

9ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO/RJ

ATA DE AUDIÊNCIA

1139-2003-009-01-00-3

Aos nove dias do mês de março de 2004, às 16h10, na sala de audiência da 9ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro - RJ, sob a presidência do Exmo. Juiz do Trabalho, Dr. OTAVIO AMARAL CALVET, foram apregoadas as partes, ESTHER CARVALHO DE MELLO CARDOSO, reclamante, e TELEMAR NORTE LESTE SA e BRADESCO SAUDE SA, reclamada, ambas ausentes.

S E N T E N Ç A

RELATÓRIO

ESTHER CARVALHO DE MELLO CARDOSO propôs ação trabalhista em face de TELEMAR NORTE LESTE SA e BRADESCO SAUDE SA, ambas qualificadas, formulando os pleitos contidos na exordial. Alçada fixada pela peça inicial.

Em audiência, apresentou a parte ré defesa sob a forma de contestação, entendendo incabíveis os pleitos formulados.

Documentos foram juntados pelos litigantes. Sem outras provas, foi declarada encerrada a instrução processual. Razões finais remissas. Inviável a conciliação.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Gratuidade de justiça

Defere-se o requerimento de gratuidade de justiça à parte autora uma vez preenchidos os requisitos do art. 790, § 3º da CLT.

Da incompetência absoluta

Inicialmente, verifica o juízo que a decisão de fl. 230-verso deixou de analisar a preliminar de incompetência da 2ª reclamada, eis que julgada uma única preliminar que se referia à arguição da 1ª reclamada.

Quanto à incompetência argüida pela 2ª ré, efetivamente há de se reconhecer que inexistente competência material da Justiça do Trabalho no tocante aos pleitos formulados em relação à 2ª reclamada.

Ocorre que a 2ª ré é mera gestora do plano de saúde que pretende a autora manter em razão do contrato de trabalho havido com a 1ª ré, donde se conclui que os pedidos formulados contra a segunda não decorrem de relação entre empregado e empregador. A bem da verdade, a pretensão da autora deve ser dirigida tão-somente quanto à primeira reclamada que, caso condenada na manutenção da concessão do plano, deve envidar esforços para conceder o benefício, pois esta seria a suposta lesionante, sendo certo que à segunda ré coube apenas o cumprimento do contrato estabelecido com a primeira reclamada.

Observe-se que, caso acolhido o pleito autoral, reflexamente apenas haverá ou não determinações judiciais em face da 2ª ré que, caso não cumpridas, ensejariam, em tese, crime de desobediência, além de eventual multa por ato atentatório à justiça nos moldes do art. 14 parágrafo único do CPC.

Dessa forma, acolhe-se a preliminar de incompetência quanto a todos os pedidos formulados em face da segunda reclamada, extinguiu-se o feito no particular sem exame do mérito.

Prescrição quinquenal

Acolhe-se a prescrição quinquenal argüida em tempo oportuno pela parte ré com fulcro no art. 7º, XXIX da Constituição da República, declarando-se prescritos os efeitos pecuniários das parcelas anteriores a 07.05.98, haja vista que a presente ação foi ajuizada em 07.05.03.

Restabelecimento da assistência médica e indenização por danos materiais

Argumenta a reclamada que a suspensão do contrato de trabalho acarretou a remessa de vários direitos à previdência social, bem como que um das condições de permanência no plano de saúde era de que o contrato de trabalho estivesse ativo, conforme estabelecido contratualmente. Ainda, sustenta que recebe a reclamante o benefício da aposentadoria, com meios financeiros para dar continuidade ao tratamento, e, finalmente, que é obrigação do Estado a assistência médica para os funcionários aposentados.

Em primeiro lugar, há que se observar que não existe controvérsia nos autos quanto ao fato de que, desde a admissão, a autora usufruía de assistência médica em decorrência do vínculo de emprego mantido com a 1ª reclamada, ou seja, desde 24.03.1980.

Fato incontroverso, também, que em 25.09.2002 o contrato de trabalho restou suspenso em decorrência da aposentadoria por invalidez da reclamante (fl. 37), o que, em princípio e numa interpretação literal do art. 475 CLT, determina a suspensão do contrato de trabalho e, em consequência, todos os benefícios dele decorrentes.

Ocorre que a relação de emprego não é um contrato simples, sendo unânime na doutrina que o contrato de trabalho é do tipo complexo, que dá ensejo à pactuação de diversas outras relações dele originadas, entre elas os benefícios assistenciais concedidos pelo empregador, seja por liberalidade, seja através de sistema de custeio

mútuo, onde parte do custo dos benefícios é sustentado pelo empregador e, outra parte, pelo próprio empregado.

Se é certo que a CLT possui regra expressa para a suspensão do contrato de trabalho pelo advento da aposentadoria por invalidez, deve-se observar que o legislador trabalhista, em 1943, não tinha em mente a ocorrência de tais relações acessórias, que apenas nas últimas décadas proliferaram como uma espécie de assunção pelo empregador, na ótica do exercício da função social da empresa, de boa parcela do assistencialismo típico do Estado, tanto que a legislação, evoluindo neste sentido, hoje reconhece que os benefícios em questão não possuem natureza salarial, tudo para incentivar o desenvolvimento da gama assistencial pelo empregador.

Dessa forma, chega-se ao primeiro ponto de discussão desta demanda: a legislação trabalhista não contém regra jurídica expressa para a solução da questão.

Como não pode o juiz se eximir de proferir a sentença sob a alegação de ausência de regra jurídica, nos termos do art. 126 do CPC, cabe proceder-se à integração de referida lacuna do direito, o que pode se dar por uma das formas constantes do art. 8º da CLT, que permite a decisão “pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”, fixando, ainda, em seu parágrafo único que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

No presente caso é possível observar a existência de fonte supletiva da área das relações de consumo, que contém previsão para a matéria em análise. A Lei 9.656/98, muito bem citada pela autora na exordial, é clara ao dispor, em dois artigos diversos, duas situações que dão azo à pretensão da reclamante.

O primeiro deles, de número 30, é claro ao dispor que o empregado dispensado sem justa causa tem direito de manter, pelo período mínimo de seis meses e máximo de vinte e quatro, o benefício da assistência médica, desde que o ex-empregado passe a custear por conta própria o benefício em análise.

Ora, se até o empregado dispensado imotivadamente pode manter a assistência médica, obviamente aquele que tem seu contrato suspenso, ainda por mais razão, já que sequer deixa de ser empregado, deve ter acesso ao mesmo tratamento.

Mas referido diploma legal ainda vai mais longe, pois o art. 31 da Lei 9.656/98 garante ao empregado aposentado que tenha contribuído pelo prazo mínimo de dez anos o direito de manter o plano desde que passe a arcar com os custos inerentes ao benefício.

Certo é que, em momento algum, referida lei expressamente trata da situação fática da autora, pois sua aposentadoria não induz a extinção do contrato de trabalho, mas apenas na suspensão do mesmo.

Entretanto, o princípio da razoabilidade, ora invocado conforme o art. 8º da CLT, não permite que outra seja a conclusão senão de que a autora, por deter de situação menos agressiva em relação ao contrato de trabalho, pois a lei prevê hipótese de extinção do vínculo enquanto a autora ainda o mantém mas de forma suspensa, não tenha acesso ao mesmo tratamento no sentido de se viabilizar a continuidade do gozo da assistência médica, mormente porque a suspensão do contrato de trabalho decorre do problema de saúde da obreira.

Sob outro ponto de vista, e como segundo fundamento, não se pode negar que o caso em análise trata da aplicação de um princípio maior, o da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da Carta Magna, adotando o juízo o entendimento de que os princípios constitucionais possuem eficácia jurídica, traduzindo-se em normas jurídicas que detêm de uma necessária abstração, já que traduzem valores universais, diferenciando-se por tal motivo, entre outros, das regras jurídicas que expressam a formulação de normas de conduta positivadas mais concretas, estas hábeis à formulação da subsunção do fato à norma concreta numa visão meramente positivista.

Tratando de um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana encontra irradiação em todos os campos do direito, sendo patente que na seara trabalhista existe solo fértil para que sua utilização seja fomentada, seja porque o direito do trabalho trata de uma relação privada entre contratantes com força desigual, seja porque o trabalho revela ser, para a maioria dos cidadãos, a única forma de inserção na sociedade e de viabilização de sua sobrevivência de forma digna.

Assim, no caso em análise, pode se extrair do princípio da dignidade da pessoa humana que estando o contrato de trabalho em vigor, pois apenas suspenso, persiste a obrigação patronal de manter a concessão da assistência médica, a fim de ser viável que a empregada goze, no período de doença, do mesmo status social que detinha enquanto em plena atividade para seu empregador, não sendo crível que a responsabilidade social da empresa seja tão ignorada a ponto de não mais ter que respaldar seus trabalhadores, quase que se descartando daqueles que tombam pelo caminho, numa verdadeira atitude de apenas lamentar o ocorrido, como inclusive consta da contestação, sendo óbvio que qualquer entendimento em contrário, levando a autora a se sentir desamparada e reduzida na sua importância social, provavelmente acarretaria agravamento do seu quadro de saúde, pois patente que o fator emocional em muito influencia a recuperação do enfermo, sem falar no aspecto material de perda abrupta, depois de mais de vinte anos, da rede de proteção médica que sempre gozou pelo fato de estar trabalhando para a 1ª ré.

Dessa forma, resta amplamente convencido o juízo de que a autora possui o direito de manutenção da assistência médica nos mesmos moldes de quanto estava na ativa, assim como sua dependente, motivo pelo qual defere-se o pleito de número 03 do rol de fl. 20.

Observe-se que a presente condenação não restringe a manutenção do plano originário com a Bradesco Saúde, mas que forneça a ré assistência médica equivalente, como todos os benefícios, ainda que junto a outra empresa compatível no mercado.

Procede, ainda, o pleito de indenização por danos materiais decorrente da equivocada ruptura do plano de saúde, uma vez presentes o ato ilícito, o nexos causal e o dano, no

montante a ser apurado em liquidação de sentença pelo somatório das despesas comprovadas nos autos às fls. 211/215 (item 08 do rol).

Dano moral

Estabelecida a ilicitude da supressão da assistência médica, resta apenas analisar se tal fato, além do dano material acima reconhecido, poderia também ensejar reparação por danos morais à reclamante.

Observando-se o quadro de saúde da autora incontroversamente comprovado nos autos, não resta difícil estabelecer-se que na fase de vida em que se encontra a autora, portadora de enfermidade grave, o gozo de assistência médica particular representa uma das mais prementes necessidades para a vivência digna, já que é público e notório que a rede pública de assistência à saúde encontra-se longe da necessidade mínima de atendimento plausível, sendo hoje verdade que apenas os menos abastecidos, infelizmente, permanecem à mercê do Estado nas eternas filas de ambulatórios e enfrentando greves do pessoal da saúde, passando por sérios constrangimentos diante da falência em que se encontra a Administração neste aspecto.

Logo, patente a lesão de cunho extrapatrimonial na esfera da autora, seja porque atingida sua honra pelo fato da empresa simplesmente ter se omitido diante da situação, gerando o dano em análise, seja porque óbvia a angústia pela qual passa a empregada enferma sem possibilidade de manter o padrão de dignidade equivalente ao período em que estava ativa, traduzindo o gozo da assistência médica de vital importância para que, ao menos, seja amenizada a grave situação em que se encontra.

Assim, resta amplamente configurado o dano, o dolo e o nexos causal entre o ato ilícito da 1ª ré e a lesão sofrida, autorizando a indenização pretendida por danos morais.

Dessa forma, defere-se o pedido de indenização por danos morais que ora se arbitra em R\$ 10.000,00 ante o caráter pedagógico da penalização, a compensação da vítima pelo sofrimento ocorrido e as condições das partes, tudo conforme art. 953, parágrafo único do Código Civil.

Antecipação de tutela

Inicialmente, fixa-se que a tutela antecipada à fl. 63 não possui qualquer efeito quanto à segunda reclamada, uma vez declarada a incompetência absoluta quanto à mesma.

No que concerne à primeira ré, resta fora de dúvida de que a antecipação acima mencionada se deu apenas em relação à segunda reclamada, vez que sequer houve intimação à primeira ré neste aspecto, somente tomando conhecimento do fato na audiência de fl. 74 quando foi revogada a medida antecipatória. Logo, por ora, não há qualquer multa a ser cobrada da primeira reclamada.

Por outro lado, por ser patente o perigo na demora e por reconhecido o direito autoral, determina-se, nesta oportunidade, e por se tratar de obrigação de fazer, que seja efetivada a condenação imposta nesta sentença de imediato, independentemente do trânsito em julgado, devendo a 1ª ré fornecer à autora e sua dependente assistência médica nos moldes como deferido no prazo máximo de 48 horas a contar do

recebimento da intimação, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), tudo conforme art. 461 do CPC c/c art. 769 da CLT.

Honorários de advogado

São indevidos nesta Justiça Especial os honorários de advogado quando não preenchidos os requisitos dos §§ 1o e 2o do art. 14 da Lei 5584/70, na forma dos Enunciados 329 e 219 do C. TST, ou seja, condição de miserabilidade do obreiro e assistência do sindicato de sua classe.

DISPOSITIVO

ISTO POSTO, decide a 9ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro - RJ, **ACOLHER EM PARTE** o pedido para condenar TELEMAR NORTE LESTE SA e BRADESCO SAUDE SA a pagar a ESTHER CARVALHO DE MELLO CARDOSO as parcelas e impor a obrigação de fazer acima mencionadas, na forma da fundamentação supra que integra este decisum.

Custas pela parte reclamada de R\$ 300,00 calculadas sobre o valor da condenação provisoriamente arbitrado em R\$ 15.000,00.

Juros e atualização monetária na forma da lei, sendo esta a partir do mês subsequente ao da prestação dos serviços.

Natureza das verbas contempladas nesta decisão na forma do art. 28 da Lei 8.212/91, devendo os recolhimentos previdenciários (de empregador e empregado) serem efetuados pela parte empregadora, mas autorizada a dedução dos valores cabíveis à parte empregada, sendo que o art. 33, § 5º da mesma lei não repassa ao empregador a responsabilidade pelo pagamento do valor relativo ao empregado, mas tão-somente a responsabilidade pelo recolhimento.

Autoriza-se, ainda, a retenção do imposto de renda na fonte sobre o total da condenação sobre as parcelas de incidência de IR (acrescido de juros e correção monetária) no momento do pagamento ao credor (fato gerador da obrigação).

CUMPRAM-SE DE IMEDIATO.

Partes cientes.

Nada mais.

OTAVIO AMARAL CALVET

Juiz do Trabalho