



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

caso, segundo registrou a Corte de origem, as agendas fizeram prova em desfavor da Reclamada. Nesses termos, tanto o acórdão regional que julgou os Recursos Ordinários, quanto aquele que julgou os Embargos de Declaração, mostraram-se sem as vicissitudes mencionadas pela Agravante (omissão e contradição). Conforme se evidencia, não há falar em negativa de prestação jurisdicional, porquanto o Tribunal de origem consignou os motivos de seu convencimento, procedendo ao completo e fundamentado desate da lide. Decerto, o art. 93, IX, da Constituição da República, ao preceituar que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade, não exige que o julgador rebata, ponto a ponto, todos os argumentos articulados pelas partes. Não há como anular a r. decisão, tão somente porque o Eg. Tribunal Regional não se pronunciou, expressamente, acerca de cada item apontado pela recorrente, ou, então, porque não transcreveu trechos específicos dos depoimentos prestados em juízo. O princípio do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional, exige apenas que, a partir da apreciação dos fatos e provas constantes do processo, o magistrado exponha, de forma fundamentada, os motivos de sua decisão. A simples contrariedade das razões de decidir às pretensões da parte não configura abstenção da atividade julgadora.

Agravo de Instrumento não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-828-**



PROCESSO N° TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

59.2011.5.15.0004, em que é Agravante **INTEGRAL SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS LTDA.** e Agravado **MARCELO NEVES.**

O juízo de admissibilidade, realizado no Tribunal Regional de origem (fls. 5455/5456), negou seguimento ao recurso de revista, sob o fundamento de que não é viável o seu conhecimento.

A parte Reclamada interpôs agravo de instrumento, com base no art. 897, "b", da CLT.

Contraminutas e contrarrazões foram apresentadas, oportunidade na qual o Reclamante requer a aplicação da multa por litigância de má-fé.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, II, do Regimento Interno do TST).

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

Antes de qualquer análise a ser realizada, importa destacar que a nova regulamentação conferida ao Recurso de Revista pela Lei n.º 13.015, de 21 de julho de 2014, é aplicável apenas aos recursos interpostos das decisões publicadas a partir da data de sua vigência, com início em 60 (sessenta) dias após a publicação, consoante Ato n.º 491/SEGJUD.GP do TST, de 23 de setembro de 2014.

Pois bem.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

II - MÉRITO

Ao negar seguimento ao recurso de revista a decisão agravada o fez adotando os seguintes fundamentos, fls. 5455/5456:



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

“PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (decisão publicada em 29/08/2014; recurso apresentado em 05/09/2014).

Regular a representação processual.

Satisfeito o preparo.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / Atos Processuais / Nulidade / Negativa de prestação jurisdicional.

Quanto à nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, não há como receber o recurso, porque o Tribunal manifestou-se explicitamente a respeito das questões suscitadas, não se verificando violação aos arts. 93, inciso IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC.

Por outro lado, inviável a análise dos arestos colacionados, pois a nulidade invocada não pode ser aferida por divergência jurisprudencial, uma vez que não há teses a serem confrontadas.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao recurso de revista.”

A parte Reclamada interpôs agravo de instrumento, com base no art. 897, “b”, da CLT, por meio do qual alega a nulidade da decisão por negativa de prestação jurisdicional.

Em apertada síntese, diz que por meio de embargos de declaração apontou omissão do acórdão em relação ao reconhecimento do vínculo de emprego, tendo o Regional omitido fatos relevantes que foram comprovados pelos depoimentos das testemunhas da Reclamada. Também afirma que, na mesma oportunidade dos embargos, apontou a existência de contradição no acórdão regional no que se refere ao reconhecimento do trabalho em sobrejornada, pois o Regional presumiu a veracidade da jornada de trabalho indicada na petição inicial sob o fundamento de que a Reclamada não havia juntado aos autos os controles de frequência do Reclamante, conforme preceitua a Súmula 338, I, do TST. Porém, alega que o Regional ignorou as agendas de trabalho juntadas pela Reclamada para fazer prova da jornada de trabalho.



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

Ante o exposto, aponta violação aos artigos 832 da CLT, 458 do CPC e 93, IX, da CF/88; e divergência jurisprudencial. Menciona, ainda, as Súmulas 126 e 297 do TST.

À análise.

Inicialmente, destaco que esta Corte Trabalhista já consolidou o entendimento, por meio da Súmula 459, decorrente da conversão da OJ 115 da SBDI-1 do TST, de que “o conhecimento do recurso de revista, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/1988”.

Dessa forma, deixo de apreciar sob a perspectiva da contrariedade às Súmulas 126 e 297 do TST e por divergência jurisprudencial.

Ademais, arestos provenientes de Turma do TST não empolgam o conhecimento do recurso de Revista, por falta de amparo legal (art. 896 da CLT).

Interposto Recurso Ordinário, o Tribunal Regional proferiu decisão sobre o vínculo de emprego nos seguintes termos (fls. 5324/5334):

“VÍNCULO DE EMPREGO

O autor afirmou na inicial que trabalhou para a reclamada no período de março/1996 a 25/01/2011, na função de cirurgião dentista (clínica geral), tendo percebido como último salário a quantia de R\$ 2.500,00. Asseverou que não teve o contrato de trabalho registrado e que foi obrigado, em janeiro de 2003, quando já há alguns anos prestava serviços à Integral, a participar, juntamente com colegas de trabalho, a “participar de pessoa jurídica simuladamente criada pelo proprietário da reclamada”, para lhe prestar serviços, de forma a mascarar a relação empregatícia existente entre as partes.

Em defesa a reclamada alegou que exerce atividade de operação de planos de saúde odontológicos, regrada pela Lei 9656/98, não podendo ser confundida com uma clínica odontológica que presta serviços dessa natureza. Aduziu que os atendimentos dos beneficiários do plano que opera



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

são feitos pelas clínicas ou profissionais credenciados, sendo que estes poderiam atuar em seus próprios consultórios ou em uma das quatro unidades de atendimento mantidas por ela. Asseverou que os profissionais são remunerados por procedimento, afirmando que a relação jurídica havida entre as partes não foi subordinada, tendo o autor exercido suas atividades com autonomia. A título de exemplo afirmou que o autor poderia, por sua própria iniciativa, sem autorização de superiores, desmarcar consultas agendadas.

A r. sentença concluiu que a empresa, a despeito de se intitular mera operadora de planos de saúde, atua no ramo de serviços odontológicos e que o autor estava objetivamente inserido em seu núcleo produtivo, havendo subordinação jurídica estrutural. Consignou a MMA. Juíza que o autor laborava em prédio próprio da reclamada, local em que trabalhavam cerca de 40 dentistas, 30 dos quais eram empregados da reclamada e que os pagamentos dos serviços eram feitos para a reclamada e não para o empregado e que a prova oral produzida, inclusive o depoimento pessoal do preposto da empresa, confirmou a tese da inicial.

Reconheceu, portanto, a fraude perpetrada fundamentando que o fato do reclamante ter constituído pessoa jurídica para a prestação de serviços, de forma isolada, não representa motivo para afastamento de vínculo de emprego, ressaltando que vige no Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade, lembrando que a exclusividade, não corresponde a requisito essencial da relação de emprego.

E diante de todo o contexto dos autos, reconheceu que a prestação de serviços ocorreu com os requisitos exigidos no art. 3º da CLT, em todo o período contratual indicado na petição inicial, alertando que à reclamada competia eventual limitação temporal, de forma concreta, o que não fez.

Correta a r. sentença.

De fato, a prova testemunhal e a farta documentação dos autos é mais que suficiente a demonstrar que a relação jurídica havida entre o autor e a reclamada é de vínculo empregatício. A contraprestação (remuneração) e a habitualidade são incontroversos.

Acerca da subordinação, necessário tecer alguns comentários pertinentes, eis que trata-se do elemento principal na caracterização da relação em emprego. (grifei)



PROCESSO N° TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

O termo subordinação caracteriza-se em sua definição etimológica como estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores. Na esfera jurídica, entretanto, a palavra subordinação carece de um conceito legal.

O art. 3º da CLT, ao definir empregado e indicar os elementos da relação de emprego, adota o termo "*sob dependência*", nos seguintes termos: "*Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*". Por conta disso, para definir "sob dependência" usa-se costumeiramente a expressão "subordinação", que é conceituada pelo jurista Amauri Mascaro Nascimento com uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que se desempenhará.

Os fenômenos sociais refletem a realidade do mundo do trabalho em que situados e sofrem ajustes e adequações no decorrer dos séculos. Assim, contemporaneamente falando, o conceito de subordinação tal como a doutrina ainda tem utilizado, não é mais suficiente para concretizar o direito em sua plenitude. As relações de trabalho se modificaram e a realidade não é mais a mesma, havendo situações e fatos que retratam motivos justos para que os velhos conceitos sejam amoldados à nova realidade com o fito de possibilitar o cumprimento do fim a que se destinam, qual seja, a proteção do trabalhador.

Godinho em sua obra "Curso de Direito do Trabalho", situa as atuais dimensões da subordinação como sendo: clássica (a mais original), objetiva (integração do obreiro e seu labor aos objetivos empresariais), estrutural inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços) e assim as define, de forma mais completa:

“Clássica é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pelo qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador.

(...)



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

Objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas ‘...as amarras do vínculo empregatício’. Lançada na doutrina pátria pelo jurista Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, esta noção ‘...vincula a subordinação a um critério exclusivamente objetivo: poder jurídico sobre atividade e atividade que se integra em atividade’. Conforme exposto pelo jurista, a subordinação pode traduzir um ‘relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos...’

(...)

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa ‘pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento’ (...) não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do empregador”

No que se refere à subordinação objetiva, Alice Monteiro de Barros assim se expressa:

“A integração do trabalhador na organização empresarial, também conhecido como subordinação objetiva, não é um critério autônomo para determinar a existência de um contrato de emprego, mas um fundamento teórico para a conceituação do trabalhador subordinado.”

A jurista, citando a atual jurisprudência inglesa, ressalta que ao se adotar o critério do controle como o da integração na organização (que distingue o contrato de trabalho de um contrato de prestação de serviços autônomos), menciona que deve-se recorrer “*a indícios, os quais são comuns aos dois critérios e poderão ser sintetizados no ‘direito residual de controle’ do empregador, traduzido pela sua faculdade de impor sanções disciplinares ao trabalhador, inclusive a dispensa, associada ao poder empresarial de contratar e fixar-lhe um salário*”. (ob. cit., p. 277-278)



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

Menciona, também, o entendimento na jurisprudência e na doutrina italiana moderna, de que *“não é suficiente a inserção ou integração da atividade laborativa do trabalhador na organização empresarial, exatamente porque isso poderia ocorrer também no trabalho autônomo”* (ob. cit., p. 278)

Alice Monteiro de Barros cita, por fim, Oscar Ermida Uriarte, que na América do Sul assevera que *“a inserção na organização empresarial, ainda que seja um elemento próprio da relação de trabalho, não é exclusivo da mesma, já que o empregador incorpora ao desenvolvimento da atividade empresarial não só o trabalho de seus próprios trabalhadores, mas também a atividade, contínua, porém autônoma, de colaboradores, que mesmo não sendo empregados, estão incorporados ao cumprimento da atividade econômica organizada da empresa”* (ob. cit. p. 278).

Com base nos fundamentos acima, Alice Monteiro de Barros finaliza seu entendimento afirmando que *“Será, portanto, necessário que essa participação integrativa do trabalhador no processo produtivo implique consequente observância às diretivas do empregador acerca da prestação e ao seu poder disciplinar”* (ob. cit., p. 278).

Ante as expressões de Alice Monteiro de Barros, é bastante esclarecedora a conclusão de Godinho quanto às três dimensões da subordinação, como conceitos que não se excluem mas que se completam:

“A conjugação dessas três dimensões da subordinação – que não se excluem, evidentemente, mas se completam com harmonia – permite superarem-se as recorrentes dificuldades de enquadramento dos fatos novos do mundo do trabalho ao tipo jurídico da relação de emprego, retomando-se o clássico e civilizatório expansionismo do Direito do Trabalho. Na essência, é trabalhador subordinado desde o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa pletera de ordens do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação clássica), como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços, nem exatamente realizar os objetivos do empreendimento (atividade-meio, por exemplo), acopla-se, estruturalmente, à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou



PROCESSO N° TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviços realizada (subordinação estrutural).” (ob. cit.)

Ante todo o exposto acima, verifica-se que o conceito apresentado por Godinho é mais adequado e abrangente, na medida que em sua conclusão entende que a compreensão de tais dimensões, do fenômeno tratado, além de permitir “*adequar o conceito jurídico, pela via interpretativa, às modificações da vida real*”, renovando o necessário expansionismo do ramo juslaborativo”, também é fundamental para relativizar “*a utilidade de fórmulas jurídicas restritivas de direitos sociais e fundamentais*”, e isso demonstra “*a capacidade de adaptação do Direito do Trabalho aos desafios da cambiante sociedade e economia capitalistas*” (ob. cit., p. 285).

Sem dúvida, o reconhecimento e a aplicação da subordinação estrutural prestigiam o princípio da primazia da realidade. Aliás, é preciso que se destaque que o reconhecimento da subordinação, em seu viés estrutural, se afina com a realização dos direitos fundamentais que estão na Constituição da República Federativa do Brasil, em especial, ao direito fundamental ao trabalho, funcionando inclusive como um freio na livre iniciativa, cujo crescimento desvairado não pode ir de encontro aos princípios fundamentais.

Nesse sentido, a jurisprudência trabalhista já vem há tempos tomando contornos definidos a respeito, como se verifica dos arestos abaixo transcritos:

“Odontólogos que, sem solução de continuidade e mediante contrato de prestação de serviços, trabalhava em dias e horários definidos com o pagamento de valor mensal fixo, alienou sua forma de trabalho de forma pessoal, não-eventual e subordinada. Relação de emprego que se reconhece” (TRT/RS, Ac. 1ª. Turma 01464251/96.7. Rel. Magda Barros Biavaschi, DOE 27..2001, Revista Synthesis n. 34/2002, p. 289)).

“Vínculo de emprego. Médico. Médica que tem horário de trabalho, plantões a cumprir em dias certos e é subordinada aos diretores do hospital, é empregada. Presente o elemento subordinação. Vínculo reconhecido” (TRT/SP, RO



PROCESSO N° TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

20000582365, Ac. 20020526584, Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins, DOE 3.9.2002. Revista Synthesis n. 36/2003, p. 299)

Nesse passo, analisa-se a questão posta pelo recorrente.

As assertivas do autor (fl. 2049/2050) no sentido de que os horários de trabalho eram pré-determinados; que tinha que pedir autorização para ausências ou saídas entre um e outro atendimento; que os equipamentos e materiais odontológicos utilizados eram da reclamada ou fornecidos por esta, que a sala que trabalhava era da reclamada; que recebia remuneração mensal, de acordo com os procedimentos feitos; que os horários do depoente não eram uniformes porque dividia a sala com outro colega, restaram devidamente demonstrados nos autos conforme a prova testemunhal produzida e em especial a prova documental por ele coligida aos autos com a petição inicial.

Por sua vez, o depoimento do preposto (fls. 2050/2051) corrobora a tese obreira em inúmeros pontos: Afirmou que “o reclamante atende aos clientes da reclamada e de outros convênios que têm parceria com a reclamada; que a sala onde o reclamante atende é de propriedade do proprietário da reclamada; que a recepcionista é empregada da reclamada; que os materiais utilizados pelo reclamante são da reclamada (...) que a unidade em que o reclamante trabalho havia 22 salas com 40 dentistas em média (...) que a reclamada e a empresa ‘DRSM’ possuem um contrato de prestação de serviços; que foi o depoente juntamente com outros colegas que criaram essa empresa; que embora pudesse prestar serviços para qualquer empresa a ‘DRSM’ só prestava serviços para a reclamada na época em que o depoente ainda era sócio, não se recordando quando; que os sócios eram o depoente, os srs. Maurício, Daniel e Samuel, que deram nome à empresa com as suas iniciais; que todos os sócios trabalhavam para a reclamada, sendo que alguns tinham consultórios particulares também; que não é mais sócio da ‘DRSM’, que não sabe se a empresa continuou prestando serviço e nem até quando; que o depoente atua na parte da direção clínica dos dentistas e pacientes; que ficou sabendo que o reclamante entrou na sociedade da ‘DRSM’, bem como outra dentista de nome Ana Paula, sendo que esta não



PROCESSO N° TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

trabalha mais para a reclamada; que tal dentista era empregada da reclamada; que não sabe o que mudou no contrato da sra. Ana Paula da época em que era prestadora de serviço para a época em que era dentista/empregada; que o preço dos serviços era determinado através de uma tabela da reclamada; que o dentista poderia negociar a forma de pagamento e podia atar algum desconto; que o pagamento era feito para a reclamada e não para o dentista diretamente; que caso os serviços não fossem cobertos pelo plano seria repassado 80% do valor pago pelo paciente para os dentistas (...) que acha que o reclamante prestava serviço através de recebimento de 'RPA' antes de ser sócio da empresa 'DRSM'; que não sabe até quando o reclamante prestou serviços para a reclamada através da 'DRSM'”

Merece destaque que Anapaula Gomes Alves do Carmo prestou depoimento como testemunha da reclamada (fls. 2052/2053) e de seu depoimento extrai-se de relevante os seguintes tópicos: “trabalhou como dentista credenciada e como dentista empregada; que a diferença é que o dentista credenciado não tem exclusividade com a reclamada e o dentista empregado tem exclusividade (...) que era sócia da empresa chamada 'DRSM'; que em junho de 2009 a reclamada ofereceu aos dentistas que passassem para o regime celetista e a depoente aceitou; que o reclamante não aceitou (...) que entre um paciente e outro o dentista pode se ausentar da reclamada para resolver assuntos particulares, bastando avisar na recepção (...) que o local de trabalho é da reclamada, bem como só equipamentos (...) houve uma reunião para pedir que os dentistas se associassem a empresas para a prestação de serviço (...) que a própria administração da reclamada perguntou à depoente se ela gostaria de entrar na empresa 'DRSM' que já existia e era de propriedade de outros dentistas que também prestavam serviços para a reclamada (...) que não havia reuniões na 'DRSM'; que apenas utilizava tal empresa para prestar serviços para a reclamada...”

Neste ponto, é imperioso ressaltar que a despeito do entendimento da i. Juíza de origem entender que nas declarações do preposto haveria confissão porque não soube informar acerca das características do contrato da testemunha Anapaula antes e depois de sua contratação como prestadora de serviços e como empregada, ainda que não se



PROCESSO N° TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

pudesse falar em confissão, verifico que tal circunstância restou extremamente mitigada ante as demais provas dos autos. A valoração ou não de tal afirmativa do preposto em nada modifica o entendimento deste relator.

O depoimento da 1ª testemunha obreira é bastante relevante. Afirmou que nunca trabalhou para a reclamada mas é o contador responsável pela contabilidade da empresa “DRSM” e que “participou de uma reunião na reclamada, a pedido do reclamante; que nessa ocasião o proprietário da reclamada explicou aos dentistas que tinha sido criada uma empresa de nome ‘Polar’ para os dentistas, mas essa empresa estava com problemas e, por isso, iam ser criadas outras empresas e remanejados os dentistas em grupos de 02 ou 03 para essas empresas; que o proprietário explicou ainda que o objetivo era descaracterizar o vínculo de emprego e diminuir os encargos previdenciários e trabalhistas; que os dentistas concordaram e o reclamante foi remanejado para a empresa ‘DRSM’; que não havia possibilidade dos dentistas discordarem porque o proprietário da reclamada deixou claro que a prestação dos serviços à reclamada só poderia ser feita através de pessoa jurídica; que todos os procedimentos para criação das empresas seriam feitos por um contador indicado pela reclamada” fl. 2051).

A 2ª testemunha obreira laborou na reclamada de 1997 a 2004. Disse que quando iniciou, “o reclamante já laborava no local há cerca de um ano”. Afirmou, ainda, que “a partir de 2001 a reclamada criou uma empresa para os dentistas continuarem a prestação de serviços de nome ‘Polar’; que mesmo quando era sócia da ‘Polar’ recebia o pagamento diretamente da reclamada; que a reclamada fazia isso para descaracterizar o vínculo de emprego; que em 2003 houve uma mudança e a reclamada constituiu outras empresas menores para colocar os dentistas; que a reclamada sempre determinou a jornada de trabalho dos dentistas; que para se ausentar precisava pedir autorização da reclamada e não podia se fazer substituir; que já aconteceu de precisar ir embora porque o seu filho estava com febre e foi impedida pelo sr. Antonio Luiz que mandou a depoente retornar ao trabalho; que os materiais e os equipamentos utilizados no serviço, bem como a sala, eram da



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

reclamada; que durante toda a prestação de serviço o trabalho sempre foi o mesmo e nas mesmas condições (...) que mesmo quando não tinha paciente agendado tinham que ficar no local para cumprir o horário determinado pela reclamada (...) que o preço do serviço era determinado pela reclamada; que era subordinada ao diretor clínico e ao proprietário da empresa; que nas empresas das quais foi sócia, só tinham dentistas que prestavam serviços para a reclamada (...) que os pacientes eram marcados a cada meia hora por determinação da reclamada (...) que os dentistas não podem desmarcar clientes agendados e pedir para marcar em outro dia, nem recusar pacientes” (fls. 2051/2052).

Assim é que restou cristalino nos autos que as fraudes promovidas pela reclamada com a contratação de seus dentistas inicialmente como autônomos e depois através de empresas criadas por sua imposição, colocando-os na condição de sócios, tinha a nítida pretensão de disfarçar a presença da relação de emprego e com isso burlar legislação tributária e trabalhista. Vale mencionar o documento de fl. 173, cópia de e-mail do patrono da reclamada à secretária da reclamada, tratando de questão referente a débito da “DRSM” junto ao Darep, indicando, inclusive, as diretrizes que tomaria a fim de evitar “que tenhamos que interpor Embargos à Execução Fiscal”.

De qualquer modo, conforme ressaltado na origem, os elementos de convicção revelam que a recorrente atua no ramo de serviços odontológicos, ainda que se intitule como sendo apenas uma operadora de planos de saúde odontológicos eis que a atividade-fim, a par de admitir associados aos seus planos odontológicos, na sua estrutura mantinha um núcleo produtivo que é a sua atividade principal, isto é, atendimento aos associados com oferecimento de serviços odontológicos nos estabelecimentos de sua propriedade, mantendo, para isso, contratação de profissionais da área de odontologia, alguns sob a vinculação empregatícia direta e outros sob a fraudulenta contratação de empresas criadas e às quais seus empregados eram forçados a se inserir na qualidade de sócio, sob pena de não prestarem serviços aos seus associados.

De outra sorte, restou sobejamente demonstrado pelas testemunhas que as condições de trabalho antes (como



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

pseudoautônomo) e durante a vinculação do autor à sociedade mantiveram-se as mesmas, pois havia controle do trabalho dos funcionários inclusive para fins de pagamento dos salários. Constatada a fraude, não há como se dar guarida aos contratos sociais apresentados. (grifei)

Esta Corte já teve oportunidade de decidir situação fática assemelhada conforme aresto abaixo transcrito:

“VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SUBORDINAÇÃO RETICULAR. CONFIGURAÇÃO. Dá-se a chamada subordinação reticular quando, não obstante o laborista tenha um controle relativo sobre suas funções, de forma supostamente autônoma, não detém a mesma autonomia com relação ao aspecto econômico da atividade empresarial. Na dúvida entre o trabalhista dito ‘autônomo-dependente’ e o empregado clássico, a boa regra de hermenêutica aconselha a não reduzir o potencial expansivo e protetivo do direito do trabalho. Nestas condições, com a existência simultânea dos demais elementos caracterizadores da relação de emprego, a saber: onerosidade, pessoalidade e habitualidade, deve-se reconhecer o vínculo empregatício, com a conseqüente descaracterização de outras formas de relação de trabalho”. Recurso da ré a que se nega provimento” (TRT/15ª n. 00901-2007-007-15-00-9, Rel. Des. Carlos Roberto do Amaral Barros).

Relevante salientar que o preposto foi um dos fundadores da empresa ‘DRSM’ e saiu da “sociedade” no momento em que o autor foi admitido, conforme cópia do instrumento de alteração do contrato social a fls. 126/130. Entretanto, causa espécie ele haver afirmado em seu depoimento que “ficou sabendo que o reclamante entrou na sociedade da ‘DRSM’, bem como outra dentista de nome Ana Paula”. Ora, o contrato foi assinado por ambos; um era sócio retirante e outro sócio admitido, não sendo possível que o preposto tenha “ficado sabendo”. Seu depoimento, que tangencia a má-fé, mais serve para corroborar toda a tese obreira que a rechaçá-la, em benefício de seu empregador.

Apenas para que não se alegue negativa de prestação jurisdicional, menciono que a decisão de origem foi corretamente fundamentada, nos exatos termos da lei processual civil (art. 458, II, do CPC) e, por fim, ressalto que a discussão nestes autos refere-se ao



PROCESSO N° TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

vínculo de emprego entre a recorrente e recorrido e as obrigações decorrentes deste contrato por parte do autor, em cumprir os horários de trabalho estipulados pela recorrente, atendendo pacientes no estabelecimento da recorrente. Não há e não houve qualquer discussão nos autos acerca do fato do autor atender outros pacientes em sua clínica particular, desta forma, o fato de atender conveniados do “Plano Odontológico São Francisco”, em seu consultório, não desvirtua em nada todo o processado nestes autos.

Demais disso, mostra-se irrelevante o argumento relativo à ausência de fiscalização sobre os procedimentos realizados pelo autor ou do cumprimento de horários, com a possibilidade deste proceder alterações em sua agenda de trabalho, pois tal não afasta, por si só, o elemento pertinente à subordinação.

Dessa forma, na esteira da prova produzida nos autos e sopesada acima, emerge do conjunto probatório a ausência de independência e autonomia no serviço desenvolvido pelo reclamante, bem como a prestação de serviços na atividade-fim da empresa, sendo forçoso concluir que a relação jurídica havida entre as partes é de natureza empregatícia, razão pela qual deve ser mantida a r. sentença de origem.

Há, contudo, pequeno reparo a ser observado, tão-somente quanto à data da contratação.

A reclamada alegou que a prestação de serviços deu-se a partir de 10/09/1996, com a sua contratação na condição de dentista autônomo. Juntou o contrato de fls. 1016/1017 que comprova a data mencionada.

O autor afirmou na inicial que o início do labor para a reclamada deu-se em março de 1996, enquanto que sua 2ª testemunha afirmou que “trabalhou para a reclamada de 1997 a 2004” e que “quando começou a trabalhar o reclamante já laborava no local há cerca de um ano” (fls. 2051/2052).

Entendo que a prova testemunhal não foi suficiente para desconstituir a data constante do documento apresentado pela reclamada, eis que vago, na medida que a testemunha não soube precisar datas, nem mesmo o mês em que iniciou o labor, enquanto foi



PROCESSO N° TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

capaz de afirmar que o autor já trabalhava no local a cerca de um ano antes de sua contratação.

Dou parcial provimento ao recurso da reclamada tão-somente para reconhecer que o vínculo de emprego deu-se de 10/09/1996 a 25/01/2011.” (grifei)

Acerca do tema relativo às horas extraordinárias, o Tribunal Regional do Trabalho fundamentou sua decisão nos seguintes termos (fls. 5338/5341):

“RECURSO DO RECLAMANTE HORAS EXTRAS E REFLEXOS

Pleiteado recebimento de horas extras e reflexos a r. sentença negou o pleito ao fundamento de que o reclamante não logrou demonstrar o cumprimento da extensa jornada indicada na inicial, com o intervalo legal, ressaltando que os documentos apresentados, de forma isolada, não são suficientes para demonstrar o tal cumprimento (fl. 2061), com o que não se conforma o autor, afirmando que os documentos apresentados, consistentes em agendas de atendimento diário, assim como relatórios de produção foram produzidos pela própria recorrida.

Com razão o autor.

Com efeito, é indene de dúvida que a reclamada possuía em seus quadros mais que dez funcionários, o que atrai a aplicação do entendimento consubstanciado na Súmula 338 do Eg. TST, verbis:

“JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n°s 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula n° 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)”

O autor alegou que laborava às segundas e sextas-feiras das 8 às 12 horas; às terças e quintas-feiras, das 8 às 12 horas e das 14 às 20 horas e que na quarta-feira seu horário era das 8 às 12 horas e das 18 às 20 horas. Alegou que nunca recebeu pelas horas extras.

Considerando os termos do item I da Súmula em comento, a não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

A reclamada limitou-se a impugnar os horários apontados pelo recorrente, trazendo aos autos as agendas de dentista de fls. 1160 e seguintes, aduzindo que comprovam que o reclamante não cumpria os horários apontados na inicial e tampouco cumpria todos os horários agendados, pleiteando a aplicação do entendimento consubstanciado na Súmula 370 do Eg. TST, verbis:

“MÉDICO E ENGENHEIRO. JORNADA DE TRABALHO. LEIS NºS 3.999/1961 E 4.950-A/1966 (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 39 e 53 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Tendo em vista que as Leis nº 3.999/1961 e 4.950-A/1966 não estipulam a jornada reduzida, mas apenas estabelecem o salário mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas para os médicos e de 6 horas para os engenheiros, não há que se falar em horas extras, salvo as excedentes à oitava, desde que seja respeitado o salário mínimo/horário das categorias.” (ex-OJs nºs 39 e 53 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 07.11.1994 e 29.04.1994)

Em que pese não haver prova testemunhal acerca da jornada praticada pelo recorrente, fato é que a reclamada não se desincumbiu a contento de seu mister, a teor do item I da Súmula 338 do Eg. TST, ao



PROCESSO N° TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

contrário, as agendas que carrou aos autos mais corroboram as assertivas obreiras.

Com efeito, a título exemplificativo, no dia 14/07/2008, segunda-feira, consoante a agenda de fl. 420 (reclamante) ou de fl. 1222 (reclamada), o autor tinha agendamentos de meia em meia hora, a partir das 8 horas, até 11h30min, não havendo divergências entre elas quanto a possível não atendimento ou ausência de paciente, confirmando a jornada apontada pelo reclamante para a segunda-feira, como sendo das 8 às 12 horas, ou jornada de 4 horas. Da mesma forma, no 18/01/2007, quinta-feira (fl. 410 – agenda do reclamante ou fl. 1162 – agenda da reclamada), que também apontam atendimentos de meia em meia hora, a partir das 8 horas até 11h30min horas e das 14 às 19h30min horas, totalizando jornada de 10 horas, assim considerado porque o último paciente do dia era atendido às 19h30min e, segundo o próprio autor, seu atendimento estendia-se por meia hora, até 20 horas. (grifei)

Ante o exposto, considerando que cumpria à reclamada desconstituir as alegações obreiras quanto à jornada de trabalho e não o fez, considero válidas as jornadas apontadas pelo autor na peça inicial e, considerando os termos da Súmula 370 do Eg. TST, defiro como extras as horas que superarem a oitava diária nas terças e quintas-feiras de todo o período imprescrito, observando-se, contudo, o período de 10 meses em 2008 em que o autor confessou que em um dia por mês, às quintas-feiras, ausentou-se do trabalho para frequentar curso das 8 às 17 horas, levando-se em conta, ainda, as agendas colacionadas aos autos em cujos dias conste cancelamentos de agenda pelo reclamante, como por exemplo, no dia 19/11/2009, quinta-feira (fl. 1234). Eventual ausência de agendas de terças e quintas-feiras no período imprescrito, considerar-se-á o horário apontado na inicial, sem possibilidade de abatimento de cancelamentos, por não constarem dos autos.

As horas assim apuradas deverão ser pagas com o adicional legal de 50%, com reflexos em DSRs, férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas, FGTS e multa fundiária.

Dou parcial provimento.”



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

Diante da decisão acima transcrita, a reclamada opôs Embargos de Declaração, sobre os quais assim se pronunciou a Corte Regional (fls. 5367/5370):

“Conheço dos embargos, porque atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

De início cabe registrar que a teor do disposto no art. 897-A, da CLT e art. 535, do CPC, os embargos declaratórios somente são cabíveis quando da decisão judicial houver obscuridade ou contradição, se padecer de omissão ou ocorrer erro na aferição de pressupostos extrínsecos de cabimento do recurso.

Nas palavras do ilustre doutrinador MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, não se pode olvidar, in verbis, que:

“Obscura é a sentença ininteligível, que não permite compreender-se o que consta do seu texto. É consequência, quase sempre, de um pronunciamento jurisdicional confuso, em que as idéias estão mal-expostas ou mal-articuladas. A parte não sabe, enfim, o que o juiz pretendeu dizer, ao realizar a prestação jurisdicional.

(...)

Contradição (contra + dique) é o ato pelo qual alguém se coloca em antagonismo com o que havia dito ou feito; é a oposição inconciliável entre duas proposições. (...) O traço característico da contradição é representado, pois, pela incoerência, pela desarmonia do pensamento; as idéias contrapõem-se, sem que se possa conciliá-las. Uma exclui a outra.

(...)

Sentença omissa é a que deixa de pronunciar-se sobre um ou mais pedidos formulados pelas partes, pouco importando que estejam na inicial ou na contestação (ou na resposta do réu, lato sensu). Etiologicamente, pode ser caracterizada como produto da desatenção, da inadvertência ou do esquecimento do julgador. A sentença (bem assim o acórdão) omissa contém, de certa maneira, um pronunciamento citra petita, pois a apreciação do órgão foi, em relação aos pedidos deduzidos na causa, quantitativamente inferior à que deveria ter sido realizada. (in Sistema dos Recursos Trabalhistas, 10ª ed., p. 475 e 477, LTr: 2003, São Paulo).



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

Afirma a embargante que o v. Acórdão suprimiu vários trechos dos depoimentos pessoais e testemunhais que certamente teriam influenciado na convicção do julgador acerca da veracidade dos fatos, ressaltando, ainda, que a fundamentação mostra-se contraditória ao apoiar-se na ausência de independência e autonomia no serviço desenvolvido pelo reclamante, para concluir pela existência da relação empregatícia.

Conforme se observa dos próprios termos dos embargos declaratórios, as observações neles lançadas não constituem argumentações bastantes para que se considere haver omissão, contradição ou obscuridade no v. acórdão mas, sim, insatisfação com o resultado do julgamento, pretendendo o embargante revolver meritoriamente fundamentos da decisão embargada, o que é inadmissível, posto que os embargos declaratórios não se prestam a tal finalidade.

Com efeito, o v. Acórdão de fls. 2193/2205, confirmou a r. sentença de fls. 2057/2063, complementada pela decisão de embargos de fls. 2076/2077 quanto à existência de vínculo de emprego entre as partes e ao tratar do inconformismo da embargante este Relator analisou criteriosamente a prova produzida nos autos, tanto documental quanto oral, destacando no v. Acórdão tão-somente os trechos de depoimentos testemunhais tomados que, no entendimento deste Relator, fossem bastantes para o seu convencimento. Conclui-se daí, que a não transcrição de outros trechos de depoimentos testemunhais na fundamentação do v. Acórdão não configura omissão, mas apenas determina o que é relevante ou não, para o seu convencimento, salientando-se, ademais, que o órgão julgador não precisa esmiuçar detalhadamente os questionamentos erguidos pelas partes, cabendo-lhe tão-somente apontar as razões do seu convencimento, o que foi atendido.

Ressalto, quanto aos demais votantes que compuseram a sessão para julgamento deste feito, que para seu convencimento, não se dispuseram à mera leitura da fundamentação do voto condutor mas à prévia e acurada análise da prova produzida nos autos, resultando daí, o Acórdão, que no caso, foi unânime, conforme se verifica da certidão de fl. 2193.

Daí a conclusão de que o ofício jurisdicional, no presente caso, foi cumprido, nada existindo para ser remendado, com destaque ao fato de que



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

esse órgão julgador, ao proceder ao reexame da matéria, não infringiu direta e literalmente quaisquer disposições de nosso ordenamento jurídico.

Saliente-se, ademais, que a rediscussão do mérito da causa é circunstância que se distancia do âmbito dos embargos declaratórios, eis que esses desservem para apurar dissensões a respeito dos fundamentos que balizaram a decisão, sendo absolutamente proibido o reexame de fatos e provas através da via eleita.

Além disso, cumpre destacar que em nosso ordenamento vige o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual cabe ao julgador apreciar livremente os elementos de prova constantes dos autos, de forma motivada, não constituindo omissão, contradição ou obscuridade a eventual valoração equivocada da prova produzida, sendo certo que, ainda, que essa circunstância possa configurar o error in iudicando, esse, por sua vez, não pode ser revisto na via estreita dos embargos declaratórios, já que as hipóteses de oposição desse remédio processual guardam simetria com as situações de error in procedendo.

Esclareço, por fim, que o pedido de encaminhamento prévio do autos para julgamento pelo Pleno, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 476 do CPC, que trata da uniformização da jurisprudência nos tribunais foi devidamente analisada por este relator, conforme fl. 2192.

Ante o exposto, resolvo conhecer dos embargos de declaração interpostos por INTEGRAL SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS LTDA e, no mérito, REJEITÁ-LOS, nos termos da fundamentação.”

Pelo o que se depreende dos acórdãos regionais transcritos, vejo que o Tribunal dispôs sobre as razões que o levaram à conclusão pela existência do vínculo de emprego entre o Reclamante e a Reclamada, assim como os motivos que justificaram, a vista da Corte Regional, a condenação da Reclamada ao pagamento das horas extraordinárias.

Diferentemente do que alega a Agravante, não é possível visualizar a apontada omissão no julgado em relação ao reconhecimento do vínculo de emprego. O Regional fundamentou sua decisão em vasta análise doutrinária e jurisprudencial. Ademais,



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

apreciou o conjunto probatório disponível, perpassando pela análise acurada dos depoimentos prestados pelo preposto e pelas testemunhas do Reclamante e da Reclamada, sem se descuidar das provas documentais.

De outro lado, acerca da apontada contradição, verifica-se que o Tribunal Regional do Trabalho registrou que a Reclamada possuía mais de 10 (dez) funcionários, mas não colacionou aos autos as folhas de marcação de ponto, considerando, assim, verdadeiros os horários de trabalho informados na petição inicial. Quanto às agendas de trabalho juntadas pela Reclamada, ressaltou que as informações dali extraídas corroboram com as alegações obreiras. Desse modo, inexistente a apontada contradição no acórdão regional, sobretudo porque as agendas não suprem a obrigação estabelecida no art. 74, §2º, da CLT, mas servem de meio de prova. Ocorre que, no caso, segundo registrou a Corte de origem, as agendas fizeram prova em desfavor da Reclamada.

Nesses termos, tanto o acórdão regional que julgou os Recursos Ordinários, quanto aquele que julgou os Embargos de Declaração, mostraram-se sem as vicissitudes mencionadas pela Agravante (omissão e contradição).

Assim, conforme se evidencia, não há falar em negativa de prestação jurisdicional, porquanto o Tribunal de origem consignou os motivos de seu convencimento, procedendo ao completo e fundamentado desate da lide.

Não há como anular a r. decisão, tão somente porque o Eg. Tribunal Regional não se pronunciou, expressamente, acerca de cada item apontado pela recorrente, ou, então, porque não transcreveu trechos específicos dos depoimentos prestados em juízo.

A fundamentação apresentada, por si só, é o bastante para a comprovação da devida apreciação de todas as questões levantadas e envolveram os aspectos basilares da controvérsia, com firme alicerce nas provas produzidas nos autos.



PROCESSO Nº TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

Os embargos declaratórios têm como finalidade específica, harmonização interna do julgado. Jamais podem ser opostos para um novo pronunciamento em torno dos mesmos fatos e do respectivo enquadramento jurídico.

Decerto, o art. 93, IX, da Constituição da República, ao preceituar que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade, não exige que o julgador rebata, ponto a ponto, todos os argumentos articulados pelas partes.

O princípio do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional, exige apenas que, a partir da apreciação dos fatos e provas constantes do processo, o magistrado exponha, de forma fundamentada, os motivos de sua decisão. A simples contrariedade das razões de decidir às pretensões da parte não configura abstenção da atividade julgadora.

Assim, não se vislumbra violação aos arts. 93, IX, da Constituição da República, 458 do CPC e 832 da CLT.

Dessa forma, não se vislumbra qualquer nulidade na decisão recorrida, que atendera aos ditames dos dispositivos constitucionais invocados.

Por fim, importa destacar que a pretensão recursal apresentada nas razões do Agravo de Instrumento se restringe à declaração de nulidade dos acórdãos por negativa de prestação jurisdicional, não avançando para a análise específica dos pedidos em que a Reclamada foi sucumbente.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 25 de Novembro de 2015.



PROCESSO N° TST-AIRR-828-59.2011.5.15.0004

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

AMÉRICO BEDÊ FREIRE
Desembargador Convocado Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10010EB0E0CAE573014.