de modo que não pode retroagir para atingir situações pretéritas, que são regidas pela lei que estava em vigência naquele momento, não se podendo aplicar leis novas com efeitos retroativos.

Rejeito.

ATIVIDADE-FIM DA RECORRENTE E RELAÇÃO JURÍDICA COM A 2ª RECLAMADA. NULIDADE DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Alega a Recorrente que o contrato de prestação de serviços é lícito, uma vez que os trabalhadores terceirizados não atuam na atividade-fim.

Sustenta que:

"37. Ao contrário das alegações constantes da r. sentença a qual segue as absurdas alegações feitas pelo Sindicato Recorrido, a

Recorrente não é uma clínica prestadora de serviços de radiologia, mas sim uma clínica dedicada a fornecer consultas médicas relacionadas à área de ortopedia e traumatologia.

38. Dessa forma, resta patente que a atividade fim da Recorrente não é a prestação de serviço de diagnóstico por imagem. Referidos diagnósticos figuram apenas como meio para se verificar o quadro de saúde do paciente e assim direcionar os procedimentos necessários para sanar a lesão."

A sentença analisando o contexto probatório destacou que:

"O documento de fl. 108 comprova que a 1ª reclamada realiza serviços de diagnóstico por imagem com uso de radiação, o que se enquadra em suas atividades primordiais. O documento referido, aliás, indica que a 1ª reclamada realiza tais serviços diretamente, sem intermediação.

O contrato de prestação de serviços firmado entre as reclamadas (fls. 144/146), por sua vez, demonstra que a 1ª reclamada contratou a 2ª reclamada para prestação de "serviços profissionais" de radiologia (cláusula "II" - fl. 144), sendo que os serviços deveriam ser prestados no próprio estabelecimento da 1ª reclamada (cláusula "IV").

Mas, não é só isso. A situação concretamente verificada nos presentes autos vai além de uma simples terceirização, pois, conforme admitido pela própria 2ª reclamada em sua defesa, os trabalhadores que prestam serviços à 1ª reclamada são sócios da 2ª reclamada, ou seja, a utilização de pessoa jurídica se deu para mascarar a verdadeira relação jurídica empregatícia existente entre os sócios e a tomadora.

A atividade dos sócios da 2ª reclamada era meramente a de prestar serviços dentro do contexto da atividade empresarial da 1ª reclamada, que os remunerava por isto. O trabalho em questão, ademais, era essencial aos objetivos empresariais da 1ª reclamada.

Acrescente-se a isso que a atividade exercida pelos trabalhadores que prestam serviços à 1ª reclamada por meio da 2ª reclamada é de elevado risco, em razão da exposição à radiação. Por tal motivo, aliás, é que a duração do trabalho dos radiologistas está excluída da regra geral de 44 horas semanais, limitando-se a 24 horas por semana, consoante previsão no art. 30 do Decreto nº 92.790/86."

Sem razão a Recorrente.

Os trabalhadores contratados pela Recorrente, por meio da empresa interposta Qualimagem Serviços Radiológicas Ltda. - ME, são técnicos e tecnólogos

de radiologia, cuja atividade consiste na prestação de serviços de radiologia, oferecendo a seus pacientes a realização de laudos e diagnósticos que compreendem o atendimento médico.

O médico utiliza um conjunto de dados para imprimir o diagnóstico do paciente, entre eles, o exame realizado pelos técnicos/tecnólogos de radiologia.

Inferre-se, dos elementos contidos no processo e da descrição da própria Recorrente, que os exames realizados pelos trabalhadores terceirizados compõem elemento indispensável ao objetivo do serviço prestado pela empresa, sem o qual não seria possível o desenvolvimento da sua atividade-fim.

Dessa forma, a própria Recorrente admite a extrema relevância da atividade em questão, razão pela qual se confirma a atuação daqueles trabalhadores na atividade-fim.

O contrato de prestação de serviços firmado entre as Reclamadas, conforme apontado nos fundamentos da sentença, quanto a prestação dos serviços pelos próprios sócios da empresa contratada, dispõe que:

"IV- DO LOCAL DE ATENDIMENTO

(...)

- DA DINÂMICA DO ATENDIMENTO

Os serviços ora contratados serão prestados pelos próprios sócios da CONTRATADA, de 2ª a 6ª feira, das 13:00 as 19:00 horas."

Flagrante a contratação mediante pejetização, que esbarra no princípio da nulidade do Direito do Trabalho, previsto pelo artigo 9º, da CLT, que dispõe:

"Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação."

VALENTIM CARRION, em Comentários à CLT - Editora Saraiva - pág. 90 - 39ª edição, ao tratar da nulidade preconizada pelo artigo 9º da CLT, preleciona que:

"2. Atos praticados: qualquer comportamento que, por ação ou omissão, configurar-se na hipótese legal.

3. Desvirtuar (dar-lhe efeitos que não são os desejados pela intenção legal), impedir (obstar, negar) ou fraudar (aplica-se a lei aparentemente, não seu espírito)."

A validade dos contratos tem por princípio a boa fé na sua formação - artigo 113 do Código Civil, requisito que não foi observado pela Recorrente na contratação da 2ª Reclamada.

Evidenciada e caracterizada a pejetização da contratação, que retira do trabalhador todos os direitos trabalhistas, resta afastada a aplicação do entendimento do STF, quanto a validade da terceirização da atividade fim, consolidado pelo TST no julgamento:

"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PELO RECLAMANTE. PEJOTIZAÇÃO. FRAUDE TRABALHISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. A relação de emprego é a principal fórmula de conexão de trabalhadores ao sistema socioeconômico existente, sendo, desse modo, presumida sua existência, desde que seja incontroversa a prestação de serviços. A Constituição da República, a propósito, elogia e estimula a relação empregatícia ao reportar a ela, direta ou indiretamente, várias dezenas de princípios, regras e institutos jurídicos. Em consequência, possuem caráter manifestamente excetivo fórmulas alternativas de prestação de serviços a alguém, por pessoas naturais, como, ilustrativamente, contratos de estágio, vínculos autônomos ou eventuais, relações cooperativadas e a fórmula intitulada de "pejetização". Em qualquer desses casos - além de outros -, estando presentes os elementos da relação de emprego, esta prepondera, impõe-se e deve ser reconhecida, uma vez que a verificação desses pressupostos, muitas vezes, demonstra que a adoção de tais práticas se dá apenas como meio de precarizar as relações empregatícias. Somente não se enquadrará como empregado o efetivo trabalhador autônomo ou eventual. Contudo, a inserção do real empregado na condição de pessoa jurídica se revela como mero simulacro ou artifício para impedir a aplicação da Constituição da República, do Direito do Trabalho e dos direitos sociais e individuais fundamentais trabalhistas. Trabalhando o obreiro cotidianamente no estabelecimento empresarial, com todos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia, deve o vínculo de emprego ser reconhecido (art. 2º, caput, e 3º, caput, CLT), com todos os seus consectários pertinentes. Na hipótese, o TRT, com alicerce no conjunto fático-probatório produzido nos autos e em respeito ao princípio da primazia da realidade, constatou que a prestação de serviços do Autor à Reclamada, por intermédio da empresa constituída pelo

Reclamante, visava a mascarar o vínculo empregatício existente entre as partes, evidenciando-se nítida fraude trabalhista (denominada na comunidade trabalhista de "pejotização"). Diante de tal constatação, e considerando presentes os elementos configuradores da relação de emprego, o TRT manteve a sentença que deferiu o pleito autoral de reconhecimento de vínculo direto com a Reclamada. Tais assertivas não são passíveis de reanálise, diante do que dispõe a Súmula 126/TST. Por tais razões, não há como enquadrar o vínculo existente entre o Reclamante e a Recorrente sob outra modalidade que não a do padrão empregatício. Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, caput, do CPC /1973; arts. 14 e 932, IV, "a", do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido.

Processo: Ag-AIRR - 1000967-89.2015.5.02.0432 Data de Julgamento: 27/03/2019, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/03/2019. "

Portanto, evidente a configuração da ilicitude da terceirização, devendo ser mantida a nulidade do contrato de prestação de serviços firmado com a 2ª Reclamada.

Nego provimento.

REGULARIZAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS DA 2ª RECLAMADA.

Aduz a Recorrente que:

"65. O Juízo de Origem contrariando a decisão do STF, determinou que a Recorrente efetue a regularização dos funcionários da 2ª Reclamada, para constar que esta Recorrente é a empregadora real dos profissionais em questão.

66. O presente pedido não demanda maiores discussões, visto que está amplamente comprovado que esta Recorrente não detém nenhum vínculo com os funcionários da 2ª Reclamada, isto porque, além do julgamento do STF já mencionado, existe entre as Reclamadas um contrato de prestação de serviços válido e legal, cujo objeto é a terceirização da atividade meio da 1ª Reclamada.

67. Ademais, os funcionários da 2ª Reclamada já estão assegurados pela relação existente entre eles e a sua empregadora

(2ª Reclamada), os mesmos detêm deveres, obrigações e direitos trabalhista que devem ser respeitados pela sua empregadora, não estão desamparados e meio ao limbo contratual.

68. Há que se ter em mente que os supostos empregados em momento algum se manifestaram no sentido de quererem o vínculo empregatício determinado pelo Magistrado de Origem, pelo contrário, apresentaram defesa e se manifestaram contrários a decisão de Origem e ação proposto por seu suposto representante."

As condenações impostas pela sentença compreendem:

"a) declarar a nulidade do contrato de prestação de serviços firmado entre as 1ª e 2ª reclamadas;

b) declarar o vínculo de emprego dos trabalhadores que prestam serviços à 2ª reclamada por meio da 1ª reclamada diretamente com a tomadora dos serviços (CENTRO INTEGRADO DE ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA), que deverá efetuar as devidas anotações em CTPS;

c) determinar que a 1ª reclamada (CENTRO INTEGRADO DE ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA) se abstenha, de imediato, de admitir o trabalho de qualquer pessoa em seu estabelecimento, para exercer quaisquer atividades relacionadas à radiologia, que não seja sua empregada, contratada diretamente, com vínculo de emprego devidamente formalizado, sob pena de multa de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais)."

As condenações às obrigações de fazer e não fazer previstas na sentença são coerentes com a atuação da Recorrente ao contratar trabalhadores por empresa interposta de maneira ilegal.

Tais medidas visam a garantir que a empresa não volte a infringir a lei com os mesmos comportamentos que prejudicam os trabalhadores e inviabilizam a sua função social.

A Recorrente utilizava mão de obra pejetizada para o desenvolvimento de sua atividade-fim, de forma que, além de violar o ordenamento jurídico laboral, comprometeu de forma significativa a empregabilidade de potenciais trabalhadores, deixando de observar deveres atinentes a sua responsabilidade social.

A prática da contratação ilícita não somente revela o descumprimento de obrigações trabalhistas exigíveis em relação a cada um dos trabalhadores, como também implica manifesto prejuízo aos trabalhadores coletivamente considerados, em que prejudica o estabelecimento de novos postos de trabalho.

Não se pode ignorar a possível afronta à livre concorrência, pois inegável o fato de que a empresa que se vale da ilicitude em comento auferirá mais lucros do que aquela que conduz com licitude a prática de seus atos.

Considero adequadas as condenações, pois o que se busca é evitar a manutenção e reincidência das práticas atentatórias aos direitos trabalhistas e futuros danos coletivos.

Mantenho.

DANOS MORAIS COLETIVOS

Insurge-se a Recorrente contra a condenação ao pagamento de danos morais coletivos, alegando que:

"No presente caso não há qualquer violação ao direito dos profissionais e funcionários que laboram para a 2ª Reclamada, não há qualquer existências de condições desumanas ou degradantes aos funcionários, este que estão totalmente amparados por seu empregador, não lhe faltam condições e segurança do trabalho, não há trabalho escravo, não há risco iminente contra a vida do profissional e de sua família!"

Requer, na eventualidade de se manter a condenação, a redução do valor arbitrado.

A sentença asseverou que:

"O pedido de indenização pelos danos morais coletivos é também de inteira procedência.

A 1ª reclamada deliberadamente se utilizou de subterfúgio para fraudar os direitos trabalhistas, violando os direitos fundamentais dos trabalhadores diretamente envolvidos, o que lhe confere, aliás, uma posição economicamente favorável na concorrência de mercado, vez que se exime ilicitamente do custo do trabalho. A

situação é juridicamente inaceitável, pois o Direito Social não admite que o desenvolvimento da atividade econômica se efetive ao custo da ineficácia de direitos trabalhistas.

Além disso, como visto, a fórmula jurídica utilizada potencializava o risco do trabalho, pois não eram adotadas medidas de proteção. A negligência era absoluta com relação às normas de saúde e segurança e nem mesmo tal aspecto chega a ser controvertido.

Assim, por todos os fundamentos já expostos e diante do dano gerado pela prática adotada pela 1ª reclamada, de negar aos trabalhadores direitos constitucionalmente garantidos, reduzindo o "status" de cidadania destes, provocando discriminação, negligenciando obrigações, agredindo o Estado Social Democrático de Direito e obtendo vantagem econômica indevida, julgo procedente o pedido e condeno a 1ª reclamada a pagar indenização de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser corrigida a partir da data de publicação da presente decisão."

A demanda compreende direitos individuais homogêneos dos trabalhadores contratados ilegalmente por empresa interposta, o que causa prejuízos tanto aos trabalhadores quanto à sociedade.

Diante desses prejuízos, a reparação é medida que se impõe.

O dano moral coletivo encontra respaldo nos arts. 5º, V e X, da CF e 186 e 927 do CC e art. 1º da Lei nº 7.347/85, revelando-se, no âmbito trabalhista, nos casos em que a lesão injusta atinge não apenas os direitos do trabalhador, individualmente considerados, mas os direitos transindividuais, repercutindo sobre toda a coletividade.

Para a delimitação do valor indenizatório são considerados, dentre outros, a gravidade, a extensão, a natureza do dano, o patrimônio do infrator e a repercussão na sociedade.

Importante ressaltar que a indenização, neste caso, tem caráter punitivo, reparatório, compensatório e pedagógico, não se confundindo com os danos individualmente sofridos.

O valor arbitrado pelo Juízo a título de dano moral coletivo - R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) - apresenta-se consentâneo com o princípio da razoabilidade, a extensão do dano, o grau de culpabilidade e a capacidade econômica da empresa, sendo suficiente para atingir o efeito pedagógico da condenação.

Nego provimento.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Requer a Recorrente a exclusão da condenação ao pagamento de honorários advocatícios à parte contrária, alegando, em síntese, que:

"Incabível nesta especializada a condenação ao pagamento de honorários advocatícios se não atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70, isto é o entendimento pacífico de nossos tribunais, ao julgar processos semelhantes, tendo inclusive, tal entendimento se solidificado na forma do Enunciado 219 do E. TST, (...)"

Sem razão.

O Sindicato Autor figura na presente demanda como substituto processual, defendendo direito alheio em nome próprio, o que atrai a incidência das disposições da Súmula 219, III, do c. TST.

Nada a reformar.

MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

Insurge-se a Recorrente contra a condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, imposta na decisão proferida em embargos de declaração, alegando que:

"(...) aceitar uma decisão que pune a Recorrente por opor Embargos de Declaração, peça recursal legalmente prevista, isto implica negar o direito do jurisdicionado à prestação da tutela recursal, mediante exigências excessivamente gravosas, desnecessárias e ainda desvinculadas do alcance e da finalidade da norma que as estabelece."

Não se inferindo deslealdade processual no comportamento processual adotado pela Recorrente, nem tampouco a caracterização de incidente manifestamente infundado, reforma-se a sentença para afastar o caráter protelatório da medida, excluindo da condenação o pagamento de multa de 2% sobre o valor da causa.

Provejo.

PREQUESTIONAMENTO

Inviolados e prequestionados os preceitos legais e constitucionais aplicáveis.

Destaque-se, ainda, que o exame das matérias recursais foi procedido com base no Texto Consolidado, sem as alterações da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), por força da aplicação do princípio da irretroatividade das leis - artigos - 5º, XXXVI, da CF e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

DIANTE DO EXPOSTO, DECIDO CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO, REJEITAR AS PRELIMINARES ARGUIDAS, E, NO MÉRITO, PROVÊ-LO EM PARTE, para excluir da condenação o pagamento da multa de 2% sobre o valor da causa, nos termos da fundamentação.

Para fins recursais, mantêm-se os valores arbitrados em Primeira Instância.

Sessão realizada aos 16 de julho de 2019.

Composição: Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Antonio Lazarim (Relator e Presidente Regimental), José Pitas e Gerson Lacerda Pistori.

Ministério Público do Trabalho: Exmo(a). Sr(a). Procurador(a) Ciente.

Acordam os magistrados da 9ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região em julgar o processo nos termos do voto proposto pelo(a) Exmo(a). Sr(a). Relator(a).

Votação unânime.

**LUIZ ANTONIO LAZARIM
Desembargador Relator**

Votos Revisores