

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DO TRABALHO DA 80ª VARA DO TRABALHO DA COMARCA DE SÃO PAULO

Processo nº 0001633-38.2011.5.02.0080

Reclamante: E. M. C.

Reclamado: HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, Autarquia Estadual criada pelo Decreto Lei nº 13.192 de 19 de janeiro de 1943 e Regulamento aprovado pelo Decreto nº 9.720 de 20 de abril de 1977, por intermédio da Procuradora do Estado que esta subcreve, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, nos termos a seguir expendidos:

Pretende a reclamante: a) o reconhecimento da rescisão indireta com o pagamento das verbas daí decorrentes, nos termos do art. 483, “d” e par. 3º da CLT, sustentando que o empregador deixou de cumprir obrigações legais e contratuais, b) o pagamento de indenização por danos morais e materiais em razão de suposta doença profissional adquirida pela reclamante; c) reconhecimento da responsabilidade solidária da segunda reclamada; d) o pagamento das multas dos artigos 477 e 467. Requer, ainda, sejam deferidos os benefícios da justiça gratuita, bem como seja reconhecida a responsabilidade exclusiva da reclamada pelo recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias.

Todavia, a ação é improcedente, como restará demonstrado.

PRELIMINAR DE MÉRITO

Inicialmente, como preliminar de mérito, argui-se a prescrição no que couber e a qualquer verba que, porventura, venha a ser condenado o reclamado, requerendo a aplicação do prazo prescricional previsto artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

A prescrição deve abranger, igualmente, os depósitos de FGTS devidos ao longo do pacto laboral.

Com efeito, o FGTS deriva de um contrato de trabalho, sendo que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser um direito do trabalhador (art. 7º, III). Assim, está submetido como qualquer outro à regra do artigo 7º, inciso XXIX, da mesma Carta Política, que dispõe os prazos prescricionais, improrrogáveis, de dois anos (bienal) e de cinco anos (quinquenal) para discutir direitos decorrentes da relação de emprego, não fazendo qualquer ressalva.

Ou seja, a norma trata de todas as verbas trabalhistas de forma isonômica, limitando no tempo o direito de propor a respectiva ação.

Como destaca o ilustre professor e Juiz do Trabalho do E. TRT da 2ª Região, Sérgio Pinto Martins:

“Não poderia a Lei nº 8.036/90 tratar diversamente da Constituição e especificar o prazo de prescrição de 30 anos. Se a Lei Maior regula exhaustivamente a matéria de prescrição no inciso XXIX do art. 7º, não poderia a lei ordinária tratar o tema de forma diferente.” (Comentários à CLT. Ed. Atlas, 10ª ed., 2006. p. 51).

Nesse sentido, a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO. DATA DE JULGAMENTO: 22/03/2007.
RELATOR(A): ROVIRSO APARECIDO BOLDO. REVISOR (A): LILIAN LYGIA ORTEGA MAZZEU. ACÓRDÃO Nº: 20070205366 PROCESSO Nº: 00152-2005-491-02-00-9 – ANO: 2005 – TURMA: 8ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 03/04/2007

RECORRENTE: EVA APARECIDA PINTO

RECORRIDO: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

EMENTA:

FGTS – PRESCRIÇÃO – A prescrição trintenária definida pelo Enunciado nº 362, do C. TST, para apuração de direitos pertinentes aos depósitos de FGTS, não afasta a natureza trabalhista de que se reveste a parcela que, sob os mesmos critérios adotados para todas as outras verbas trabalhistas, exige que a reclamatória seja ajuizada no prazo improrrogável de 02 (dois) anos do término do liame laboral, sob pena de prescrição do direito de ação. Sobreleva notar que o privilégio da prescrição trintenária encontra fincas no artigo 23, § 5º, da Lei do FGTS (8.036/90, D.O. 11/05/1990, ret. D.O. 15/05/1990), que concede tal prerrogativa aos órgãos de administração e fiscalização do recolhimento do FGTS, na apuração das infrações praticadas pelo empregador, e não aos trabalhadores.

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO. DATA DE JULGAMENTO: 04/06/2002.
 RELATOR(A): SÉRGIO PINTO MARTINS. REVISOR(A): MÉRCIA TOMAZINHO. ACÓRDÃO Nº: 20020366994.
 PROCESSO Nº: 20000524616 – ANO: 2000 – TURMA: 3ª
 DATA DE PUBLICAÇÃO: 18/06/2002
 RECORRENTE: RAIMUNDO NONATO MOREIRA
 RECORRIDO: EMPRESA JORNALÍSTICA CHO SUN LTDA
 EMENTA:

Prescrição. FGTS. Com a Constituição de 1988, o FGTS passou a ser um direito do trabalhador (art. 7º, III, da Constituição). O prazo de prescrição para a sua cobrança também deve observar os prazos normais do inciso XXIX, do artigo 7º, da Constituição. Dessa forma, não poderia o parágrafo 5º do artigo 23 da Lei nº 8.036 tratar diversamente da Constituição e especificar o prazo de prescrição de trinta anos. Se a Lei Maior regula exaustivamente a matéria de prescrição no inciso XXIX, do artigo 7º, não poderia a lei ordinária tratar o tema de forma diferente. Quando a Constituição quis estabelecer direitos mínimos, foi clara no sentido de usar as expressões “nunca inferior” (art. 7º, VII), “no mínimo” (art. 7º, XVI e XXI), “pelo menos” (art. 7º, XVII). No inciso XXIX do artigo 7º não foram usadas tais expressões. O constituinte foi preciso no sentido de fixar o prazo, que, portanto, não pode ser modificado pela lei ordinária. O FGTS é um crédito resultante da relação de trabalho. Não pode a lei ordinária reduzir ou ampliar o prazo de prescrição previsto na Constituição. Há de ser observada a hierarquia da Constituição sobre a Lei nº 8.036. FGTS. Prescrição. A prescrição do FGTS não pode ser considerada trintenária, mormente porque a Constituição Federal de 05/10/88 fixou, em seu artigo 7º, inciso XXIX, apenas dois prazos prescricionais: o de 2 anos (prescrição extintiva do feito) e o de 5 anos, derogando, para efeitos trabalhistas, qualquer outro prazo prescricional anteriormente existente. (TRT 15ª Reg., Ac. 21616/2001, DJ 04.06.01, 5ª Turma, Relatora Designada Olga Ainda Joaquim Gomieri)

Merece, ainda, ser destacada a decisão proferida recentemente pelo MM. Magistrado da 82ª Vara do Trabalho de São Paulo, Dr. Bruno Wagner Filho, que decidiu nesse mesmo sentido: “A nova legislação que passou a reger o FGTS deixou o trabalhador com plenos poderes de conhecer a regularidade da efetivação dos depósitos fundiários por parte da empresa. O art. 17 da Lei nº 8.036/90 determina que o empregador deve fornecer ao empregado a comunicação dos recolhimentos feitos ao FGTS e repassar-lhe todas as informações sobre suas contas vinculadas recebidas da Caixa Econômica Federal ou dos bancos depositários, o que normalmente é realizado por meio de campo específico nos recibos de pagamento. A Caixa Econômica Federal passou a enviar ao empregado o extrato do recolhimento dos depósitos do FGTS, de modo que

o trabalhador pode efetivamente acompanhar se o empregador está realizando os depósitos naquele Fundo, o que antes não ocorria, podendo eventualmente ajuizar ação para receber os depósitos. O próprio art. 25 da Lei nº 8.036/90 permite não só ao empregado ajuizar ação para a cobrança do FGTS, mas ao sindicato, caso o empregado não queira se indispor com o empregador. A existência de informação, nos recibos de pagamento, permite ao empregado acompanhar a regularidade dos depósitos efetuados pela empresa e se os mesmos correspondem a 8% das verbas salariais pagas, além de o trabalhador possuir pleno acesso à sua conta vinculada, podendo obter a qualquer momento extrato analítico dos depósitos e perceber a existência de diferenças, aspectos que levam à conclusão não coincidente com a do antigo Enunciado nº 95 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo mérito estava em levar em conta a subordinação do empregado com as inerentes dificuldades para reclamar quando no emprego, que, diante das novas disposições, não mais ocorrem”.

Assim, a prescrição deve ser pronunciada para abranger, inclusive, os depósitos do FGTS eventualmente não recolhidos pelo empregador.

Ademais, a prescrição deve abranger também os pedidos de indenização por danos materiais e morais em razão da suposta doença ocupacional.

A presente demanda deverá ser extinta, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, em relação a todos os pedidos relacionados à suposta doença profissional da reclamante.

Isso porque o artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal estabelece o prazo prescricional de 5 anos para o ajuizamento da demanda a partir da data do acidente.

E, nos termos do artigo 23, da Lei nº 8.213/1991, “**considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro.**” – grifamos.

Conforme verifica-se da própria petição inicial, a reclamante foi segregada compulsoriamente pelo INSS em **22.4.2005**.

Ou seja, a partir dessa data, a autora dispunha de 5 anos para ajuizar a ação judicial.

No entanto, a autora apenas ingressou em juízo em 13.07.2011, ou seja, mais de 6 anos após o início da fluência do prazo prescricional.

Dessa forma, não há que se falar em pagamento de danos morais ou materiais, FGTS de 40% de todo o período de afastamento até setembro de 2009, multa do art. 467 e 477 da CLT.

Ante o exposto, de rigor o reconhecimento da prescrição de todos os pedidos concernentes à suposta doença profissional e ao não recolhimento do FGTS, nos termos do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

DO MÉRITO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SEGUNDA RECLAMADA

“*In casu*”, o pedido de condenação como responsáveis solidários não conta com amparo fático, tampouco jurídico, isto porque a reclamante possuía 2 contratos de trabalho distintos com os reclamados.

O simples fato de que algumas Fundações de apoio, como, por exemplo, a Fundação Zerbini e Fundação Faculdade de Medicina, atuem dentro do complexo do Hospital das Clínicas da FMUSP não os torna solidários pelas obrigações do outro, posto que as pessoas jurídicas não se confundem, sendo o vínculo empregatício estabelecido cada qual com seus funcionários. A única semelhança é a eventual utilização do mesmo espaço físico.

Ressalte-se que o reclamado é autarquia estadual, pessoa jurídica de direito público, motivo pelo qual apenas por meio de aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF) se torna possível a vinculação de qualquer pessoa com o reclamado.

Pois bem, embora os reclamados tenham objetivos assemelhados e voltados a uma mesma finalidade, atuando de forma cooperada para atendimento à saúde da população paulista, intrinsecamente, são pessoas jurídicas diversas, sendo certo que têm naturezas jurídicas distintas e não se confundem.

O Hospital das Clínicas da FMUSP, como já mencionado, se constitui em Autarquia Estadual, pessoa jurídica de direito público, criada pelo Decreto-Lei 13.192/43, trata-se de um hospital-escola, estando ligado para efeitos administrativos à Secretaria do Estado da Saúde, com administração própria fazendo parte integrante da administração indireta do Estado.

Já o outro reclamado, Fundação Faculdade de Medicina, constitui-se em pessoa jurídica de direito privado, de fins não lucrativos, com ata de seus estatutos devidamente registrada no 1º Cartório de Títulos e Documentos desta Capital sob nº 160.208 e 160.209 e lavrada perante o 13º Tabelião de Notas no Livro 2.580, fls.171 e seguintes, cujos objetivos se resumem no desenvolvimento de ações e serviços para assistência integral à saúde da comunidade, a execução de ações de apoio

à vigilância sanitária e epidemiológica, o incremento ao desenvolvimento científico e tecnológico, a formação e o aprimoramento de recursos humanos na área de saúde e o aperfeiçoamento e a expansão de capacidade operacional do hospital.

Ante tais diferenças, resta evidente a falta de amparo fático para a responsabilização solidária dos reclamados.

Não obstante as circunstâncias fáticas, do ponto de vista jurídico, insubsistente a pretensão, por absoluta falta dos requisitos exigidos para sua constatação.

Não se admite a responsabilidade solidária fora da lei ou do contrato. Se não há expressa menção no título constitutivo, ou se omissa a lei, prevalece a presunção contrária à solidariedade.

Nesse mesmo sentido, ensina Washington de Barros Monteiro¹, que a solidariedade, como exceção, como derrogação a princípio dos mais comuns, não se presume: “resulta da lei ou da vontade das partes”.

No caso dos autos inexistente qualquer norma legal que vincule a autarquia estadual ao 2º reclamado, atribuindo-lhe a responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas ou qualquer cláusula contratual expressa nesse sentido.

Frise-se, ainda, que o reclamante não fez nenhuma menção aos fundamentos legais da corresponsabilização, nem sequer demonstrou, ao menos, indício de que o 2º reclamado não possuía capacidade econômico-financeira para suportar os ônus de uma eventual condenação.

É oportuno destacar que não há pedido de responsabilização subsidiária, motivo pelo qual qualquer pronunciamento judicial nesse sentido caracterizaria julgamento “*extra petita*”.

Logo, também sob esse ângulo não encontra amparo jurídico a pretensão.

Assim, uma vez ausentes os pressupostos fáticos e jurídicos necessários para a responsabilização solidária dos reclamados, a referida pretensão deve ser rechaçada, arcando cada qual com sua eventual sucumbência.

DA RESCISÃO INDIRETA – DA FALTA DO RECOLHIMENTO DO FGTS

Incabível o pedido de rescisão do contrato de trabalho, visto que não preenchidos os requisitos previstos no artigo 483 da CLT, e, consequentemente, os demais pedidos quanto às verbas rescisórias daí decorrentes.

1 Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 1ª parte – ed. Saraiva, págs. 144 e ss.

Ademais, é de se estranhar que a reclamante venha alegar os motivos acima mencionados para rescisão indireta depois de trabalhar desde 1989 na reclamada sob as mesmas condições.

Com efeito, para caracterizar o motivo determinante da rescisão indireta é imprescindível a imediatidade do empregado em adotar as medidas legais de insurgência, o que no caso em tela não aconteceu. Em suma: a insurgência do empregado tem que ser contemporânea à ofensa do empregador.

Assim, só pelo fato da mora do reclamante em se insurgir contra as alegadas irregularidades (iniciou exercício no HC em 31.10.1989 e ingressou com a ação apenas em 13.07.2011), impossível o reconhecimento da rescisão indireta. Nesse sentido, os seguintes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE IMEDIATIDADE. Um dos requisitos da rescisão indireta do contrato de trabalho é a imediatidade. Segundo esse requisito, a insurgência do trabalhador deve ser contemporânea à infração do empregador, pois do contrário pode ser configurado o perdão tácito quanto à falta do empregador. O ato faltoso do empregador que consiste na alteração unilateral do contrato de trabalho e prejudicial ao trabalhador é um ato único. A partir da sua data é que deve ser avaliada a imediatidade da reação do trabalhador. (TRT-2; j. 22/02/2007; Rel. Marcelo Freire Gonçalves; Acórdão 20070105272; Processo 00756-2004-371-02-00-1; 12ª Turma; Publicado em 02/03/2007)

RESCISÃO INDIRETA. IMEDIATIDADE ENTRE A FALTA E O DESEJO DE RESCINDIR. Deixar o emprego e só depois de estar trabalhando em outra empresa pedir rescisão indireta não tem amparo na lei. O pedido de rescisão indireta deve ser feito com o contrato em vigor, permanecendo ou não o empregado em serviço até o final do processo, segundo a previsão do art. 483, parágrafo 3º, da CLT. Assim, não tem amparo jurídico parar de trabalhar espontaneamente e só depois de dois meses vir à Justiça do Trabalho postular a rescisão indireta do contrato. (TRT-2; j. 31/05/2007; Rel. Luiz Edgar Ferraz de Oliveira; Acórdão 20070430874; Processo 02022-2006-084-02-00-0; 09ª Turma; Publicado em 22/06/2007)

Por sua vez, o ônus da prova é da reclamante em provar o fato constitutivo de seu direito, o que não ocorreu no caso em tela. Nesse sentido, o seguinte julgado:

RESCISÃO INDIRETA. ÔNUS DA PROVA. A reclamante, ao alegar a rescisão indireta, deve provar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, o que não ocorreu no caso. Ademais, o artigo 483, parágrafo 3º, da Consolidação das Leis

do Trabalho apenas autoriza que o empregado deixe imediatamente o trabalho nas hipóteses de suas alíneas “d” e “g”, sendo que, no caso, a violação afirmada pela obreira é da letra “e” do dispositivo legal citado, o qual não a autoriza a deixar de prestar serviço antes da decisão judicial. Recurso improvido. (TRT-2; j. 08/03/2007; Rel. VANIA PARANHOS; Acórdão 20070160737; Processo 01051-2005-371-02-00-2; 12ª TURMA; Publicado em 23/03/2007)

A reclamante menciona como motivo ensejador do pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho a alínea “d” do artigo 483 da CLT. Ocorre que razão não lhe assiste.

A alínea “d” do artigo 483 da CLT possibilita o pedido de rescisão pelo empregado quando o empregador não cumprir as obrigações do contrato, o que, de fato, nunca aconteceu, nem é evidenciado pelo narrado na inicial. Assim, de plano, tal motivo para rescisão do contrato de trabalho não restou configurado. Senão vejamos:

A reclamante afirma que a reclamada não recolheu o FGTS nos seguintes períodos: janeiro, fevereiro, março, abril, junho, julho e 13º salário de 1992, 13º salário de 1994, 13º salário de 1995, 13º salário de 1999, 13º salário de 2000, 13º salário de 2001, 13º salário de 2002, 13º salário de 2003, 13º salário de 2004, novembro e dezembro de 2007 e abril e maio de 2008.

No entanto, os recolhimentos foram devidamente efetuados, conforme comprovantes anexos. Vejamos:

1. janeiro, fevereiro e março de 1992 – doc. 6
2. abril, junho, julho de 1992 – doc. 7
3. 13º salário de 1992 – doc. 8
4. 13º salário de 1994 – doc. 9
5. 13º salário de 1995 – doc. 10
6. 13º salário de 1999 – doc. 11
7. 13º salário de 2000 – doc. 12
8. 13º salário de 2001 – doc. 13
9. 13º salário de 2002 – doc. 14
10. 13º salário de 2003 – doc. 15

11. 13º salário de 2004 – doc. 16

12. Extrato completo do período – doc. 17

Cumpra esclarecer que, até julho de 1992, os recolhimentos do FGTS eram efetuados no Banco do Estado de São Paulo S.A.

A partir de 1º de agosto de 1992, os recolhimentos de FGTS passaram para a Caixa Econômica Federal e os saldos das contas de FGTS também foram transferidos conforme documentos anexos.

Por fim, nos períodos de novembro e dezembro de 2007 e abril e maio de 2008, a reclamante estava afastada por licença médica junto ao INSS, portanto, não é devido o recolhimento do FGTS nesses períodos.

Uma vez corretos os pagamentos, inexistentes verbas a serem deferidas para a reclamante sob esses títulos.

Nesse esteio, restou demonstrada a ausência de descumprimento contratual por parte da reclamada, sendo incabível a rescisão indireta. Incabíveis também todas as verbas rescisórias pleiteadas, tais como aviso prévio, multa do art. 467, multa do art. 477, § 8º da CLT, 13º salário proporcional, férias proporcionais e o terço constitucional, bem como os direitos rescisórios relativos ao FGTS, devendo ser julgadas improcedentes tais pretensões.

DA SUPOSTA DOENÇA PROFISSIONAL

Muito embora as pretensões ressarcitórias da reclamante estejam fulminadas pela prescrição, em razão do princípio da eventualidade, a reclamada passa a impugnar especificamente todos os pedidos formulados na petição inicial, posto que desprovidos de qualquer fundamento fático ou jurídico. Vejamos:

A autora alega que, em razão da árdua rotina de trabalho a que fora submetida na reclamada durante os anos de labuta, contraiu doença ocupacional, tendinite crônica (CID M35-7, M65-4 e M75-2). Afirmar que laborava no Departamento Pessoal e que era responsável por separar toda documentação referente aos pagamentos, férias e afastamento, além de elaborar planilhas de cerca de 2 mil funcionários.

Inicialmente, há que se ponderar que a inicial sequer identifica em qual membro se apresentou a tendinite alegada, o que inviabiliza o direito da defesa da reclamada.

Ademais, não há como aceitar a imputação feita pela reclamante, uma vez que o nosocômio réu trata-se de Hospital de Referência no tratamento de saúde da população paulista, sendo cauteloso e responsável no trato com seus servidores.

Relevante apontar que as atividades desempenhadas pela reclamante, por si só, não poderiam ter dado azo à enfermidade apontada. As funções da reclamante são bem delimitadas e consistem no seguinte (doc. 18):

Atividades de digitação – frequência dos espelhos em sistema Forponto, preenchimento de comunicado de acidente de trabalho, expedientes diversos como processos e memorandos.

Atividades manuscritas – protocolo de expedientes internos e externos em cadernos, apontamento dos espelhos em pastas de frequência (sendo uma folha para cada servidor).

Atendimento pessoal e telefônico aos profissionais do instituto.

Afirma-se, categoricamente, que a reclamante não desempenhou funções outras que não as supradescritas.

Ademais, considerando-se a função/atividade da autora, o gênero feminino e sua faixa etária, não há como se comprovar o nexo de relação causal com o trabalho na patologia apontada.

A reclamante não logrou demonstrar o nexo de causalidade entre a patologia e o labor desempenhado, que pode ter sido causada por doenças reumáticas, atividades domésticas e desconforto em meios de locomoção.

A reclamante descreve uma série de padecimentos físicos e psicológicos que reputa terem sido causados pelas atividades que desempenhou na reclamada, entretanto não se desincumbiu do ônus que lhe cabia de demonstrar a existência desses padecimentos e do nexo de causalidade entre a patologia e o labor.

Deve-se acrescentar, ainda, que a reclamante foi afastada em 22.04.2005 pelo INSS e em 2008 retornou ao trabalho, com a documentação do INSS, para treinamento de suas atividades por 30 dias.

Cumprе mencionar que a unidade de trabalho atendeu à prescrição do INSS, alterando devidamente a rotina da servidora. Foi realizado rodízio das atividades, foi proporcionado mais tempo para repetir as atividades, foram concedidos mais intervalos durante o horário de trabalho. Foi, ainda, oferecido à servidora a oportunidade de atender no “Posso Ajudar”, posto fixo de orientação verbal aos pacientes ambulatoriais, sem necessidade de digitar, escrever ou deambular (doc. 18).

Porém, a autora realizou apenas dois dias de treinamento e não retornou ao trabalho até a presente data (doc. 20).

Ante o abandono de emprego, a reclamada deu início à sindicância interna para demissão da reclamante por justa causa, conforme documento 20 anexo.

Reitera-se, portanto, que pela natureza da atividade desenvolvida pela reclamante, seu gênero feminino e sua faixa etária, a patologia descrita não guarda qualquer nexo de causalidade com as funções desempenhadas na reclamada, não podendo imputar um eventual infortúnio à autarquia demandada.

Nesse sentido:

EMENTA: Pedido de indenização civil. Falta de prova. A ausência de nexo causal de doença com o trabalho na reclamada, sem prova de que a patologia decorreu das atividades laborativas, mas de fatores personalíssimos do trabalhador, obsta a postulada indenização pecuniária.²

Constata-se, portanto, a ausência de nexo causal entre as atividades laborativas desempenhadas pela reclamante e a patologia apresentada.

Caso restem demonstrados os padecimentos físicos e doença que a reclamante reputa terem sido causados em razão de seu trabalho e o nexo de causalidade, o que se admite para argumentar, para a responsabilização civil, imperioso se faz demonstrar a conduta dolosa ou culposa por parte do empregador.

Nesse sentido, cabe analisar se o empregador vem cumprindo com os deveres legais a ele impostos, notadamente no que se refere às condições de trabalho oferecidas à reclamante para o desempenho de suas funções.

Inicialmente observe-se que a reclamante é profissional experiente, atuou no HCFMUSP por 16 anos (outubro de 1989 até seu afastamento em 2005), podendo-se concluir que estava apta a desenvolver as atividades para as quais foi escalada.

A reclamada mantinha um quadro de pessoal suficiente para a realização das tarefas diárias do Departamento Pessoal, sendo certo que a reclamante não era responsável sozinha por toda a documentação dos quase 2 mil funcionários que menciona na inicial, não podendo ser caracterizada culpa quanto às condições de trabalho da reclamante no tocante a este item.

2 Acórdão nº 20090016950, proferido pela 3ª Turma do E. TRT, autos nº 0122720056102009, publicado em 10/02/2009.

A reclamante estava apta a desenvolver as atividades de sua responsabilidade e contava com o respaldo, em termos de pessoal, necessário ao desenvolvimento das mencionadas atividades.

Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente. (Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 4. 20. ed. Saraiva, 2007. p. 17.)

No caso em comento, **não restou configurada a conduta dolosa ou culposa por parte da empregadora**. Logo, não responde a reclamada pelas indenizações pleiteadas, pois ausente um dos pressupostos para responsabilização. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO – RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR – PROVA DA CULPA – NÃO CONFIGURAÇÃO – Dada a ausência da prova da culpa da ré, essencial para se reconhecer a responsabilidade subjetiva, já que não basta, apenas, o nexo de causalidade entre a ação/omissão do agente e o dano, tem-se que não há como reconhecer a responsabilidade civil da empregadora. Sentença que se mantém³.

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR. A responsabilidade civil do empregador é subjetiva. Apenas quando agir com culpa ou dolo, a empresa tem a obrigação de indenizar o empregado. É o que impõe a Constituição Federal no art. 7º, inciso XXVIII. Também é o que se deduz dos arts. 186 e 927 do Código Civil, que fixam como requisito do ato ilícito a ser reparado a ação ou omissão voluntária do agente ou a conduta negligente ou imprudente. Não se trata da modalidade e responsabilidade objetiva, a qual independe da atuação culposa do agente, sendo devido o ressarcimento tão somente pela ocorrência do dano. Para que o empregador esteja obrigado ao ressarcimento civil, necessária a existência de dano ao empregado, o estabelecimento do nexo causal entre a lesão e as atividades laborais, e a atuação culposa ou dolosa do empregador para a ocorrência do acidente⁴.

3 Acórdão nº 20081097748, proferido pela 3ª Turma do C.TRT, publicado em 13/01/2008.

4 Acórdão nº 20081048844, proferido pela 4ª Turma do C.TRT, publicado em 12/12/2008.

Assim, não é possível afirmar que houve culpa e muito menos dolo da autarquia estadual, o que exclui sua responsabilização.

Ausentes os pressupostos da responsabilidade civil, é incabível a responsabilização do Hospital das Clínicas da FMUSP, motivo pelo qual se requer a total improcedência da demanda.

Pelo exposto, conclui-se que não restou demonstrado que a doença da reclamante foi desencadeada pelas atividades laborais. Caso assim não se entenda, forçoso concluir que a reclamada não manteve nenhuma conduta dolosa ou culposa, que tenha relação com o dano supostamente experimentado pela reclamante, motivo pelo qual indevidas as indenizações pleiteadas, tanto as relativas aos danos materiais, quanto as relativas aos danos morais. Entretanto, por amor à argumentação passa-se a abordar o pleiteado pela reclamante.

DOS DANOS MATERIAIS

Afirma a reclamante que se não fosse a doença/acidente de trabalho certamente estaria em atividade e percebendo um salário. Afirma, ademais, que não conseguiu arrumar emprego em nenhum lugar, tendo em vista sua deficiência. Pleiteia a reclamante pensão mensal no valor equivalente a seu salário, por um período de 28 anos, levando-se em conta uma expectativa de vida de 70 anos de idade.

Pondera-se, inicialmente, que a reclamante não só não logrou demonstrar não estar apta ao trabalho, como teve alta do INSS e não retornou ao trabalho na reclamada.

Relevante destacar, ademais, ser absolutamente inverídica a afirmação da autora de que se não fosse sua doença estaria em atividade e recebendo salário. Mais inverídica ainda se afigura a afirmação de que, em razão de sua deficiência, a reclamante não consegue arrumar emprego em lugar algum.

A reclamante ainda é servidora da reclamada, estando o vínculo empregatício em pleno vigor. Prova disso é o pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho formulado pela autora na exordial.

Em 2008, a reclamante retornou ao Instituto de Ortopedia do Hospital das Clínicas, com a documentação do INSS, para treinamento por 30 dias. Teve suas atividades readequadas conforme orientação do INSS, no entanto realizou o treinamento apenas durante 2 dias e não retornou à reclamada até a presente data.

A reclamante não retornou ao trabalho na reclamada por deliberação própria e ora responde à sindicância por abandono de emprego (doc. 20). Eventual recurso que ela tenha apresentado no INSS em face de sua alta não obstará o seu retorno ao trabalho, com a adaptação de suas funções.

Em suma, a reclamante deliberadamente abandonou seu emprego e ora pretende um pensionamento mensal até a idade em que completaria 70 anos!!! Nada mais absurdo!!!

De todo o já exposto, verifica-se que a suposta moléstia profissional que a reclamante afirma ter desenvolvido não se confirma.

Na remota hipótese de ser acolhida a tese da reclamante, relevante destacar que a conta feita pela reclamante de que ainda teria 28 anos de trabalho não poderá prevalecer.

A reclamante afirma que, por ocasião da doença (em 2005), contava com 42 anos de idade e, portanto, teria 28 anos de pensão a receber. Sucede que os períodos anteriores a 13.07.2006 estão fulminados pela prescrição.

Ademais, não pode incluir no pensionamento mencionado acima os períodos em que recebeu o benefício previdenciário pelo INSS, sob pena de *bis in idem*.

Incabível, portanto, a pensão mensal pleiteada, tendo em vista o recebimento do benefício previdenciário, ou seja, a reclamante não deixou de auferir renda, pois está recebendo o auxílio-doença, em valor compatível com seu salário, conforme explicitado acima.

Ainda que assim não se entenda o pagamento da pensão mensal, não poderia ultrapassar a data em que a reclamante completaria 65 anos de idade, ocasião em que ela, em tese, passaria à inatividade ante sua jubilação.

Por fim, destaca-se ser inviável o pagamento em uma única parcela da pensão, sob pena de desvirtuar a finalidade do pensionamento mensal, que seria substituir o salário auferido mensalmente pelo trabalhador.

Assim, pela improcedência do pedido de pensão mensal correspondente ao valor do salário da reclamante. Ainda que assim não se entenda, no caso de condenação, cada reclamada deverá responder pelo valor referente ao salário pago à reclamante, afastada a solidariedade e a soma dos salários e conforme o período acima mencionado.

DANOS MORAIS E SEUS VALORES

Ainda que seja demonstrada a ocorrência do acidente/doença do trabalho, não há que se falar em indenização por danos morais, como veremos.

Não obstante, cumpre destacar que a reclamante não descreve na inicial quais os sofrimentos entende passíveis de serem indenizados por dano moral, sendo vagos seus termos. De se notar que também não há prova dessas alegadas situações.

É de se concluir, portanto, que são absolutamente infundadas e incoerentes as alegações feitas, não havendo de se falar em responsabilização civil por inexistir nexo de causalidade e, muito menos, culpa ou dolo do agente e pela ausência de comprovação do dano.

Ausentes os pressupostos da responsabilidade civil, é incabível a responsabilização do Hospital das Clínicas da FMUSP, motivo pelo qual se requer a total improcedência da demanda.

Ainda que certo da improcedência da presente ação, em homenagem ao princípio da eventualidade, temos como descabido o valor pretendido pela reclamante, seja por ser elevado, sobretudo, se considerado a natureza e as atividades desenvolvidas pelo requerido, seja pela falta de proporcionalidade.

O critério trazido na inicial, além de não encontrar amparo legal, não observa que o reclamado trata-se de hospital público.

Pois bem, o reclamado trata-se de autarquia estadual, que presta serviços na área da saúde para toda a população do Estado de São Paulo. Nessa esteira, sendo pessoa jurídica de direito público, por via transversa, quem sofrerá o ônus da sucumbência e arcará com a condenação é toda a sociedade paulista.

É importante frisar, ainda, que a autarquia jamais se omitiu ou negligenciou acerca dos fatos, muito pelo contrário, sempre prestou o pronto atendimento à reclamante e acompanhou de perto sua evolução, precedendo a cada retorno ao trabalho avaliação médica, como se verifica das fichas médicas, o que também deve ser sopesado.

Ainda, temos que o valor pleiteado, 80 vezes o salário mínimo vigente, é excessivo e não leva em conta a condição econômica da reclamante, pessoa simples que exercia a função de auxiliar de nutrição e não se encontra desamparada, até porque está percebendo proventos do INSS.

Ademais, a Constituição veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim.

Assim, na hipótese de ser o hospital condenado a indenizar a autora, deve ser rechaçado o valor pretendido, fixando-se valor menor.

DO FGTS DO PERÍODO DE AFASTAMENTO

Improcedente também é o pedido de recolhimento do FGTS do período de afastamento pelo INSS.

É certo que o parágrafo 5º, do artigo 15 da Lei nº 8.036/90, apenas prevê a obrigatoriedade dos depósitos fundiários em caso de licença por acidente do trabalho. O que não se confunde com a hipótese versada no presente caso.

O afastamento da autora a partir de 22.04.2005 se deu em razão de auxílio-doença comum, prova disso é a ausência de emissão de CAT.

Portanto, a pretensão da autora deve ser rechaçada.

DA JUSTIÇA GRATUITA

Por derradeiro, temos que no presente caso não poderão ser deferidos os benefícios da justiça gratuita, uma vez que não restaram comprovados os requisitos previstos nas Leis de nº 1.060/50 e 7.115/73, que devem ser interpretados à luz do comando da Lei nº 5.584/70, por sua aplicação específica no processo do trabalho.

Como se verifica da análise dos autos, **a reclamante não está desempregada como afirma na inicial** e o valor recebido a título salarial é suficiente para arcar com as custas do processo, de forma que deverá o requerente comprovar a sua efetiva incapacidade financeira, o que não se verifica no caso, até porque houve a livre opção pela contratação de advogado particular.

Ademais, por constituir a gratuidade uma exceção à regra consubstanciada na onerosidade, a concessão deste benefício em situação desconectada da realidade resulta em típico desvio de finalidade, que deve ser coibida pela Justiça, sob pena de onerar indevidamente o erário.

A jurisprudência do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região aponta nesse sentido. Vejamos:

EMENTA: “Custas. Gratuidade. Quem ganha acima do dobro do mínimo precisa provar a incapacidade financeira (L. 5584/70, art. 14, parágrafo 1º)”. (grifo nosso) (TRT – 2ª Região – 6ª T., Acórdão nº 20060102289, Rel. Juiz Rafael E. Pugliese Ribeiro, j. 21.02.2006, DOE/SP 10.03.2006)

EMENTA: “A presunção advinda da declaração de pobreza prevista no art. 1º, da lei 7.115/83, pode ser elidida se os demais elementos constantes dos autos revelarem que o reclamante não é pobre e tem condições de arcar com as custas processuais. Nesse caso, a isenção no pagamento das despesas do processo deve ser evitada, pois não há como se conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita, em situação desconectada de sua finalidade, sem onerar indevidamente o erário público”. (grifos nossos) (TRT – 2ª Região – 1ª T., Acórdão nº 20060662446, Rel. Juiz Pedro Carlos Sampaio Garcia, j. 24.08.2006, DOE/SP 19.09.2006)

Assim, pugna-se pelo indeferimento dos benefícios da justiça gratuita.

Em atenção ao princípio da eventualidade, caso não seja julgada improcedente a reclamatória, o que se admite apenas a título hipotético, impugna-se todos os demais pedidos da exordial, atentando-se para os seguintes termos:

a) Juros e correção monetária

Tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, aí incluídas as suas autarquias, como é o caso dos autos, os juros deverão observar o disposto no artigo 1º - F da Lei federal nº 9.494 de 10.09.97, com redação dada pela Lei nº 11.960 de 29.06.2009, cuja aplicabilidade já está sedimentada pelo Pleno do C. TST na Orientação Jurisprudencial nº 7 e pelo Pleno do E. Tribunal Regional da 2ª Região na Súmula nº 09.

Já com relação à correção monetária, deverão ser aplicados os coeficientes relativos ao mês subsequente, como determina o art. 459, parágrafo único, da CLT e Súmula 381 do C. TST.

b) Custas

Incabível a condenação do reclamado em custas, uma vez que se tratando de ente pertencente à Administração Pública indireta com personalidade jurídica de direito público, isto é, uma autarquia estadual, **encontra-se inserida na isenção prevista no artigo 790-A, inciso I, da CLT.**

c) Recolhimentos fiscais e previdenciários

Quanto aos descontos previdenciários e fiscais, de rigor, que o reclamante arque com os valores correspondentes à sua cota, sendo o empregador tão somente responsável pelo seu recolhimento, consoante orientação jurisprudencial pacificada na Súmula 368 do C. TST.

Pugna-se pela compensação dos valores porventura devidos com aqueles já levantados.

No mais, requer que todas as notificações/intimações sejam encaminhadas juntamente com os autos à sala nº 1, situada no 19º andar – bloco B, do Fórum Trabalhista “Ruy Barbosa”, conforme dispõe o artigo 283, inciso I, do Provimento GP/CR Nº 13/2006 (Consolidação das Normas da Corregedoria do TRT – 2ª Região), com redação dada pela Portaria GP/CR 03/2007 – TRT/SP.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pelo depoimento pessoal, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, juntada de documentos e o que mais necessário for.

Diante de todo o exposto, requer-se que sejam todos os pedidos formulados julgados improcedentes, com a consequente condenação nas cominações de estilo.

Termos em que,
Pede deferimento.
São Paulo, 25 de novembro de 2011.

ANNA LUIZA QUINTELLA FERNANDES

Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 183.625

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DO TRABALHO DA 80ª VARA
DO TRABALHO DA COMARCA DE SÃO PAULO**

Distribuição por Dependência:

Autos do Processo nº 0001633-38.2011.5.02.0080

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.

HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – HCFMUSP, autarquia estadual criada pelo Decreto Lei nº 13.192 de 19 de janeiro de 1943 e Regulamento aprovado pelo Decreto nº 9.720 de 20 de abril de 1977, por intermédio da Procuradora do Estado que esta subscreve, consoante o determinado pelo artigo 99 da Constituição do Estado de São Paulo, na redação dada pela Emenda 19/04, que incumbiu a Procuradoria Geral do Estado da representação judicial das autarquias e pela Resolução PGE nº 10, de 26 de maio de 2006, publicada no Diário Oficial do Estado em 30 de maio de 2006, que disciplinou a transferência do acervo e a defesa judicial desta autarquia, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência para, com fundamento nos artigos 315 a 318 do Código de Processo Civil, apresentar sua

RECONVENÇÃO

em face de **E. M. C.**, brasileira, solteira, oficial administrativa, nascida em 15/04/1963, filha de **F. P. D.**, portadora da Cédula de Identidade RG nº xxxxxxxxxx/PE, inscrita no CPF/MF sob nº xxxxxxxxxx-xx, CTPS n. 55196, série 00004/PE, residente e domiciliada na rua xxxxx, nº 3, bloco 15, apto 23 – Jardim Tranquilidade – Guarulhos – São Paulo – SP, CEP: 07051-090, o que faz nos seguintes termos.

A autora-reconvinda propôs ação de indenização por danos materiais e morais, objetivando, além do recebimento dos valores relacionados aos supostos danos sofridos, o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho e o recebimento das verbas rescisórias.

Ocorre que **a reclamante confessou na inicial que não se apresentou para trabalhar após o término do auxílio-doença e que não pretende fazê-lo, configurando o abandono do emprego.**

Consoante jurisprudência dominante consagrada pela súmula 390 do C. TST, aos empregados celetistas se aplica a estabilidade prevista pelo artigo 41 da Constituição Federal, motivo pelo qual, em virtude do determinado pelo parágrafo 1º, inciso I do mesmo artigo, necessária se faz a propositura da presente.

A reclamante afirma na inicial que recebeu auxílio-doença previdenciário de 22.4.2005 a 20.09.2009 e não que retornou ao trabalho.

A reclamante não retornou à reclamada para regularizar sua situação junto ao Departamento de Recursos Humanos (DRH) até o presente momento, caracterizando o abandono de emprego consoante o entendimento cristalizado na Súmula 32 do C. TST:

Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer.

Observe-se, pelos documentos anexos, que já foi instaurada sindicância, medida administrativa necessária para a rescisão de seu contrato de trabalho.

Pelo exposto, de rigor seja declarada a justa causa para a rescisão do contrato de trabalho da autora-reconvinda, nos termos do artigo 482, “i”, da CLT, pondo-se fim à relação de emprego.

DOS PEDIDOS

Em face do exposto, requer a V. Exa.:

1) A intimação da autora-reconvinda para, querendo, apresentar a sua resposta à presente reconvenção, sob os efeitos da revelia;

2) A procedência da presente reconvenção, declarando-se a rescisão do contrato de trabalho entre as partes, nos moldes e pelos motivos acima expostos.

Provará o alegado por todos os meios em direito admitidos, requerendo desde logo o depoimento pessoal da autora-reconvinda, sob pena de confissão.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 para fins fiscais, salientando-se que a autora é autarquia estadual e encontra-se inserida na isenção prevista no artigo 790-A, inciso I, da CLT.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 25 de novembro de 2011.

ANNA LUIZA QUINTELLA FERNANDES

Procuradora do Estado

OAB/SP Nº 183.625

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Justiça do Trabalho – 2ª Região
80ª Vara do Trabalho de São Paulo – Capital
Processo nº 0001633-38.2011.5.02.0080

TERMO DE AUDIÊNCIA

Aos vinte e três dias do mês de abril de 2013, às 16h40min, sob a presidência do MM. Juiz do Trabalho, **LUÍS AUGUSTO FEDERIGHI**, foram apregoados os litigantes:

E.M.C., autor, e

HOSPITAL DAS CLÍNICAS – FACULDADE DE MEDICINA DE SP e FUNDAÇÃO FACULDADE DE MEDICINA, rés.

Partes ausentes.

Proposta final de conciliação prejudicada.

Foi proferida a seguinte:

SENTENÇA

Cuida-se de ação trabalhista aforada por **E.M.C.** em face de **HOSPITAL DAS CLÍNICAS – FACULDADE DE MEDICINA DE SP e FUNDAÇÃO FACULDADE DE MEDICINA**, em que são postulados: rescisão indireta; indenização por danos morais e materiais; diferenças de FGTS; juros e justiça gratuita. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 96.688,10. Com a inicial vieram documentos.

As reclamadas apresentaram suas defesas, impugnando as pretensões do autor e requerendo a improcedência dos pedidos às fls. 96/157. A 1ª reclamada apresentou reconvenção.

Juntaram-se documentos.

Laudo pericial médico às fls. 211/222.

Manifestação das partes ao laudo pericial às fls. 227/231.

Esclarecimentos periciais às fls. 233/234.

Sem outras provas e com a concordância das partes, encerrou-se a instrução processual.

Inconciliados.

Relatei.

DECIDO

Da prescrição

Acolhida a arguição de prescrição das parcelas anteriores a cinco anos antes do ajuizamento da reclamação (13.07.2005), nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal (ressalvadas diferenças de recolhimentos fundiários, cuja prescrição é trintenária, e do pedido de reconhecimento de vínculo empregatício, de natureza declaratória).

Litigância de má-fé

Não se vislumbra má-fé na atitude do reclamante em pleitear direitos que julgava devidos.

Da doença profissional e danos morais

Aduz o autor na prefacial ter contraído doença profissional, pleiteando indenização por danos morais daí decorrentes.

Com vistas à apuração do nexo causal, foi determinada a realização de perícia médica.

O laudo pericial acostado às fls. 211/222 é conclusivo no tocante à inexistência do nexo de causalidade entre as atividades profissionais desenvolvidas pelo autor e a doença a ele acometida (hipermobilidade articular com frouxidão ligamentar generalizada e síndrome de De Quervain no punho esquerdo), por tratar-se de patologia não relacionada ao trabalho exercido.

Registre-se que as críticas apresentadas pela reclamante ao trabalho do perito foram por ele devidamente esclarecidas, estando tudo pormenorizadamente informado no laudo técnico apresentado, cujas conclusões este Juízo adota.

Ressalte-se, ainda, que a prova testemunhal não tem a força probatória do laudo técnico, sendo dispensável, portanto.

Ante essas considerações, impõe-se a improcedência do pedido de indenização por redução da capacidade laboral e morais nos moldes da exordial.

Por rejeitado o principal, sucumbe-se o pedido acessório, pois seguem a mesma sorte do principal.

Defiro o requerimento do autor quanto aos benefícios da justiça gratuita eis que atendidos os pressupostos legais.

Diante da concessão dos benefícios da justiça gratuita ao reclamante, suprarreferida, fixo os honorários periciais em R\$ 1.000,00, a despeito dos artigos 141 e 142 do Provimento GP/CR nº 13/2006.

Da rescisão indireta

Na petição inicial, o reclamante alegou que, devido à falta de depósitos no FGTS em sua conta vinculada, deu por rescindido o contrato de trabalho, afirmando que a reclamada teria dado justo motivo para a cessação do pacto laboral nos termos do art. 483, d, da CLT, pleiteando o recebimento dos consectários legais não pagos.

A reclamada alegou em sua defesa que não houve afronta à lei e que não há motivos para a rescisão indireta do contrato de trabalho, juntando documentos, inclusive comprovando os depósitos ao FGTS (docs. 6/17 do volume de documentos).

Cabia ao reclamante provar as infrações cometidas pela reclamada, inteligência dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, ônus que não se desincumbiu. Não tendo o reclamante produzido nenhuma prova neste sentido, indefiro o pedido de rescisão indireta.

Das diferenças de FGTS

Alega o autor que a reclamada não recolheu o FGTS quando estava afastado por auxílio-doença.

Quando o empregado está afastado por auxílio-doença, após os 15 primeiros dias de afastamento, o contrato de trabalho fica suspenso, não sendo devidos os recolhimentos do FGTS para o período. O artigo 15, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e artigo 28, III, do Decreto 99.268/90 asseguram o recolhimento do FGTS apenas quando do afastamento por acidente do trabalho. Considerando que o reclamante afastou-se por auxílio-doença, resta improcedente o pedido.

Da reconvenção

Do abandono de emprego

Alega o reconvincente o abandono de emprego da autora-reconvinda.

Incontroverso que a cessação do benefício de auxílio-doença da autora-reconvinda ocorreu em 20.09.2009.

Cumpra esclarecer que, para que o abandono de emprego fique caracterizado, é necessário que o empregado deixe de trabalhar contínua e ininterruptamente dentro de certo período e que demonstre de maneira inequívoca sua vontade de não mais voltar a trabalhar para o empregador.

De acordo com a Súmula 32 do C.TST, somente após a ausência por um período maior que 30 dias ininterruptos estaria caracterizado o abandono. No caso em tela, é inequívoca a ausência do reclamante por um período maior que 30 dias ininterruptos.

Saliente-se que cabia ao reclamante comprovar que a reclamada o impediu de trabalhar, ônus este que não se desvencilhou.

Realmente, a ré-reconvinte não era obrigada a aguardar a resposta aos pedidos de reconsideração apresentados pelo autor-reconvindo. Desse modo, nos termos da Súmula nº 32 do C.TST, reconheço o abandono de emprego.

Por conseguinte, são indevidas as verbas rescisórias decorrentes da dispensa imotivada, multa do art.467 e 477 da CLT, além das guias do FGTS e do seguro-desemprego.

Arbitro a data de dispensa do reclamante em 20.10.2009.

Procede, portanto, o pedido reconvenicional.

Da justiça gratuita

Defiro o pedido de justiça gratuita, porque foram preenchidos os requisitos do artigo 790, § 3º, da CLT.

Em face do exposto, nos termos e limites da fundamentação supra, integrantes deste *decisum*, julgo **PROCEDENTE** a pretensão formulada na reconvenção, para declarar rescindido o contrato de trabalho em 20.10.2009, por justa causa, em razão de abandono de emprego, e **IMPROCEDENTE** a pretensão formulada na inicial.

Nos cálculos de liquidação deverão ser observados os limites e critérios impostos na fundamentação.

Deferido o benefício da Justiça gratuita.

A reclamada deverá anotar a baixa na CTPS da reclamante, para constar a correta data de demissão em 20.10.2009, no prazo de 10 dias após o encarte da CTPS aos autos pela reclamante e do trânsito em julgado desta decisão, sob pena de multa de R\$ 100,00 por dia de atraso no cumprimento da obrigação de fazer imposta pelo Juízo (artigo 461, §5º, do Código de Processo Civil), limitado em 30 dias, devendo ainda, no mesmo prazo, efetuar os recolhimentos previdenciários e fundiários, além de responder pelas multas administrativas cabíveis.

Oportunamente, a Secretaria da Vara providenciará a intimação da autora para que disponibilize o documento para viabilizar o cumprimento da determinação judicial, se for o caso.

Descontos previdenciários e fiscais na forma da Súmula 368 do C. TST c/c a IN 1127/11 da RFB.

Juros na forma da Lei 8.177/91 e correção monetária nos termos da Súmula 381 do C. TST.

Custas da ação originária, pelo reclamante, no importe de R\$ 1.933,76, calculadas sobre o valor dado à causa de R\$ 96.688,10, cujo recolhimento fica isento.

Custas da reconvenção, pela autora-reconvinda, no importe de R\$ 20,00, calculadas sobre o valor da reconvenção, ora arbitrado em R\$ 1.000,00, cujo recolhimento fica isento.

Intimem-se. Nada mais.

LUÍS AUGUSTO FEDERIGHI

Juiz do Trabalho

