

Acórdão do processo nº 0000706-45.2014.5.04.0231

Origem: 1ª Vara do Trabalho de Gravataí

Órgão julgador: 3a. Turma

Redatora: Angela Rosi Almeida Chapper >> Participam: Ricardo Carvalho Fraga e Maria Madalena Telesca.

PROCESSO: 0000706-45.2014.5.04.0231 RO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. A indenização por dano moral decorrente de assédio sexual é devida quando demonstrados constrangimentos ou sofrimentos morais decorrentes de atitude abusiva do empregador, com conotação sexual e cunho desrespeitoso. Recurso da reclamada desprovido, no aspecto.

ACÓRDÃO

por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE para acrescer à condenação o pagamento de honorários assistenciais no percentual de 15% do valor bruto da condenação. Por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DAS RECLAMADAS para limitar a condenação ao pagamento de diferenças de férias com 1/3, pela inclusão do salário pago "por fora", relativamente aos períodos aquisitivos 2010/2011, 2011/2012 e férias proporcionais, observados os valores pagos. Valor da condenação e das custas inalterados, para os fins legais.

RELATÓRIO

Irresignadas com a sentença, recorrem as partes.

A reclamante interpõe recurso ordinário, postulando a reforma da sentença no tocante às horas extras, aviso prévio (art. 488 da CLT) e honorários advocatícios.

A segunda reclamada recorre quanto à responsabilidade subsidiária, aplicabilidade das convenções coletivas e multas, vale transporte, férias, danos morais e quantum indenizatório.

A primeira reclamada, a seu turno, interpõe recurso ordinário, buscando a reforma da decisão relativamente ao pagamento "extrafolha", multas normativas, vale transporte, férias e indenização por danos morais.

Com contrarrazões, sobem os autos a este Tribunal e são distribuídos na forma regimental.

Pelo contexto fático do processo (alegações e provas), verifica-se que a parte autora foi contratada pela primeira reclamada em 03.05.2010 na função de fisioterapeuta, tendo sido despedida sem justa causa em 19.02.2014, com salário de R\$ 1.980,00.

VOTO DA RELATORA

JUÍZA CONVOCADA ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER:

I - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE.

1. HORAS EXTRAS. ART. 488 DA CLT.

A reclamante não se conforma com o indeferimento das horas extras pleiteadas. Alega que a reclamada não se desincumbiu do ônus de comprovar que possui menos de dez empregados. Destaca o teor da prova oral produzida, inclusive relativamente ao depoimento da testemunha por ela convidada, bem como, o teor

do depoimento do informante ouvido nos autos. Colaciona jurisprudência. A parte autora alega, ainda, que houve descumprimento ao art. 488 da CLT, sob o argumento de que laborou em jornada extraordinária no período do aviso prévio, tendo optado pela redução de jornada em duas horas.

Analiso.

A reclamante alega, na petição inicial, que foi contratada para laborar em jornadas de cinco horas diárias (das 7h às 12h), de segunda a sexta-feira. Aduz, entretanto, que iniciava a jornada às 6h15, saindo às 12h15/12h30. Salienta, ainda, ter trabalhado em alguns feriados. Assevera que não recebeu horas extras durante o período contratual. Busca a condenação das reclamadas ao pagamento de horas extras, inclusive com adicional de 100% para os feriados, conforme previsto nas normas coletivas, com reflexos. Verifico que a primeira reclamada alega possuir menos de dez empregados, em sua contestação (fl. 204).

O § 2º do art. 74 da CLT dispõe que "Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.".

Assim decidiu o Juízo de origem:

"Quanto a esta controvérsia, a testemunha Juliara, apresenta depoimento contraditório pois inicialmente afirma "que na reclamada haviam dois funcionários, um pela manhã e outro pela tarde" e posteriormente afirma "que havia 11 funcionários na reclamada".

A testemunha Jonas por sua vez afirma "que o reclamado tinha em torno de 4 a 5 funcionários".

Por fim a testemunha André afirma "que há em torno de 7 a 8 funcionários na reclamada; que é um fisioterapeuta por turno; que às vezes era necessário dois fisioterapeutas no turno".

Os documentos juntados pela própria reclamante às fls. 70-105, atestam o revezamento entre 5 fisioterapeutas no atendimento da segunda reclamada.

Deste modo, entendo que não restou comprovado que a primeira reclamada possuía mais de 10 funcionários, de forma que desnecessária a apresentação dos cartões-ponto.

Quanto à jornada efetivamente realizada a testemunha Juliara afirma "que a depoente fazia o horário das 12h às 17h na reclamada; que a reclamante trabalhava das 7h às 12h, mas chegava às 6h15min, para organizar a clínica para o início dos atendimentos que acontecia às 7h, pois a reclamante tinha cargo de responsável técnica". Ao final ainda esclarece que não presenciava o início da jornada da reclamante, mas "que sabe dizer que a reclamante começava às 6h15min por comentários do próprio reclamado".

A testemunha Jonas afirma por sua vez "que a reclamante trabalhava das 7h às 12h; que a reclamante não precisava chegar antes para organizar a clínica, pois quem saía já deixava pronta; que a reclamante chegava às 7h".

Por fim, a testemunha André confirma "que quem inicia às 7h pode chegar às 7h, que dá tempo para organizar as fichas e ligar os equipamentos; que não sabe o horário da reclamante".

A realização de horas extras, antes e depois da jornada da reclamante, alegadas na inicial, não restaram comprovadas, uma vez que os registros de atendimentos apresentados pela reclamante não confirmam que houve trabalho antes das 7h da manhã e após às 12h (jornada contratual) e a prova testemunhal demonstrou que não havia chegada antecipada pela reclamante e muito menos saída posteriormente ao horário pactuado.

Do mesmo modo, quanto ao trabalho em feriados, não foi produzida qualquer prova ou indício de que tenha ocorrido, de modo que entendo indevido o pagamento de qualquer hora extra sob este fundamento.

Indefiro, portanto o pedido "a.4" da inicial.

O preposto da primeira reclamada, em seu depoimento pessoal, aduz que a ré possui 8 empregados.

A seu turno, a testemunha Juliara, ouvida a convite da autora, declara:

"Que na reclamada haviam dois funcionários, um pela manhã e outro pela tarde; que a depoente fazia o horário das 12h às 17h na reclamada; que a reclamante trabalhava das 7h às 12h, mas chegava às 6h15min, para organizar a clínica para o início dos atendimentos que acontecia às 7h, pois a reclamante tinha cargo de responsável técnica (...) que havia 11 funcionários na reclamada (...) que em alguns momentos trabalhou no turno da manhã cobrindo o horário da reclamante; que então quando fazia o trabalho da manhã tinha que chegar às 6h15min para fazer a preparação da clínica (...)"

A primeira testemunha ouvida a convite da reclamada, Jonas Edison Wecker, declara:

"Que trabalhou na primeira reclamada de 2006 a 2015 na função acima; que foi colega da reclamante e da testemunha anterior; que o depoente trabalhava na clinica em horários variados, ou das 7h às 12h (...) que a reclamante trabalhava das 7h às 12h; que a reclamante não precisava chegar antes para organizar a clínica, pois quem saía já deixava pronta; que a reclamante chegava às 7h; (...) que trabalhou um período com a reclamante no mesmo turno, por um ano, mas não sabe dizer qual; que o reclamado tinha em torno de 4 a 5 funcionários (...)"

Por fim, a testemunha André, ouvida a convite da reclamada, declara:

"Que trabalha na reclamada desde 2010; que trabalha em vários horários; que os turnos são das 7h às 12h e das 12h às 17h; que quem inicia às 7h pode chegar às 7h, que dá tempo para organizar as fichas e ligar os equipamentos; que não sabe o horário da reclamante; que há em torno de 7 a 8 funcionários na reclamada; que é um fisioterapeuta por turno; que às vezes era necessário dois fisioterapeutas no turno; que o depoente tinha a chave da clínica e quando trabalhava de manhã chegava às 7h; que o depoente trabalhou junto com a reclamante quando fazia as avaliações admissionais na clinica; que o reclamado não ia todos os dias nas dependências da reclamada".

Considerando que a reclamada alega contar com menos de dez empregados, entendo que o ônus da prova quanto à referida condição sobre ela recaiu, nos termos do art. 818 da CLT e do art. 373, II, do NCPC.

Os documentos das fls. 70-104 juntados aos autos pela própria autora evidenciam o rodízio entre cinco fisioterapeutas. Por outro lado, a própria testemunha ouvida a convite da autora apresenta depoimento contraditório, na medida em que informa, em um primeiro momento, que havia dois empregados na ré, e, posteriormente, refere que eram onze. Ainda, a depoente aduz que a própria reclamante abria a clínica para organizar os atendimentos. Diante de tal contradição, e, considerando que a testemunha é bastante específica ao referir que havia dois empregados, não há como concluir pela existência dos onze funcionários.

Por outro lado, as testemunhas ouvidas a convite da reclamada salientam que havia de quatro a cinco empregados, ou de sete a oito. Entendo, desta forma, que a reclamada logrou êxito em demonstrar que o estabelecimento contava com menos de dez empregados, estando desobrigada a manter os registros de horário da trabalhadora. Registro que, contrariamente ao alegado pela autora em suas razões recursais, não se está desconsiderando o teor do depoimento da testemunha por ela convidada, mas sim, reconhecendo a existência de contradição no próprio depoimento, de modo que não é possível extrair as conclusões pretendidas pela autora do teor da prova oral.

Em não havendo a obrigação de manutenção dos registros de horário pela empregadora, o ônus da prova relativamente à jornada de trabalho incumbia à reclamante. Considerando que a prova da jornada é dividida, na medida em que a testemunha convidada pela autora declara que havia o labor em sobrejornada, e que as testemunhas ouvidas a convite da ré revelam que não havia

extrapolamento da jornada contratual, entendo que a autora não se desincumbiu do seu ônus probatório. Da mesma forma, não há, nos autos, qualquer prova de que a reclamada não tenha concedido a redução de jornada ajustada (aviso prévio trabalhado da fl. 69).

Nego provimento ao recurso ordinário da reclamante.

2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

A parte autora insurge-se contra a sentença que indeferiu o pedido de condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios.

Analiso.

Na esteira do artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988, incumbe ao Estado a prestação de assistência judiciária aos necessitados entendendo-se aplicável ao processo do trabalho, aos que carecerem de recursos para promover sua defesa judicial, independentemente da prestação de assistência judiciária pelo Sindicato da categoria profissional, bastando a declaração da situação econômica no sentido de que tal despesa importará em prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Presente a declaração de ausência de condições para pagar custas e honorários, são devidos honorários advocatícios no percentual de 15% (Súmula 219 do TST) sobre o valor final bruto apurado em favor do autor (Súmula 37 do TRT da 4ª Região). Ressalta-se que a apuração sobre o valor bruto encontra-se prevista na Orientação Jurisprudencial nº 348 da SDI-1 do TST: "Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei 1.060, de 05-02-1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a

dedução dos descontos fiscais e previdenciários" e, também, da Súmula nº 37 do TRT da 4ª Região sobre esta matéria:

"HONORÁRIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. Os honorários de assistência judiciária são calculados sobre o valor bruto da condenação".

Neste sentido a Súmula n. 61 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

Súmula nº 61 - HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

Atendidos os requisitos da Lei 1.060/50, são devidos os honorários de assistência judiciária gratuita, ainda que o advogado da parte não esteja credenciado pelo sindicato representante da categoria profissional.

No caso, a parte reclamante declara ausência de condições para pagar custas e honorários (fl. 10), circunstância não infirmada por prova em sentido contrário. Assim, mesmo ausente a credencial sindical, faz jus o autor à verba honorária.

Dou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante para acrescer à condenação o pagamento de honorários assistenciais no percentual de 15% do valor bruto da condenação.

II - RECURSO ORDINÁRIO DA PRIMEIRA E SEGUNDA RECLAMADAS. Matérias comuns.

1. PAGAMENTO "EXTRAFOLHA".

A primeira reclamada não se conforma com o reconhecimento do salário "por fora". Aduz que tais pagamentos diziam respeito a trabalhos realizados "por fora", em parceria, em eventos ou atividades em que a reclamada participava, tratando-se de ajuda de custo, e não de salário.

Sem razão.

São juntadas aos autos cópias dos extratos bancários e cheques da reclamante (fls. 120-136). O exame da documentação revela que mensalmente eram depositados valores elevados na conta da trabalhadora, variando entre R\$ 1.000,00, nos primeiros meses do contrato e R\$ 1.980,00, chegando a atingir o valor de R\$ 2.684,72. Conforme se infere das razões recursais da própria reclamada, não há como concluir pela inexistência de pagamento de salário "extrafolha" pela primeira ré.

A própria empregadora admite que efetuava o pagamento de valores à trabalhadora, em decorrência da prestação de serviços. Além disso, tais valores eram pagos mensalmente, com habitualidade, o que é outro indício da natureza remuneratória da parcela. Pondero, ainda, que nos contracheques da reclamante (fls. 106-113) consta o pagamento de salários entre R\$ 550,00 e R\$ 780,00. Por fim, a prova oral corrobora tais fatos, havendo clara demonstração de que o salário era pago "por fora".

Ademais, não é crível, pois, que a autora recebesse parcelas, mensalmente, em valor superior ao próprio salário registrado no contracheque e CTPS, a qualquer título indenizatório, o que, repiso, sequer é alegado.

É evidente, assim, a natureza salarial das parcelas pagas.

Nego provimento.

2. ENQUADRAMENTO SINDICAL. NORMAS COLETIVAS APLICÁVEIS. MULTAS NORMATIVAS.

A segunda reclamada sustenta a inaplicabilidade das convenções coletivas de trabalho juntadas com a petição inicial às fls. 21-68.

Destaca que os fisioterapeutas não estão abrangidos pelas CCTs, e que a primeira ré não era hospital ou casa de saúde. Busca a exclusão das multas normativas deferidas.

A primeira reclamada argumenta que os salários eram pagos até o dia 15 de cada mês, no máximo, não ocorrendo atraso.

Analiso.

Compulsando a contestação da segunda reclamada (fls. 255-261), constato que a ré, em sua defesa, nada mencionou acerca da aplicabilidade das normas coletivas juntadas com a inicial. Assim, é inovatória tal alegação, porquanto nada foi arguido nesse sentido pelo recorrente em contestação, não integrando a litiscontestação formada nos autos, não cabendo exame nesta instância recursal.

Ademais, a rescisão contratual foi feita inclusive pelo sindicato SINDISAÚDE (fl. 17), mesmo signatário das CCTs invocadas pela autora.

Por fim, registro que as normas coletivas em questão preveem o pagamento dos salários até o quinto dia útil de cada mês.

Considerando que a própria empregadora reconhece que o salário poderia ser pago até o décimo quinto dia útil, o que inclusive se encontra em consonância com a prova testemunhal, devem ser mantidas as multas deferidas na origem.

Nego provimento.

3. VALE TRANSPORTE.

A segunda reclamada busca a reforma da decisão quanto ao vale-transporte. Salaria que as testemunhas relataram que optaram pela não utilização do benefício. Aduz que a testemunha ouvida

mediante carta precatória foi ouvida apenas como informante. Cita jurisprudência.

A primeira reclamada salienta a validade da documentação relativa à opção pelo não recebimento do vale transporte, inclusive aduzindo ser este o entendimento extraído dos depoimentos das testemunhas.

Analiso.

Assim decidiu o Juízo de origem:

A testemunha Juliara afirma "que na data de admissão assinou um documento dispensando a percepção de vale-transporte; que a depoente não precisava pois ia de carro; que a reclamante ia de ônibus".

A testemunha Jonas afirma "que o depoente ia de carro para a reclamada; que o depoente abriu mão do vale-transporte".

Do conjunto fático-probatório restou evidenciado que a reclamante se dirigia ao trabalho por meio de transporte público, e portanto de fato necessitava do vale-transporte durante a contratualidade.

Entendo ainda que o documento de dispensa do referido benefício, resta enfraquecido frente aos depoimentos das testemunhas, uma vez que a reclamante no momento da admissão, pela sua posição hipossuficiente, muitas vezes acaba por não poder pactuar de forma igualitária as condições de trabalho.

Portanto, no presente caso, uma vez que restou comprovado que a reclamante fez uso de transporte público durante o pacto laboral, não entendo razoável o pedido de dispensa do recebimento do vale-transporte, benefício previsto em lei.

Deste modo, entendo que a declaração de vontade consubstanciada no documento de fl. 216 restou viciada, fazendo jus a reclamante ao pagamento do referido benefício.

Conforme bem constatado pelo Juízo de origem, a prova testemunhal revela que a autora utilizava transporte público para dirigir-se para o trabalho. Desta forma, não há como conferir validade ao documento por ela firmado, no momento da admissão, segundo o qual não precisaria do benefício do vale-transporte. Registro que, em que pese o ônus da prova incumbisse à autora, esta se desincumbiu do seu encargo a contento, na medida em que a reclamada não infirmou o depoimento da testemunha Juliara. A testemunha Jonas, ouvida a convite da reclamada apenas refere que ele próprio utilizava veículo, nada aduzindo relativamente à autora, ao passo em que a testemunha Juliara refere expressamente que a reclamante utilizava ônibus.

Portanto, é devida a indenização do vale transporte deferida na origem.

Nego provimento.

4. FÉRIAS.

A segunda reclamada não se conforma com a sentença que condenou as rés ao pagamento de férias em dobro e simples. Ressalta o teor da prova documental. Salaria que a prova oral demonstra a validade de tais documentos. Cita jurisprudência. Argumenta, ainda, que o pagamento de salário extrafolha e de férias acarretaria bis in idem.

A primeira reclamada argumenta que as férias devem ser pagas em dobro apenas caso não gozadas pelo trabalhador. Afirma que o

recebimento de salário "por fora", por si só, não acarreta o pagamento das férias em dobro.

Analiso.

Assim decidiu o Juízo de origem:

A primeira reclamada junta aos autos os documentos de fls. 217-20, os quais comprovam a concessão de férias dos períodos aquisitivos de 2010/2011 e 2012/2013. Do mesmo modo o TRCT de fl. 223 atesta o pagamento das férias proporcionais de 2013/2014.

No entanto, conforme alegado pela reclamante e confirmado pelo depoimento das testemunhas o cálculo dos valores relativos às férias era feito de forma a desconsiderar real salário que era pago extra-folha, conforme reconhecido em tópico próprio.

A testemunha Juliara afirma "que o valor pago a título de férias era o da carteira e a pessoa fruía bem menos de 30 dias de férias, para voltar a perceber o valor maior; que no período em que trabalhou com a reclamante esta não tirou férias".

A testemunha Jonas afirma "que o depoente tirava férias de 30 dias, recebendo o salário fixo da carteira; que a reclamante também tirou férias; que todos tiravam férias".

A testemunha André afirma "que tirava férias de 30 dias; que sobre a reclamante não sabe; que nas férias recebia o valor por fora que posteriormente passou a ser o da carteira".

Portanto, tendo em vista que a prova testemunhal confirma que o pagamento realizado era incorretamente calculado somente com base em parte do salário pago mensalmente, entendo que as férias não foram corretamente concedidas.

Defiro, pois, o pagamento das férias referentes aos períodos aquisitivos de 2010/2011 e 2011/2012, de forma dobrada e do período 2012/2013 de forma simples, observada os valores pagos extra folha reconhecidos, não havendo falar em compensação dos valores pagos.

Como se se infere do teor da sentença, o Juízo de origem deferiu à autora o pagamento de férias dobradas e simples, em decorrência da não inclusão do salário recebido extra-folha na base de cálculo da parcela.

Inicialmente, registro que a autora não se desincumbiu do seu encargo probatório de modo a demonstrar a não fruição das férias, na medida em que a prova é dividida, e o ônus a ela incumbia. Assim, tenho que a reclamante gozou as férias referentes aos períodos aquisitivos 2010/2011 e 2011/2012, e que recebeu o pagamento das férias com 1/3 de ambos períodos, bem como as férias com 1/3 proporcionais.

Porém, conforme anteriormente reconhecido, a autora efetivamente recebia salário "por fora", não tendo tal parcela integrado a base de cálculo das férias. A incorreção da base de cálculo das férias não acarreta o pagamento em dobro dos períodos aquisitivos, ou o novo pagamento das férias proporcionais, como defere o Juízo de origem, mas tão somente o pagamento de diferenças de férias com 1/3. Não é devido, assim, o pagamento em dobro das férias vencidas.

Assim, dou parcial provimento ao recurso ordinário das reclamadas para limitar a condenação ao pagamento de diferenças de férias com 1/3, pela inclusão do salário pago "por fora",

relativamente aos períodos aquisitivos 2010/2011, 2011/2012 e férias proporcionais, observados os valores pagos.

5. ASSÉDIO SEXUAL. ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM.

A primeira reclamada não se conforma com o deferimento de indenização por danos morais no importe de R\$ 100.000,00. Sustenta que, no caso dos autos, não restou caracterizada a responsabilidade civil do empregador. Aduz que não ocorreu ato ilícito. No que diz respeito ao quantum, destaca os elementos contidos na prova oral. Sustenta que o valor fixado é excessivo e desproporcional. Cita jurisprudência. Requer, assim, a reforma da sentença.

A primeira reclamada sustenta que o Juízo a quo utilizou frases que não passam de uma brincadeira, para caracterizar o assédio sexual. Aduz que os homens também recebiam convites para atividades de lazer, como passeios de barco, tendo inclusive aceitado.

Analiso.

Entende-se que o dano moral decorre da responsabilidade civil, conforme previsão do art. 927 do Código Civil: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." O art. 186 do mesmo código refere, por sua vez: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Para a configuração da responsabilidade civil é necessária a comprovação - de forma robusta - da ocorrência do dano e da

existência de nexos causal entre este e a ação que o originou, decorrente de dolo ou culpa.

Diga-se, ainda, que o assédio sexual está tipificado no art. 216-A do Código Penal, como crime contra a liberdade sexual, consistente em:

"Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função."

Sob a ótica do Direito do Trabalho, o assédio sexual ocorre com a exposição do trabalhador a situações constrangedoras de forma continuada e sistemática, que violem a sua liberdade sexual, a ponto de desestabilizá-lo moral e fisicamente, em verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana.

O onus probandi, no caso, é da reclamante, pois fato constitutivo do direito vindicado, a teor do disposto nos arts. 818 da CLT e 373, I do NCPC, do qual se desonerou a contendo.

No caso, a prova dos autos é farta a fim de demonstrar a ocorrência do assédio sexual. São juntadas aos autos diversas cópias de mensagens enviadas pelo sócio-proprietário da reclamada, Roberto Neves Schwalm, por meio da rede social Facebook e comunicações enviadas via e-mail (fls. 114-173). É juntada aos autos, ainda, declaração firmada pela psicóloga Teresinha C. Soccoloski, demonstrando que a autora esteve em tratamento nos períodos de 06.01.2011 a 26.05.2012 e 05.01.2013 a 23.03.2013, 07.05.2013 a 21.05.2013, 11.06.2013 a 23.07.2013 e 08.08.2013 a 29.08.2013. Ainda, é juntada aos autos cópia de receituário médico de medicamento controlado prescrito por

psiquiatra (lexapro - 10mg - fl. 175), datada de 20.01.2014, o que revela que após o atendimento psicológico, a autora passou a tratar-se com médico psiquiatra. É juntado aos autos, por fim, boletim de ocorrência policial (fl. 176).

No referido boletim de ocorrência, a autora narra que sofreu assédio sexual por parte de seu chefe (proprietário da primeira reclamada) desde agosto de 2011, nunca tendo cedido. Relata, ainda, ter sofrido assédio por diversas vias, desde Facebook e e-mails até pessoalmente, e que o preposto da ré inclusive teria passado a dificultar a percepção do salário da trabalhadora em razão das recusas.

Merecem destaque algumas das comunicações enviadas pelo preposto da reclamada:

"Revoltado com a tua rejeição, na minha volta para casa: parei e tomei mais capuccino pensando em ti. Ha, ha; fique tranquila, mantenha este belo rosto e nariz em perfeita forma; boa noite e um beijo inocente ;

Cada vez melhor, ou seja, os meus convites para sair a senhorita ignora e esnoba, agora assuntos de trabalho idem. Não vai mais ganhar R\$ 5.000,00; já que cinema, Rio de Janeiro, Rest. Copacabana, passeio de Lancha, visita no ICI nada disto vossa senhoria aceita, então vai uma sugestão de curso! Desculpa estou sendo injusto, almoço no Julio tu topa!".

Veja-se que em determinada oportunidade, o Sr. Roberto enviou à autora até mesmo a seguinte mensagem, após diversas recusas de insistentes convites feitos pela chefia: "Feia, chata, Snif, Snif... Haha. Vou continuar tentando +1+1+1+1+1. Vou colocar o Pedro Alei todos os dias na tua agenda por +2 anos ha, ha. Beijo.".

Quanto à prova oral, destaco, inicialmente, o teor do depoimento pessoal do sócio-proprietário da primeira ré, in verbis:

"Que a reclamante trabalhava somente no turno da manhã; que o ambiente de trabalho não é rígido e que o depoente costuma convidar todos os funcionários para jantar em sua residência e passeios de lancha; que a depoente era pessoa que tinha mais contato com o depoente no turno da manhã; que a reclamante era responsável pela abertura da reclamada; que a reclamante chegava às 7h para fazer tal tarefa; que a reclamante ia e voltava ao trabalho provavelmente de ônibus; que convidou alguns dos funcionários da reclamada para atender no Shopping de Cachoeirinha onde sua irmã é dentista; que a reclamante não aceitou, que mostrou interesse mas acabou não acontecendo a parceria; que a nome da irmã é Márcia; que a reclamante e demais colegas foram convidados para participar do projeto em Horizontina, mas o projeto não saiu do papel; que o depoente chegou a comentar que como não havia disposição de casa ficariam em um hotel e retornariam; que o depoente chamava a reclamante de 'chefa' e que fazia isso em relação à reclamante porque a reclamante era a única fisioterapeuta da manhã; que também chamava a outra fisioterapeuta da tarde; que não lembra se dirigiu a expressão "beijos inocentes" à reclamante; que pode até ter falado no Facebook, mas não lembra; que se utilizou este termo é porque o depoente utiliza estes termos no tratamento aos funcionários da clínica do sexo feminino; que o depoente convidou o grupo de 4 ou 5 funcionários do sexo feminino e masculino, do qual somente a reclamante compareceu; que os demais não foram alegando compromisso; que não lembra de ter mandado mensagens na madrugada dizendo que estava pensando

na reclamante; que na segunda reclamada existe uma passagens numa catraca na primeira portaria para quem vem a pé; que a reclamante passava nessa catraca".

Ainda, a testemunha Juliara declara:

"que a depoente sabe através de comentários do próprio Sr. Roberto que fazia convites para a reclamante, que já havia convidado a reclamante para passeios de lancha; que o Sr. Roberto também fez o mesmo convite para a depoente; que o Roberto tinha como conduta fazer convites à depoente para passeios extras ao trabalho; que o Sr. Roberto não se contentava quando ouvia um não e ficava questionando para saber o porquê da negativa para não passear de lancha ; que essas investidas do reclamado aconteciam sempre; que o reclamado insistia para que a funcionaria aceitasse, não se contentava quando a pessoa dizia não; que o reclamado colocava a pessoa numa situação constrangedora; que inclusive dois pacientes presenciaram essa situação; que um dos pacientes inclusive foi questionar a depoente se o reclamado tinha feito alguma coisa com ela pois a depoente brigava por causa dessa investidas; que essa situação acima referida foi com a depoente; que em relação ao convite da lancha, o reclamado disse que não haveria problema de a depoente ir porque a reclamante já havia ido; que a depoente acredita que o reclamado deve ter feito esse mesmo tipo de convite para as demais funcionarias; que o convite feito à depoente foi de forma individual somente para comparecer a depoente; que o reclamado disse que havia feito o convite para passeio de lancha para todo mundo mas a depoente nunca ouviu de ninguém que teriam recebido o convite; (...) que o reclamado deixava os cheques à

tarde com a depoente para o pagamento dos funcionários, e não deixava o da reclamante, que a reclamante tinha que ligar para o reclamado para pedir que este deixasse o cheque para ela; que isso acontecia no dia 20; que o reclamado quando a depoente ingressou na reclamada lhe disse que não era para ela ter contato, nem ser treinada pela reclamante, pois o reclamado disse que estava tendo problemas com esta e que a depoente seria treinada por Márcio; que o clima entre o reclamado e a reclamante era péssimo porque a depoente chegava 15 minutos antes para iniciar a jornada, que ambos não se falavam, que não chegavam perto um do outro e que quando a reclamante saía o Sr. Roberto "falava horrores" da reclamante; que o reclamado falava que a reclamante era uma grossa, uma estúpida e que estava disposto a pagar para que a reclamante saísse de sua vida; que o reclamado tratava a reclamante usando o termo 'muquirana'; que o reclamado não resolvia dispensando a reclamante e ficava aquele clima péssimo; que o reclamado falava que era péssima tecnicamente; que desde que a depoente entrou o reclamado falava que gostaria de mandar a reclamante embora, mas a situação foi se arrastando; que a depoente quando começou a sofrer as investidas do reclamado começou a desconfiar que o reclamado não mandou a reclamante embora, por medo destas investidas realizadas não estarem bem resolvidas e viessem a dar problemas maiores, parecia que ele queria fazer um acordo com ela; que o reclamado falou que não aguentava mais trabalhar com a reclamante; que o reclamado fez várias propostas para a reclamante ficar e esta não aceitou e o reclamado disse "*então agora ela vai se ferrar, eu vou queimar o filme dela*"; que o reclamado mencionou que procuraria a empresa Walmart onde a reclamante trabalhava para informar que

a reclamante colocou um processo contra ele e então a empresa desligaria a reclamante; que o reclamado mencionou que iria procurar a Uni LaSalle para contar a todos os professores da reclamante que indicam o trabalho dela e então ela não seria mais contratada em lugar nenhum; que a depoente acredita que o reclamado tinha medo que a depoente fizesse o mesmo e então lhe falava isso para a depoente desistir. Que após ser questionada por três vezes sobre haver alguma outra situação que lembre entre a reclamante e o reclamado a depoente permaneceu um tempo em silêncio e nada respondeu. Que o reclamado ia quase todos os dias na reclamada; que a depoente trabalhou de abril/2013 a setembro/2014 (...)"

Destaco que a testemunha informa que tomava conhecimento das investidas pelo próprio chefe, e que, além das insistentes e constrangedoras investidas de cunho nitidamente sexual, o proprietário da primeira reclamada difamava a trabalhadora no ambiente de trabalho. Ainda, conforme a depoente, por vezes os convites eram feitos até mesmo diante de clientes do estabelecimento.

Merece destaque, também, o fato de que a testemunha informa que todos os cheques para pagamento dos trabalhadores eram deixados com a depoente, exceto o da autora, de modo que a demandante apenas receberia salário caso ligasse para o chefe.

Ainda, a testemunha declara que o proprietário da reclamada ameaçava a autora, no sentido de que iria ao Walmart, onde a demandante também trabalhava, para prejudicá-la, ou, ainda, que ligaria para os professores da faculdade onde a demandante se

formou, a fim de garantir que não fosse mais indicada a outros trabalhos.

A testemunha Jonas, ouvida a convite da reclamada, corrobora as alegações da autora no sentido de que o Sr. Roberto adotava tal conduta de brincadeiras, e que trabalhou por cerca de um ano noturno da autora, não sabendo precisar o período. O depoente informa, ainda, que não recebia convites do Sr. Roberto, o que indica que tais convites eram direcionados apenas às mulheres.

Por fim, a testemunha André, ouvida a convite da reclamada, também confirma que o preposto da ré fazia diversas "brincadeiras" no ambiente laboral.

Assim, diante do contexto fático-probatório, tenho que o assédio sexual restou cabalmente demonstrado.

Para a fixação do valor da indenização, o julgador de origem considerou a gravidade do fato, o grau de culpa e a situação econômica das partes, fixando a indenização no montante total de R\$ 100.000,00.

Pondero que a reclamante recebia remuneração de aproximadamente R\$ 3.300,00, ao final do contrato. Ainda, importa destacar os aspectos socioeconômicos específicos do caso dos autos, como a idade da autora (trabalhadora nascida em 1984, contando com 26 anos na data de admissão), e que se tratava do primeiro emprego da demandante, conforme cópia da CTPS. Pondero, ainda, que, no caso dos autos, o dolo do empregador é evidente. Diferentemente da maioria dos casos de responsabilidade civil e danos morais decorrentes de acidente do trabalho, por exemplo, em que se verifica a culpa 'strictu sensu' do empregador, no caso em análise restou evidenciada a conduta

dolosa do proprietário da reclamada, que efetivamente realizava o assédio sexual de forma sistemática, caracterizada pela insistência e prática de abusos reiterados.

Da mesma forma, há comprovação do dolo no tocante às ofensas lançadas em direção à autora, nelas incluindo ameaças quanto ao seu futuro profissional. Não obstante, a testemunha Juliara informa que também era vítima de convites e insinuações, embora, a princípio, em menor nível.

Contudo, há evidência de que o proprietário da reclamada abusava do poder diretivo, a fim de obter vantagem de cunho sexual, não somente com relação à demandante. Neste contexto, faz-se necessária a observância do caráter pedagógico da indenização por danos morais. Registro que não há qualquer indício de que a autora fosse conivente com tais atitudes engendradas pelo reclamado, não havendo contribuição de sua parte para o ocorrido. Ainda, deve ser levado em consideração o longo período contratual (03.05.2010 a 19.02.2014), tendo o assédio iniciado em agosto de 2011, perdurando até o final do contrato. Por fim, conforme anteriormente referido, a conduta do reclamado caracteriza crime, tipificado no Código Penal, o que aumenta ainda mais a gravidade dos fatos apurados.

Considerando a gravidade da ofensa, notadamente o assédio sexual, bem como o assédio moral e até mesmo o prejuízo e sofrimento psíquico comprovados pela autora (consultas constantes com psicóloga e, após, psiquiatra, com uso de medicamento), entendo que o valor fixado mostra-se adequado.

A indenização por dano moral decorrente do assédio moral e assédio sexual, incontroversamente cometido pelo sócio-

proprietário da reclamada, deve ser fixada em valor que imprima caráter pedagógico, no sentido de estimular o empregador a não persistir nas práticas degradantes, além de sua natureza punitiva.

Entretanto, o dano moral não pode ser quantificado objetivamente, sendo ilusória a pretensão de reparação, em face da impossibilidade de reconstituição do estado anterior à lesão.

Imperioso considerar, dessa forma, a natureza da indenização, que busca, a um só tempo, compensar o dano sofrido, punir o ato ilícito praticado e prevenir a ocorrência de situação similar no futuro, devendo ser sopesadas, na fixação do valor devido, a extensão do dano causado e a capacidade financeira da reclamada. Quanto a tal aspecto, pondero que, embora o capital social da reclamada seja de apenas R\$ 10.000,00, conforme se infere do contrato social da ré, o sócio-proprietário, Sr. Roberto, é detentor de 90% do capital social, equivalente a R\$ 10.000,00. Certamente, no caso dos autos, este não é o melhor parâmetro para aferir a capacidade econômica da reclamada. Deve-se levar em consideração, pois, a prova dos autos no sentido de que a reclamada mantinha mais empregados. Além disso, os convites para passear de lancha, ou, ainda, os convites para viagens e eventos, revelam que o sócio-proprietário da ré, detentor de 90% do capital social possui poder aquisitivo elevado. Concluo, desta forma, que a capacidade econômica da reclamada mostra-se adequada ao importe ora fixado a título de indenização por danos morais, especialmente diante da gravidade e reiteração dos fatos, as quais devem ser destacadas.

É de se ressaltar, também, o caráter punitivo da indenização, que não se presta a dar causa a enriquecimento ilícito.

Não podendo o dano moral ser mensurado com base em critérios objetivos, uma vez que busca compensar o abalo da esfera íntima do indivíduo, a utilização de parâmetros é apenas um modo de arbitramento do valor a ser indenizado.

No caso, a reclamante sofreu assédio sexual e assédio moral pelo gerente da reclamada. Deve-se reconhecer, tal fato ocasiona repercussão negativa não só na capacidade laborativa, mas também na vida social da reclamante, presumindo-se sua angústia no decorrer dos anos em que foi assediada, pelo fato de saber o quão difícil seria provar situações que normalmente são vivenciadas sem testemunhas, ainda mais considerando a peculiaridade de que se tratava do primeiro emprego da autora, ainda inexperiente no mercado de trabalho, causando-lhe inegável sofrimento, humilhações e angústia.

Ademais, tal patamar encontra-se em consonância com a jurisprudência do TST. Cito, como exemplo, a decisão exarada nos autos do processo nº 200000-96.2006.5.02.0075, de lavra do Ministro Vieira de Mello Filho, em que o trabalhador homem foi vítima de assédio sexual da superior hierárquica, tendo sido a sentença prolatada em 2007 e o acórdão, em 2012, pelo TST.

Por fim, importa destacar que tal quantum foi arbitrado pelo Juízo de origem, o qual manteve maior contato com a prova oral. Principalmente em casos como este, as percepções do Julgador que produz a prova oral devem ser prestigiadas, principalmente dada a relevância da prova testemunhal carreada aos autos.

Logo, tendo em vista as lesões sofridas e o grau de culpa da reclamada, considerado gravíssimo, especialmente pelo assédio sexual reconhecido na origem como sofrido pela autora, e o porte

econômico da empregadora, bem como a finalidade pedagógica da indenização, mostra-se razoável para reparação dos danos morais pelo assédio sexual e moral sofrido pela reclamante a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), quantia que atende às finalidades compensatória e punitiva do instituto.

Nego provimento aos recursos ordinários das reclamadas.

III - RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA.

Matéria remanescente.

1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

A segunda reclamada não se conforma com a responsabilidade subsidiária reconhecida na origem. Salaria a existência de contratação de atividade-meio, relativa ao serviço de reabilitação e fisioterapia. Destaca que sua atividade-fim é a comercialização de peças automotivas. Afirma que não houve ajuste no sentido de lhe responsabilizar por quaisquer verbas trabalhistas. Ressalta a licitude da contratação. Assevera não possuir conhecimento da relação havia entre a autora e a primeira ré. Sustenta, assim, a incorreção da condenação imposta.

Analiso.

À evidência, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços decorre justamente do benefício auferido com o labor prestado, independentemente, ao contrário do sustentado pelo recorrente, da legalidade da contratação havida entre o tomador e prestador de serviços.

Assim, face ao incontestável proveito obtido pelo recorrente, cabe a ele garantir, subsidiariamente, a satisfação do crédito trabalhista do empregado, nos termos da Súmula 331 do TST.

No caso, é incontroversa a terceirização de serviços, tendo sido a segunda reclamada tomadora dos serviços ligados à sua atividade-meio.

Não pode o trabalhador, parte hipossuficiente, ser prejudicado pela inadimplência da prestadora de serviços, enquanto a tomadora foi diretamente beneficiada pela sua força de trabalho. Ademais, por se tratar de responsabilidade subsidiária, a recorrente somente terá algum ônus se houver inadimplemento dos valores decorrentes da presente ação por parte da real empregadora.

Mantém-se, portanto, a responsabilidade subsidiária reconhecida na origem.

Nego provimento.