



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0020190-23.2016.5.04.0701 (RO)
RECORRENTE: BAPTISTA CLINICA ODONTOLOGICA LTDA
RECORRIDO: ANDREA FALCONE LONGHI
RELATOR: DENISE PACHECO

EMENTA

Vínculo de emprego. Cirurgiã-dentista. Prestação de serviços incontroversa. Tese de relação de trabalho autônomo. Ônus da prova. Admitida pela reclamada a prestação de serviços e não provada a tese defensiva de trabalho autônomo, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA** (BAPTISTA CLINICA ODONTOLÓGICA LTDA).

Intime-se.

Porto Alegre, 30 de maio de 2019 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Irresignada com a sentença de parcial procedência do feito (fls. 406/419), dela recorre a reclamada.

Consoante as razões das fls. 449/463, pretende a reforma da sentença no que diz respeito ao vínculo de emprego, salário percebido e horas extras.

Com contrarrazões apresentadas pelo reclamante e pela segunda reclamada (fls. 569/583), sobem os autos ao Tribunal para julgamento.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Esclarecimento inicial. Reforma trabalhista. Trata-se de contrato de trabalho anterior ao advento da Lei nº 13.467/17, vigente a contar de 11.11.2017. A legislação aplicável à relação de direito material, portanto, é aquela vigente à época. As regras de ordem processual adotam como parâmetro a Instrução Normativa nº 41/2018 do TST.

1. Vínculo de emprego. Dentista. A sentença concluiu pela existência da relação de emprego entre as partes no período compreendido entre 20.11.2014 a 09.01.2016, uma vez que a prova oral revelou que havia determinação de horário de prestação de serviços, ausência de liberdade para serviços particulares, escolha da agenda de clientes pela ré, inexistência de autonomia para descontos e preços, além de prática punitiva adotada pela ré.

A reclamada não se conforma. Afirma que, por meio de Contrato de Cessão de Bens Móveis e Afins, firmado entre as partes, cedeu à reclamante o local de trabalho, equipamentos e materiais para o exercício de suas atividades, mediante participação nos honorários auferidos pela profissional. Assevera que a autora prestava serviços e gerenciava sua agenda segundo sua conveniência e vontade, sem nenhuma interferência da reclamada. Sustenta a ausência os requisitos elencados nos artigos 2º e 3º da CLT. Invoca a prova oral, transcreve jurisprudência e requer, ao final, a reforma da sentença.

Razão não lhe assiste.

Na petição inicial, a reclamante afirmou que laborou para a reclamada de 20.11.2014 a 09.01.2016, como cirurgiã-dentista. Pleiteou o reconhecimento do vínculo de emprego no período denunciado, alegando que possuía horário fixo de trabalho, sendo-lhe exigido permanecer no local, mesmo que não houvesse clientes para atender, sob pena de não perceber a remuneração do dia. Disse que a reclamada fornecia os materiais e utensílios necessários para a prestação de serviço. Ainda, alegou que a agenda de clientes, assim como os valores cobrados pelos procedimentos, eram totalmente geridos pela reclamada.

Em defesa, a reclamada negou a existência de vínculo de emprego. Disse que firmou com a reclamante Contrato de Cessão de Uso e Gozo de Bens Móveis (fls. 203 e s.s.), por meio do qual cedeu à autora local, instalações, equipamentos e materiais, a fim de viabilizar o exercício de suas atividades, mediante a participação nos honorários auferidos pela autora.

Assim, nos termos do artigo 818 da CLT, admitida pela reclamada a prestação de serviços, era desta o ônus de provar o fato impeditivo do direito vindicado.

Consta da prova documental, o mencionado Cessão de Uso e Gozo de Bens Móveis, que, após relacionar os equipamentos e utensílios cedidos pela ré, assim dispõe:

"CLÁUSULA SEGUNDA - A presente cessão de bens e direitos destina-se ao exercício pelo **CESSIONÁRIO** de atividade pertinente ao ramo da odontologia, ficando vedado, sob qualquer hipótese, o desvio de finalidade, não podendo ceder ou transferir os direitos ora transmitidos no todo ou em parte, seja a que título for, a qualquer pessoa.

§ 1º - O **CESSIONÁRIO** tem total liberdade no desempenho de sua atividade, seja técnica, seja na estipulação de procedimentos de atendimento, fixação de preços e formas de pagamento à vista ou parcelado, horários de atendimento aos pacientes, forma de prestação de serviços e quaisquer outros atos pertinentes à sua atividade, devendo elaborar e manter atualizados os prontuários, fichas e demais documentos de seus pacientes, com os procedimentos e atendimentos realizados, suas datas e todo o mais necessário especialmente a autorização e consentimento do paciente, sem qualquer interferência da **CEDENTE**, necessidade de justificativa ou aprovação.

[...]

§ 3º - O **CESSIONÁRIO** será única e exclusivamente responsável perante seus clientes em face dos serviços por si prestados, assumindo os riscos da inadimplência, bem como os danos ou prejuízos materiais e/ou morais que àqueles forem causados, haja vista a total ausência de subordinação ou vínculo jurídico entre as partes **CEDENTE/ CESSIONÁRIO** na prestação de serviços efetuada pelo **CESSIONÁRIO** para terceiras pessoas [...]

CLÁUSULA QUARTA - O **CESSIONÁRIO** pagará à **CEDENTE** pelo uso dos bens cedidos, estrutura e todo o mais posto à sua disposição, incluindo-se as referentes a propaganda, publicidade ou outras quer houverem, mesmo que o sejam em nome da **CEDENTE**, e ainda de empregados da **CEDENTE** utilizados no exercício das atividades odontológicas do **CESSIONÁRIO** para terceiras pessoas e seus pacientes, o equivalente a 77% (setenta e sete por cento) e 62% (sessenta e dois por cento) do valor bruto por si faturado ou aferida na sua prestação de serviços odontológicos.

§ 1º: O valor devido será apurado diariamente, ao término das atividades do **CESSIONÁRIO**, ou ainda semanal ou quinzenalmente, devendo o mesmo prestar contas dos valores recebidos e pagar o devido à **CEDENTE** (...), cuja apuração se dará de acordo com os preços, formas de pagamento, quantias e recebimentos/ pagamentos efetuados e anotados nas fichas de pacientes do **CESSIONÁRIO** por si ou por sua determinação à secretária, contra recibo.

[...]

CLÁUSULA QUINTA - O horário no qual poderá o **CESSIONÁRIO** usar e gozar dos bens, coisas e serviços que lhe são cedidos será das 8h às 20h, de segunda a sexta feira, e aos sábados das 8h às 14h, dentro do qual livremente organizará sua atividade profissional e atendimento aos pacientes, com início, término e intervalos que melhor lhe aprouver, não podendo apenas usar e gozar em horários diversos dos inicialmente referidos, sem qualquer controle, ingerência, interferência ou determinação da **CEDENTE**." (fls. 204/206).

Depreendo que o ajuste formal entabulado entre as partes prevê a cessão do local de trabalho e equipamentos necessários para o exercício da atividade profissional de odontologia com plena autonomia por parte da reclamante, mediante o rateio dos honorários profissionais.

Todavia, considerando que o Direito do Trabalho é informado pelo princípio da primazia da realidade, que valoriza a realidade substancial sobre as formalidades adotadas entre as partes, cabe averiguar se tais disposições contratuais foram efetivamente observadas na prática.

A prova oral produzida, constituída de quatro testemunhas compromissadas, tal como verificado na sentença, conforta adequadamente a tese da parte autora.

A primeira testemunha da reclamante, Bruna Aldrighi Ruas, também cirurgiã-dentista, declarou que:

"... a depoente trabalhou na reclamada de Maio de 2015, não recorda o dia do início, até Novembro de 2015, não recorda a data da saída; que a depoente deixou currículo na reclamada, que a reclamada entrou em contato com a depoente; que foi dito para depoente que ela deveria trabalhar das 9h às 20h, com uma hora para almoço; que a secretária fazia a ficha do paciente e passava para depoente; que a depoente não tinha liberdade na clínica para fazer serviços particulares; que a depoente atendia com exclusividade os pacientes que procuravam a reclamada; que a depoente assinou um contrato, mas não ficou com cópia; que a secretária controlava o horário; que a depoente recebia a remuneração com base em um percentual pelo serviço prestado; que o valor era tabelado pela clínica; que o paciente acertava o valor com a secretária e a depoente recebia a remuneração dos serviços ao final do dia; que o acerto era feito todos os dias no final da tarde; que na fachada da clínica não são colocados o nome dos dentistas que trabalham no local; que a depoente não tinha agenda, mas ia recebendo os pacientes mandados pela secretária; que haviam cinco dentistas na clínica; que nenhum deles tinha vínculo de emprego; que a reclamada possuía uma auxiliar de saúde bucal, duas secretárias e uma faxineira; que acredita que estes tinham carteira assinada; que a depoente não tinha autonomia para dar descontos e cobrar além da tabela; que o material utilizado era todo fornecido pela clínica; que a secretária fazia o acerto e pagava a depoente no final da jornada; que não aconteceu com a depoente, mas sabe, que se o dentista saísse antes das 20h, não faria o acerto do dia, naquele dia; que acha que não recebia o dia trabalhado;

[...] que a dentista Viviam trabalhava na parte da ortodontia e tinha uma secretária particular; que Viviam tinha liberdade de horários, e que a agenda era feita pela secretária dela; que os valores dos serviços de Viviam eram pagas pela secretária da clínica; que somente Viviam tinha liberdade de horários; [...] que acredita que não pudesse contratar uma secretaria exclusiva, pois havia na clínica; que foi prometido a depoente que se não atingisse um mínimo nos 2 primeiros meses, a clínica garantiria um mínimo de 2 mil reais" (grifei, fls 399/400).

Já a segunda testemunha da reclamante, Carla Roberta Dornel Bisonin, afirmou que:

"... foi secretária da reclamada por 2 meses, de Outubro a Dezembro de 2015; que conheceu a testemunha Bruna; que a Bruna trabalhava das 8h às 20h; que a depoente recebia dos clientes o valor dos serviços; que a clínica tinha uma tabela de valores; que a depoente fazia o acerto com a testemunha Bruna, depois das 20h; que a remuneração era uma porcentagem dos serviços; que a testemunha Bruna recebia em torno de 20% dos serviços e que a clínica ficava com 80%; que

a depoente lançava os valores no sistema e no final do dia, o sistema calculava os valores da clínica e do dentista; que não lembra o valor que pagava para a testemunha Bruna; que havia mais 4 dentistas com o mesmo sistema de trabalho; que a reclamante atendia serviços de ortodontia, também com valor fixo nos procedimentos; que ela também trabalhava das 8h às 20h; que os donos da clínica disseram para a depoente que as dentistas teriam que justificar atrasos; que a depoente tinha que comunicar atrasos dos dentistas aos donos da clínica;

[...] que às raramente a reclamante fazia uma hora de intervalo; que se os dentistas saíssem antes das 20h, não recebiam naquele dia; que a reclamante deveria comunicar aos donos qualquer assunto relacionado ao horário de trabalho; que todo material utilizado era da clínica; que a dentista Viviam tinha liberdade de horários e tinha uma secretária exclusiva; [...] que era Ludmila, dona na Clínica que dava ordens à depoente; que todos os documentos relativos ao paciente ficavam na clínica; que o material utilizado pela reclamante era da clínica; que a depoente não via as notas de compra e também não fazia as compras; que no contrato do paciente com a clínica, constava como contratada a reclamada e contratante o paciente, e também, o dentista responsável;" (grifei, fl. 400).

Já o depoimento da primeira testemunha da reclamada, Viviam Alves da Cunha, também cirurgiã-dentista, vai ao encontro do informado pelas testemunhas da reclamante, ao corroborar que ela possuía sistemática de trabalho diversa das demais dentistas, possuindo secretária particular e maior autonomia no gerenciamento de sua agenda:

"... a depoente têm um contrato com a reclamada de locação da sala e equipamentos; que a depoente loca uma sala; que os materiais que utiliza no paciente são adquiridos pela depoente; que a depoente coloca o valor no serviço que ela faz; que acredita que em relação à reclamante, às condições de trabalho fossem as mesmas da depoente, ou seja, ela locava um espaço; que a reclamante fazia a avaliação do paciente e orçava livremente o valor do serviço; que desconhece o horário que a reclamante chegava e saía; que não viu o contrato da reclamante e que não sabe qual o percentual que ela recebia; que a depoente possui uma secretária particular que é sua empregada; que a reclamante não tinha secretária particular; que a depoente poderia receber o valor diretamente do paciente ou a recepcionista da clínica recebia; que não sabe se a reclamante recebia os valores diretamente dos pacientes;"

(grifei, fl. 400).

Observo que, embora a mencionada testemunha tenha afirmado que "os dentistas possuem agenda e têm o domínio dela; que não há fiscalização de horários" (fl. 401), admitiu que "desconhece o horário que a reclamante chegava e saía" (fl. 400). Ademais, sinalo que a aludida testemunha demonstra não ter conhecimento da rotina laboral da reclamante.

Já a segunda testemunha da reclamada, Deivis Pizzi Viana, ouvida por carta precatória, declarou que:

"O depoente trabalhou ou trabalha para a reclamada? sim; Durante quanto tempo perdurou ou perdura sua relação de emprego? trabalhou de 29/09/2013 a 10/01/2017; O depoente tem carteira assinada, é profissional autônomo ou sócio

de alguma das Clínicas da reclamada? não possuía CTPS assinada, trabalhava como autônomo pagando parte do faturamento à Clínica;

[...] no plano fático a reclamada entra com o espaço físico e mobiliário, secretárias e esterilização; que o dentista usa o material de consumo que leva, agenda os pacientes, e parte do faturamento do dentista é repassado para a clínica conforme o contrato; que o agendamento dos pacientes é feito pelo próprio dentista e não pela clínica; que para cada especialização há uma porcentagem; O depoente conhece a reclamante Andréa Falcone Longhi? sim; O depoente conhece a reclamante Bruna Aldrighi Ruas? sim; Quais eram as funções das reclamantes? Andréa e Bruna eram dentistas mas não sabe ao certo os serviços que prestavam; que ao que recorda Andréa era ortodontista; O depoente chegou a laborar na mesma clínica das reclamantes? sim; De que período a que período, isto é, durante quanto tempo (dias ou meses)? trabalhou com Andréa e Bruna, por mais ou menos 01 ano/01 ano e meio, mas não tem certeza; [...] Sabe o depoente informar como era feito os pagamentos pela Clínica reclamada? o dentista pagava um percentual do faturamento para a clínica; Sabe qual o percentual que ficava a Clínica e qual o percentual que ficava com as reclamantes? que o percentual era estabelecido em contrato dependendo da especialidade, que acredita que Andréa repassava cerca de 60% para a clínica e ficava com 40%; Sabe informar se as reclamantes usavam uniforme? não, cada um usava seu avental e seus materiais; Sabe informar se os contratos feitos com os clientes se davam para com a Clínica ou para com as reclamantes? para com as reclamantes; que as fichas clínicas dos pacientes, os prontuários, ficavam com os dentistas; Sabe o depoente informar se as reclamantes tinham autonomia para, querendo, não ir trabalhar? sim, tinham autonomia para não irem trabalhar; Nesse caso, como ficava a agenda de clientes já marcados? que o dentista escolhia os dias que iria atender, fazia a avaliação do paciente e atendia no dia que quisesse; Se sabe o depoente informar se a reclamada precisava autorizar com antecedência eventual ausências de seus profissionais? não precisava autorizar; Sabe o depoente informar se, quando não havia mais cliente agendado, era possível que as reclamantes saírem mais cedo do trabalho? que o agendamento dos pacientes partia das reclamantes, podiam ir embora quando não tinha mais paciente; Nesse caso, sabe o depoente informar se existia orientação da reclamada para que as reclamantes não fossem pagas pelo dia trabalhado? não, por que não existia pagamento por dia trabalhado; que o dentista repassava uma porcentagem para a clínica; Sabe o depoente informar se a Clínica reclamada tinha uma tabela com preços preestabelecidos para cada um dos procedimentos executados por seus profissionais? não tinha tabela, geralmente os dentistas conversavam um com outro e estabeleciam preço para alguns procedimentos; como eram várias autônomos estabeleciam preços entre eles para não haver disputa" (fls. 389/390).

Como visto, o depoimento da testemunha Deivis difere do que foi declarado pelas testemunhas da reclamante.

Pondero que a ampla liberdade de gerenciar a própria agenda, noticiada pela testemunha da reclamada, ao meu sentir, mostra-se incompatível com o ajuste formal firmado entre as partes. O contrato prevê apenas o rateio dos honorários profissional, sem a estipulação de um valor mínimo a ser alcançado, do que concluo que, caso todos os dentistas optassem por interromper seus serviços em determinado mês, a ré, naquele período, ficaria sem receita para

a manutenção predial e pagamento dos empregados contratados (secretária, auxiliar de saúde bucal e faxineira). Semelhante raciocínio se aplica ao valor cobrado pelos serviços. Nesse contexto, não parece crível que houvesse efetivamente a ampla liberdade de horários e fixação de preços noticiada pelas testemunhas da ré.

Ainda, sinalo que, uma vez admitida a prestação de serviços pela empresa, era da reclamada o ônus de comprovar que a prestação de labor deu-se de forma autônoma, como alega na defesa, e não sob a égide da relação de emprego. Assim, tal como verificado na sentença, a prova oral, no aspecto, *"conduz ao reconhecimento do vínculo de emprego, na medida em que a ré não provou a inexistência dos requisitos para tanto."* (fl. 410).

Sob tais fundamentos, não merece reparos a sentença.

Mantenho, ainda, o valor do salário arbitrado (R\$ 6.500,00), uma vez que em consonância com o informado pela testemunha Carla e compatível com os valores registrados nos recibos apresentados pela autora.

Nego provimento ao apelo.

2. Horas extras. A reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento de horas extras. Afirma que as cópias das folhas da agenda juntadas pela reclamante não corroboram a jornada laboral declinada na peça vestibular. Ainda, diz que a prova oral está em contradição com a referida prova documental, não se prestando, pois, a comprovar o labor em sobrejornada, ônus que atribui à parte autora. Pede, por conseguinte, a reforma do julgado.

Razão não lhe assiste.

Descumprido o dever de documentação da jornada de trabalho, incide o entendimento consubstanciado na **Súmula 338, I, do TST**, segundo o qual *"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."*

Não há falar, portanto, em atribuir o ônus de provar a jornada alegada à reclamante.

Ressalto que as testemunhas da reclamada não demonstraram ter conhecimento do horário de trabalho da reclamante.

Nesse contexto, endosso os fundamentos da sentença:

"A testemunha Bruna narra que "se o dentista saísse antes das 20h, não faria o acerto do dia, naquele dia". A testemunha Carla, por seu turno, descreve que: (...)

que conheceu a testemunha Bruna; que a Bruna trabalhava das 8h às 20h; que a depoente recebia dos clientes o valor dos serviços; que a clínica tinha uma tabela de valores; que a depoente fazia o acerto com a testemunha Bruna, depois das 20h; (...) que a reclamante atendia serviços de ortodontia, também com valor fixo nos procedimentos; que ela também trabalhava das 8h às 20h.

Diante dos elementos acima, do cotejo entre alegações das partes, os depoimentos das testemunhas e a prova documental, acolho os horários de trabalho narrados da petição inicial e concluo que a reclamante, até 10/09/2015, laborou das 8h às 13 e das 14h às 20h, de segunda-feira a sexta-feira, bem como das 08h às 14h, no sábado; e, a partir desse dia, teve a jornada findada às 19h, de segunda-feira a sexta-feira, nada alterando quanto ao restante." (fl. 413).

A alegação de que a jornada de trabalho não ultrapassava os limites ordinários está superada pela presunção de veracidade da jornada alegada na petição inicial, não contrariada por nenhum meio de prova. Sinalo que as cópias de algumas folhas da agenda da reclamada, carreadas juntamente com a petição inicial, não tem o condão de afastar a aludida presunção, mormente quando os horários declinados na petição inicial foram corroborados pelas testemunhas da reclamante.

Nego, pois, provimento ao apelo.

DENISE PACHECO

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA DENISE PACHECO (RELATORA)

DESEMBARGADOR WILSON CARVALHO DIAS

DESEMBARGADOR EMÍLIO PAPALÉO ZIN



Assinado eletronicamente por: **[DENISE PACHECO]** - 3fc65bd
<https://pje.trt4.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>