



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

Ação Trabalhista - Rito Sumaríssimo 0001253-32.2019.5.12.0023

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 30/10/2019

Valor da causa: R\$ 15.352,81

Partes:

RECLAMANTE: CLAUDIA MARLAINE XAVIER KUERTEN

ADVOGADO: ULYSSES COLOMBO PRUDENCIO

ADVOGADO: RODRIGO DE BEM

RECLAMADO: HA TORRESCENTRO EIRELI - ME

ADVOGADO: JOSE EDSON COSTA

TESTEMUNHA: MÔNICA SANTOLI GRINGS



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO
VARA DO TRABALHO DE ARARANGUÁ
ATSum 0001253-32.2019.5.12.0023
RECLAMANTE: CLAUDIA MARLAINE XAVIER KUERTEN
RECLAMADO: HA TORRESCENTRO EIRELI - ME

SENTENÇA

- ESCLARECIMENTO PRÉVIO

A indicação das folhas ao longo desta sentença refere-se ao número constante no documento PDF (autos eletrônicos) obtido com a geração do processo completo (marcação de todas as peças), em ordem cronológica crescente.

I - RELATÓRIO

Dispensado (art. 852-I, da CLT)

II - FUNDAMENTAÇÃO

A) PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.

O interesse processual decorre dos argumentos expostos na petição inicial, na qual a autora pleiteia o reconhecimento do vínculo de emprego – que não teria sido formalizado, no caso dos autos em razão de um contrato de prestação de serviços utilizado para fraudar a lei.

A menção ao art. 444 da CLT (livre estipulação das partes interessadas das relações contratuais) em nada auxilia a tese arguida em preliminar. Recordo à reclamada que a teoria da asserção, em esclarecimento bastante simplificado, entende que as condições da ação devem ser apuradas em abstrato, conforme a narrativa feita pela parte. Dessa forma, a autora narrou a existência de vínculo empregatício e pleiteou os direitos decorrentes de tal reconhecimento.

Para solucionar a presente demanda, faz-se necessária a análise do mérito, momento em que será apurado se houve ou não o vínculo de emprego cujo reconhecimento é pleiteado. Dessa forma, rejeito a preliminar.

B) RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

Sustenta a reclamante que laborou para o reclamado no período de 01.01.2019 a 05.07.2019, quando então foi dispensada sem justa causa. Relata que não houve formalização de seu contrato de trabalho (vínculo de emprego). Assevera que exercia a função de fisioterapeuta e percebia R\$ 2.000,00 de forma fixa nos três primeiros meses, passando, depois desse período, a receber o valor de R\$ 55,00 por atendimento semanal e R\$ 60,00 por atendimento nos finais de semana, totalizando, em média, R\$ 3.000,00.

Informa que nos três primeiros meses atendia cerca de cinco pacientes, gastando cerca de 40 minutos em cada atendimento, apenas nos sábados e domingos (três no turno da manhã e dois no turno da tarde em cada um dos dias). Após os três primeiros meses, teria passado a atender dois pacientes por dia, de segunda a sexta-feira, além de três pacientes no sábado e três no domingo de forma intercalada, sempre com duração de 40 minutos. Além do reconhecimento do vínculo empregatício, pede o pagamento das verbas rescisórias, dos depósitos de FGTS, da multa do art. 477, §8º e do DSR (de abril a junho de 2019).

A reclamada, por sua vez, aduz ser uma franquía de cuidadores de pessoas (*“Home Angels”*), constituída como microempresa individual de responsabilidade limitada, tendo como atividade o atendimento à pessoa que apresenta necessidade de cuidados e acompanhamento para atividades básicas do cotidiano ou específicas. Em razão da atividade, esclarece que alguns profissionais são contratados como prestadores de serviços para desenvolverem funções específicas e de caráter não permanente, variando de acordo com as necessidades de cada caso.

Assevera que em função da realidade antes mencionada, a maior parte de seus colaboradores é contratada para prestar serviços eventuais de forma autônoma, pois realizam seus trabalhos por poucos minutos na empresa, sem nenhum controle de horário ou subordinação da empresarial, considerando que a demanda é pequena e a reclamada tem menos de um ano de atuação na cidade de Araranguá.

Prossegue impugnando o tempo gasto no atendimento de cada cliente, afirmando que o tempo de atendimento não ultrapassava 30 minutos por cliente, totalizando duas horas e 30 minutos por final de semana. Reitera que o tempo gasto com cada cliente era o

mesmo após os três primeiros meses. Relata que a autora sequer poderia assumir compromisso “empregatício”, pois desenvolve os mesmos trabalhos para outras entidades em Criciúma, o que demonstraria a autonomia e liberdade de horários na prestação de serviços por parte dela.

Justifica, ainda, que não existia vínculo de emprego pela inexistência da natureza contínua dos serviços prestados, pois a pouca demanda não comportou e não comporta a continuidade, o que também evidenciaria a eventualidade do labor. Além disso, aduz a inexistência de dependência ou subordinação da trabalhadora em relação à reclamada, sobretudo porque a trabalhadora é profissional técnico-científica e não aceitou ingerência da empresa no desenvolvimento do seu trabalho e pactuou voluntariamente as formas e condições da prestação dos serviços.

Remete ao art. 442-B, da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/17. Indica que os ganhos da reclamante, como prestadora de serviços, eram bem superiores ao patamar salarial de um fisioterapeuta empregado, o que caracteriza o benefício da pactuação feita por meio de contrato de prestação de serviços. Ressalta a liberdade de manifestação de vontade das partes, ainda mais justificada pelo fato de a autora ser profissional graduada e de grande conhecimento, o que a coloca em condições de pactuar o melhor para si. Reitera que não estão preenchidos os requisitos indispensáveis previstos nos arts. 2º e 3º, da CLT.

Por fim, negada a existência da relação de emprego, diz inexistir despedida que justifique o pagamento das verbas rescisórias, pois havia apenas a prestação de serviços autônomos. Da mesma forma, entende indevidos os pedidos relacionados às multas dos arts. 467 e 477, da CLT. Em razão dos recolhimentos previdenciários realizados em razão do contrato de prestação de serviços, assevera que os recolhimentos foram devidamente realizados.

Em caso de condenação, pede o abatimento / compensação dos valores pagos à reclamante, bem como requer que os cálculos sejam feitos com base na jornada legal de 30 horas semanais e considerando o piso salarial de R\$1.100,00, uma vez que a autora é profissional iniciante. Por fim, requer a condenação da autora ao pagamento da multa por ser litigante de má-fé, já que altera a verdade dos fatos. Em síntese, requer a total improcedência dos pedidos.

Passo à análise.

Inicialmente, registro que a reclamante não requer a nulidade do contrato de prestação de serviços firmado por ela – é incontroversa a existência do contrato, tanto que a própria autora inseriu o contrato de um dos períodos acompanhando a inicial (fls. 15-7). Contudo, tendo em vista o pleito de reconhecimento do vínculo de emprego em período contemporâneo ao contrato de prestação, entendo ser implícita a intenção de reconhecimento da nulidade do pacto firmado entre a autora e a empresa, considerando ainda o art. 9º da CLT e o princípio da primazia da realidade (em detrimento da forma).

Ademais, a cláusula quinta inserida no contrato de prestação de serviços (fls. 15, 68 e 71) não alcança os efeitos pretendidos no momento de sua redação. Isso porque o direito do trabalho é regido por princípios próprios, como o tuitivo e o da primazia da realidade. Assim, o art. 9º da CLT reputa nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos celetistas. Logo, constatada a ocorrência efetiva de vínculo de emprego – a partir da análise dos requisitos previstos na CLT –, é de total irrelevância a inclusão de cláusulas formais que prevejam a inexistência de vínculo de emprego.

Em relação às teses defensivas, inicio pelo art. 444, da CLT. Por óbvio que o dispositivo, ao prever que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho (...)” não se aplica ao caso em análise. Primeiro porque é dirigida às situações em que há vínculo de emprego, por isso a menção às relações contratuais de trabalho (não é demais lembrar que o vínculo de emprego é formalizado pelo contrato individual de trabalho), título em que está inserido o artigo. Além disso, ainda que fosse aplicável ao caso em análise, não seria possível concluir que um contrato que afaste a proteção e os direitos do vínculo de emprego passe pela restrição ali prevista, ou seja, que esse tipo de pactuação não contrarie as disposições de proteção ao trabalho.

Prosseguindo, é irrelevante a análise quanto ao tempo gasto em cada um dos clientes, pois a autora não pleiteia o pagamento de horas extras. Também irrelevante a alegação de que a autora permanecia poucos minutos na empresa, pois a reclamada reconhece que a atividade principal dos profissionais contratados como “prestadores de serviços” era atender aos clientes em suas residências, o que aparentemente torna desnecessário o comparecimento à sede da empresa. No entanto, este fato, por si só, em nada interfere na análise do vínculo de emprego. Do contrário, profissionais que atuam de forma remota (teletrabalho, por exemplo) não poderiam ser considerados empregados.

A tese de que a autora sequer poderia assumir compromisso “empregatício”, pois desenvolve os mesmos trabalhos para outras entidades em Criciúma, também é irrelevante para a análise da situação concreta. É de conhecimento amplo, por parte dos operadores do direito do trabalho, que a exclusividade *não* é um dos requisitos necessários para a configuração do vínculo de emprego (nesse sentido, dentre outros: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, *Manual de Direito do Trabalho*. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 119).

Tanto é verdadeira esta constatação que na área da saúde é bastante comum que profissionais acumulem dois ou mais empregos, em sistemas especiais (jornada 12x36 ou plantões), sendo situação bastante comum para enfermeiros e médicos, apenas a título exemplificativo. Assim, a autora poderia perfeitamente laborar em outros locais, desde que conseguisse compatibilizar as atividades, não ficando automaticamente afastado o vínculo de emprego apenas por este motivo.

Feitas essas considerações, passo a analisar a tese autoral, no sentido de que teria sido empregada da reclamada e, por isso, faria jus aos direitos decorrentes da relação de emprego, até mesmo porque as demais teses defensivas relacionam-se com os requisitos necessários para a formação do vínculo empregatício.

Pois bem.

Os arts. 2º e 3º da CLT traçam os requisitos necessários para a caracterização do vínculo de emprego. Entendo que são de conhecimento dos operadores do direito do trabalho e, portanto, dispensam as suas transcrições aqui. Em linhas gerais, o contrato de trabalho é o negócio jurídico em que o empregado, pessoa natural, presta serviços de forma pessoal (pessoalidade), subordinada e não eventual ao empregador (não eventualidade ou habitualidade), recebendo, como contraprestação, a remuneração (onerosidade).

É incontroverso que a autora prestou serviços para a reclamada no período indicado na petição inicial (a partir de janeiro de 2019), de forma pessoal, recebendo, para tanto, contraprestação. Logo, satisfeitos os requisitos da prestação por pessoa física, da pessoalidade e da onerosidade (recebimento de salário). Há controvérsia apenas em relação à habitualidade (ou não eventualidade, conforme analisado adiante) e quanto à subordinação.

No que diz respeito à não eventualidade, fica caracterizada quando o labor é habitual ou contínuo. Contudo, a não eventualidade também fica caracterizada quando a prestação de serviços ocorre em atividades normais do empregador, realizando serviços permanentemente necessários à atividade do empregador ou ao seu empreendimento. Ainda, pode representar a fixação do empregado em certa fonte de trabalho, que toma os seus serviços (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, *op. cit.*, p. 120-1).

Nessa linha, os contratos de prestação de serviços juntados pela própria ré demonstram que a atividade era, sim, não eventual. Tanto que a cláusula 15ª (fl. 66) prevê o pagamento de valor mensal fixo de R\$ 2.000,00. Cláusula idêntica pode ser vista à fl. 69. Apenas no último contrato a cláusula foi alterada (fl. 72), passando a constar o pagamento por atendimento realizado, com a distinção remuneratória entre a prestação durante a semana e aos finais de semana.

No que diz respeito à subordinação, esta significa que a prestação dos serviços é feita de forma dirigida pelo empregador, que detém o poder de direção. O empregado deve seguir as determinações e orientações do empregador, sendo este quem corre os riscos da atividade exercida. Portanto, a subordinação levada em consideração para verificar a existência do vínculo de emprego é a jurídica, relacionada ao modo de o empregado prestar serviços ao empregador.

Nesse ponto, o contrato de emprego distingue-se do contrato de prestação de serviços porque neste não se verifica a subordinação, mas sim independência e autonomia na atividade. Assim, a autora poderia ser enquadrada como profissional liberal – pessoa que passou pelo nível universitário ou técnico, registrada em uma ordem ou conselho, que paga contribuição anual para exercer sua atividade profissional –, desde que trabalhe com autonomia. Essa é a tese do reclamado, pois alega que não haveria ingerência da empresa no desenvolvimento do trabalho.

Contudo, ressalto que o fato de a trabalhadora possuir nível superior (fisioterapeuta) não a exclui de ser protegida pela legislação trabalhista. A alegação de que ela teria pactuado voluntariamente as formas e condições da prestação de serviços não se sustenta, uma vez que a autora ajuizou reclamationária trabalhista alegando justamente o contrário, ou seja, que laborou em verdadeiro vínculo de emprego mascarado por um contrato de prestação de serviços. E no processo do trabalho, o formal não prevalece diante da realidade vivenciada pelas partes durante a prestação laboral, conforme já mencionada anteriormente.

No caso em análise, a subordinação jurídica está devidamente demonstrada. Inicialmente, reitero que nos primeiros meses de contrato, conforme referido anteriormente, a trabalhadora recebia valor fixo pelos serviços prestados (R\$ 2.000,00 – fls. 66 e 69). Assim, parece óbvio que a contratante – ora reclamada – exigia o cumprimento de um determinado número de atendimentos sem a possibilidade de recusa por parte da trabalhadora. Do contrário, teríamos que presumir que a empresa comprometia-se a pagar os valores com ou sem a prestação de serviços, o que parece ilógico em nosso sistema econômico.

As relações de fls. 57-64 corroboram que havia efetivamente a prestação de um número mínimo de atendimentos mensais, tendo a autora recebido valores superiores à remuneração prevista nos contratos de prestação de serviços (janeiro/2019 – R\$ 2.000,00; fevereiro/2019 – 2.503,32; março/2019 – R\$ 2.000,00; abril/2019 – 4.120,00; e assim por diante).

Vale dizer que a análise dos contratos de prestação de serviços demonstra a possível utilização de algum modelo sem as devidas adaptações, pois muitas vezes o reclamado (contratante) é indicado como se fosse o próprio paciente que recebe os atendimentos do profissional (como exemplo, cláusula 6ª, fl. 66). No entanto, verifica-se a ingerência do reclamado na cláusula 12ª, em que há determinação de que o profissional chegue ao local indicado pelo contratante (reclamado) com antecedência de 15 minutos em relação ao horário acordado previamente.

Além disso, a cláusula 13ª também prevê que o profissional deve fornecer mensalmente um relatório de todas os exercícios feitos, com avaliação do aproveitamento, além de ser obrigado a realizar registro diário na ferramenta “Diário do Cuidador”. Por fim, o contrato

veda – salvo com a expressa autorização do contratante / reclamado – a transferência ou subcontratação dos serviços prestados no contrato de prestação, sob pena de rescisão imediata e pagamento de multa pelo prestador (contratado – no caso, a reclamante).

A prova testemunhal – fls. 88-9 – também demonstra que cabia à empresa definir os profissionais que atenderiam cada um dos clientes e que as queixas dos pacientes eram feitas diretamente à empresa *Home Angels*, sendo a troca do profissional feita pela empresa. Por fim, em caso de inadimplência dos clientes, a empresa repassava o valor das sessões aos profissionais, assumindo a sua condição de contratante dos serviços.

Nesse ponto, apenas ressalto que a testemunha Cleide Nicoladelli – depoimento à fl. 89 – apresentou relato inconsistente em alguns pontos: (1) relatou que laborou de julho a dezembro de 2019 na empresa ora reclamada e que trabalhou por cinco ou seis meses com a reclamante; (2) no entanto, a própria autora relatou que trabalhou na empresa apenas até o início do mês de julho de 2019, o que torna totalmente inviável que a reclamante e a testemunha tenham trabalhado juntas por todo esse tempo. Dessa forma, o depoimento da testemunha demonstra possuir um fato objetivamente apurado que indica, no mínimo, visível confusão da depoente, pelo que deve ser apurado com o devido cuidado.

Em suma, feitas todas as considerações, concluo que se encontra presente também o requisito da subordinação jurídica e estrutural, já que a atividade da autora era relacionada diretamente à dinâmica organizacional da empresa e às suas atividades essenciais, recebendo orientações que deveriam ser seguidas, muito embora atenuadas por sua condição de detentora do conhecimento técnico sobre o serviço prestado (fisioterapia).

Entendimento diverso faria com que fosse possível a ilógica situação de um cliente da empresa correr o risco de não receber atendimento dos profissionais pela simples recusa destes ao chamado. Se a empresa atua no ramo de atendimentos domésticos especiais, por óbvio que os atendimentos dos clientes, o número de sessões, o planejamento quanto ao início e término dos serviços, todas estas atividades estão inseridas nas atribuições do reclamado e não do prestador dos serviços. Até mesmo por ter ficado bastante claro que cada cliente era atendido por diversos profissionais, não havendo necessariamente uma continuidade nessa relação entre profissional e cliente.

Dessa forma, considerando todo o exposto, reconheço o vínculo de emprego entre a reclamante e o reclamado no período compreendido entre 01.01.2019 e 05.07.2019.

No tocante à iniciativa da ruptura contratual, considerando que o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (Súmula n. 212 do E. TST), bem como a inexistência de provas de outra forma de extinção contratual, ônus que incumbia ao reclamado (art. 818 a CLT), reconheço que a iniciativa do empregador, sem justa

causa, para a ruptura contratual, e ainda, como último laborado, o dia 05.07.2019 – limite do pedido.

Definidos tais pontos, declaro a existência de vínculo empregatício entre as partes, com o exercício da função de fisioterapeuta, no período de 01.01.2019 a 05.08.2019, já considerada a projeção ficta do aviso prévio indenizado de 30 dias – OJ n. 82, da SDI-I, do E. TST.

Outrossim, observo que o reclamado apresentou os comprovantes de valores pagos a título de prestação de serviços (fls. 57-64), não havendo prova de que não corresponderiam aos valores das contraprestações da trabalhadora. No entanto, considerando os limites do pedido, o valor da remuneração deverá ser aquele indicado pela trabalhadora às fls. 2-3, ou seja, R\$ 2.000,00 de janeiro a março/2019, posteriormente aumentado para R\$ 3.000,00 (média), de abril até o final do contrato.

Nesse ponto, inviável acolher a tese defensiva, pois é incontroverso que a autora recebia valor superior ao suposto piso da categoria, inclusive conforme comprova a documentação trazida aos autos pela empresa. Ademais, a reclamada sequer comprovou documentalmente o piso indicado na defesa – não há norma coletiva alguma nos autos e nem lei específica indicada que trate sobre o assunto –, pelo que entendo que o valor apresentado não passa de especulação da reclamada com o intuito de reduzir eventual condenação.

Por consectário, e considerando inexistir prova da realização de pagamento de valores a título de verbas rescisórias, condeno o reclamado ao pagamento das seguintes parcelas, apuradas com base na última remuneração da trabalhadora:

(a) aviso-prévio indenizado (30 dias);

(b) 13º salário de 2019 (7/12);

(c) férias acrescidas de 1/3 (7/12); e

(d) FGTS (depósitos acrescidos da multa de 40%), apurado em relação a todo o período contratual e sobre as verbas acima deferidas, exceto férias indenizadas.

Da mesma forma, não tendo ocorrido o pagamento tempestivo das verbas resilitórias, fato que não pode ser atribuído à reclamante e mesmo com o reconhecimento de

vínculo ocorrendo apenas na presente sentença, defiro a incidência da multa prevista no art. 477, §8º, da CLT, devida no importe de R\$ 3.000,00.

Muito embora a reclamada não tenha apresentado controles de jornada – já que o vínculo não foi formalizado –, entendo que a autora usufruía o descanso semanal remunerado, mesmo que isso não ocorresse necessariamente em domingos. Diante da sazonalidade existente na atividade ofertada pela reclamada, é irrazoável cogitar que ela não pudesse usufruir um dia de folga por semana. Por esse motivo, julgo improcedente o pedido neste particular aspecto.

A parte reclamante deverá apresentar sua CTPS na Secretaria da Vara no prazo de dois dias, contados da intimação após o trânsito em julgado, para que o reclamado proceda às anotações. Ato contínuo, o reclamado deverá, no prazo de cinco dias após a intimação, a ser feita após o trânsito em julgado, cumprir as seguintes obrigações de fazer:

1) anotar a CTPS da autora, fazendo constar o período contratual de 01.01.2019 a 05.08.2019, na função de fisioterapeuta;

2) fornecer o TRCT no código SJ2.

Em caso de inércia do reclamado quanto à obrigação de fazer determinada no item "1", a Secretaria desse Juízo efetuará as anotações na CTPS da autora. Nesse caso, deverá ser expedido ofício à SRTE/SC, comunicando a omissão do empregador, inclusive para fins de sanções pecuniárias legalmente previstas (multa).

Diante do reconhecimento de vínculo empregatício, a Secretaria deverá observar o disposto no Ofício Circular n. 015/2019, da Corregedoria Regional, expedindo ofício ao órgão responsável conforme modelo.

C) BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RECLAMANTE.

A parte autora faz jus ao benefício da Justiça gratuita, em razão da declaração prestada (fl. 9), pelo que presumo que preencha os requisitos do art. 790, §§3º e 4º, da CLT. A isso, acrescento que a reclamante foi dispensada, não havendo nos autos notícia de sua recolocação no mercado de trabalho, prova cuja produção cabia ao reclamado.

Defiro, portanto, o benefício pelos fundamentos acima.

D) BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RECLAMADO.

O reclamado também requer o benefício da justiça gratuita (fl. 43). No entanto, o fato de se tratar de microempresa (EIRELI), por si só, não afasta a necessidade de prova inequívoca da ausência de recursos e condições de arcar com eventuais custas e despesas do processo, conforme exige o item II, da Súmula 463, do E. TST.

Além disso, a alegação de insuficiência apenas é presumidamente verdadeira quando deduzida por pessoa natural, o que não é o caso da que foi apresentada pela ré à fl. 55. Assim, indefiro.

E) LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

A litigância de má-fé deve ser declarada e reprimida quando verificado o abuso do direito de ação e, também, de defesa, o que, a princípio, não se verifica nos presentes autos. Logo, rejeito a condenação requerida pelo reclamado em sua defesa. Como reforço argumentativo, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, tendo sido reconhecido o vínculo de emprego, o que impede que seja reconhecida a ocorrência de alteração da verdade dos fatos pela autora.

F) HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

Este Magistrado, desde o início da vigência da Lei n. 13.467/17, teve dúvidas sobre a constitucionalidade de inúmeros dispositivos inseridos pela Lei mencionada, sobretudo aqueles que buscavam dificultar ou impedir o acesso à Justiça sob o argumento de validade deste tipo de “desestímulo” dos litigantes a demandar. No entanto, diante da presunção de constitucionalidade das leis, bem como considerando a existência de inúmeras ADIs em tramitação no E. STF, nos julgamentos por mim proferidos houve a adoção de uma solução intermediária.

Contudo, nada é imutável, o aprendizado é capaz de mudar nossas convicções – inclusive jurídicas, sendo o aperfeiçoamento profissional e pessoal assegurado e enaltecido pelos Tribunais Regionais, através de suas Escolas Judiciais. Dessa forma, este julgador, após refletir sobre o tema, aguardando que os argumentos radicais (favoráveis e contrários à lei) amainassem, reconhece a necessidade de alterar a sua visão inicial sobre o tema.

Assim, feita a consideração acima, declaro, em controle difuso, a inconstitucionalidade do seguinte dispositivo da Lei n. 13.467/2017:

(1) art. 791-A, §4º, da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”.

A inconstitucionalidade é pronunciada porque o(s) dispositivo(s) indicado(s) vulnera(m) os fundamentos insculpidos no art. 1º, II, III e IV, bem como o disposto no art. 5º, caput (ao tratar sobre o princípio da isonomia / igualdade substancial) XXXV (inafastabilidade da jurisdição / acesso à justiça), LV (contraditório e ampla defesa, *com os meios a ela inerentes*, assegurados aos litigantes), LXXIV (assistência jurídica integral prestada pelo Estado *aos que comprovarem insuficiência de recursos*).

Como precedentes similares, indico: Súmula 72 do E. TRT da 3ª Região (inconstitucionalidade dos §§2º e 3º do art. 844), com entendimentos similares, em composição plenária, dos TRTs da 5ª, 14ª e 17ª Regiões; Arguição de Incidente de Inconstitucionalidade n. 0020024-05.2018.5.04.0124, do TRT da 4ª Região (entendeu inconstitucional o art. 791-A, §4º, da CLT, em relação à expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”); Arguição de Inconstitucionalidade n. 0000206-34.2018.5.19.0000, do E. TRT da 19ª Região, que em sua composição plenária também declarou a inconstitucionalidade do art. 791-A, §4º, da CLT.

Ademais, não se pode falar que a condenação dos trabalhadores é válida em razão dos deveres de lealdade processual exigidos dos litigantes. A improcedência dos pedidos nada tem a ver com má-fé processual, podendo decorrer da mera falta de provas das alegações autorais. Tanto que o CPC/2015 – legislação dirigida a ramo do direito em que há, em regra, igualdade entre as partes litigantes – previu, no art. 98, §3º, que as obrigações do beneficiário da gratuidade, decorrentes de sua sucumbência, ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos seguintes ao trânsito em julgado, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência. Não isentou, no entanto, o beneficiário de pagar as multas processuais que lhe sejam impostas (§4º).

Na mesma linha, a Lei n. 9.099/95 (que trata sobre os Juizados Especiais e busca assegurar o acesso à justiça) previu, em seu art. 55, caput, que a condenação do vencido em custas e honorários advocatícios ocorrerá apenas nos casos de litigância de má-fé. A previsão de custas também ficou restrita aos casos de má-fé processual (art. 55, par. único, inciso I). Logo, inconstitucional também a Lei n. 13.467/17 se a sua intenção foi evitar lides temerárias, pois passou a admitir a presunção de má-fé de todos os trabalhadores que tenham pedidos julgados improcedentes.

Seguindo o raciocínio, este E. Regional já reconheceu, inclusive com entendimento sumulado, que o reconhecimento da litigância de má-fé não é incompatível com o

benefício da assistência judiciária gratuita (Súmula n. 93). Uma leitura sistemática desse entendimento reforça, ainda mais, a tese aqui firmada de inconstitucionalidade dos dispositivos. Se este Regional entende que o litigante de má-fé pode ser beneficiário da gratuidade de maneira integral, irrazoável entender que o trabalhador que não abusa do exercício do direito de ação possa ser penalizado com a relativização do benefício da assistência judiciária gratuita assegura constitucionalmente.

Dessa forma, em relação aos honorários sucumbenciais, tendo em vista o que preceitua o art. 791-A, caput e §§2º e 4º, da CLT, considerando também a inconstitucionalidade aqui declarada em controle difuso, arbitro-os da seguinte forma:

1) ao(s) Procurador(es) da parte autora, serão pagos pela reclamada, correspondendo a 15% do proveito econômico dos pedidos deferidos, conforme for apurado em liquidação, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários, conforme preceitua a OJ n. 348, da SDI-1, do E. TST;

2) aos Procuradores do reclamado, serão pagos pela parte autora, correspondendo a 15% do valor dos pedidos condenatórios integralmente improcedentes - R\$ 920,77 (item “c” – fl. 7). O valor dos honorários sucumbenciais devidos aos Procuradores da reclamada é de R\$ 138,12.

A execução, no entanto, só ocorrerá em caso de comprovação de alteração da situação econômica do reclamante, permanecendo, por ora, suspensa a exigibilidade do valor. Reconhecida a inconstitucionalidade parcial do §4º, fica vedada a utilização de créditos eventualmente obtidos pelo reclamante em outras demandas para suportar os honorários sucumbenciais na presente demanda.

G) CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA.

Os juros de mora deverão ser calculados no percentual de 1% ao mês, de forma simples, a contar da data do ajuizamento da ação (art. 883 da CLT), nos termos do art. 39, § 1º, da Lei n. 8.177/91, apurados de acordo o disposto na Súmula 113 do E. TRT da 12ª Região, sobre a importância da condenação atualizada (Súmula 200 do TST).

Quanto à correção monetária, será aplicada desde o vencimento da obrigação (Súmula n. 381, do E. TST). Em relação ao índice a ser utilizado, deverá ser observado o disposto no art. 39 da Lei n. 8.177/91, aplicando-se a TR, por falta de pedido de adoção de outro índice, não cabendo ao Juízo deferir o que não foi postulado pela parte (pedido de juros e correção monetária na forma da lei, fl. 7).

H) ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS.

Incidências fiscais e previdenciárias ficam autorizadas, devendo ser apuradas e recolhidas, ambas, nos termos da legislação vigente à época do julgado, sobre parcelas de natureza salarial, devendo ser observados as diretrizes estabelecidas na Súmula n. 368 do E. TST e nas Súmulas 6 e 80 do E. TRT da 12ª Região, podendo a empregadora efetuar as retenções cabíveis.

Outrossim, determino que os juros e eventual multa moratória (acessórios) incidentes sobre as contribuições previdenciárias, sejam suportados pela parte reclamada, responsável pelo recolhimento. Como índice de atualização da contribuição previdenciária deverá ser utilizada a taxa SELIC. A multa moratória deverá ser apurada a partir do prazo de 48 horas contadas da citação, em caso de não pagamento.

No tocante aos juros de mora, deixam de integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária e do imposto de renda, porquanto admito o seu caráter indenizatório quando incidentes sobre os débitos trabalhistas (art. 404, parágrafo único, do Código Civil; OJ n. 400 da SDI-1, do E. TST).

Admito, para fins fiscais e previdenciários, a natureza indenizatória das seguintes parcelas: aviso prévio indenizado; férias indenizadas acrescidas de 1/3; FGTS (depósitos e multa de 40%); multa do art. 477, §8º, da CLT; e honorários sucumbenciais.

As contribuições previdenciárias deverão ser pagas em guia GPS, com código 2909, conforme Recomendação CR n. 02/2019.

Considerando que a ré comprovou os recolhimentos previdenciários em razão do labor na condição de prestadora de serviços, deverá solicitar a restituição / compensação diretamente ao órgão responsável pela arrecadação, após o trânsito em julgado desta sentença.

I) AMPLITUDE DE COGNIÇÃO.

Expostos os fundamentos pelos quais os pedidos submetidos a julgamento foram decididos, ficam atendidas as exigências do art. 832, caput, da CLT e do art. 93, IX, da CF, não sendo exigível pronunciamento explícito sobre todas as questões e fundamentos apresentados pelas partes, sobretudo porque o recurso ordinário não exige prequestionamento, viabilizando ampla devolutividade ao Tribunal Regional.

Outrossim, ressalto que todos os argumentos trazidos pelas partes foram levados em consideração, conforme preceitua o art. 489, § 1º, do CPC/2015, sendo dispensável

constá-los expressamente nesta sentença, por não serem juridicamente relevantes ou capazes de infirmar a conclusão ora adotada.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, na reclamatória trabalhista que CLAUDIA MARLAINE XAVIER KUERTEN propôs em face de HA TORRESCENTRO EIRELI - ME, decido, nos termos da fundamentação supra, parte integrante deste dispositivo:

(1) declarar, em controle difuso, a inconstitucionalidade do art. 791-A, §4º, da CLT, em relação à expressão *“desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”*;

(2) rejeitar a preliminar suscitada pela reclamada;

(3) no mérito, julgar PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pela reclamante, para reconhecer a existência de vínculo empregatício entre as partes, com o desempenho da função de fisioterapeuta, no período de 01.01.2019 a 05.08.2019, sendo 05.07.2019 o dia último trabalhado, e a iniciativa do reclamado, sem justa causa, pela ruptura contratual, e CONDENAR o reclamado ao pagamento das seguintes parcelas:

(3.1) à parte autora:

(3.1.1) aviso prévio indenizado (30 dias);

(3.1.2) 13º salário do ano de 2019 (7/12);

(3.1.3) férias acrescidas de 1/3 (7/12);

(3.1.4) FGTS acrescido da multa de 40%, apurado em relação a todo o período contratual e sobre as verbas acima deferidas, exceto férias indenizadas;

(3.1.5) multa do 477, §8º, da CLT; e

(3.2) ao procurador da parte autora:

(3.2.1) honorários sucumbenciais equivalentes a 15% do valor econômico dos pedidos deferidos, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários, conforme preceitua a OJ n. 348, da SDI-1, do E. TST.

Honorários sucumbenciais em favor do procurador do reclamado, nos exatos termos do capítulo “F”, observada a inconstitucionalidade declarada.

A parte reclamante deverá apresentar sua CTPS na Secretaria da Vara no prazo de dois dias, contados da intimação após o trânsito em julgado, para que o reclamado proceda às anotações. Ato contínuo, o reclamado deverá, no prazo de cinco dias após a intimação, a ser feita após o trânsito em julgado, cumprir as seguintes obrigações de fazer:

1) anotar a CTPS da autora, fazendo constar o período contratual reconhecido, bem como a função;

2) fornecer o TRCT no código SJ2.

Em caso de inércia do reclamado quanto à obrigação de fazer determinada no item “1”, a Secretaria desse Juízo efetuará as anotações na CTPS da autora. Nesse caso, deverá ser expedido ofício à SRTE/SC, comunicando a omissão do empregador.

Diante do reconhecimento de vínculo empregatício, a Secretaria deverá observar o disposto no Ofício Circular n. 015/2019, da Corregedoria Regional, expedindo ofício ao órgão responsável conforme modelo.

Defiro à parte reclamante o benefício da gratuidade de justiça, conforme capítulo “C”.

Indefiro o benefício da gratuidade de justiça ao reclamado, nos termos do capítulo “D”.

Juros e correção monetária conforme capítulo “G”.

Sentença líquida, conforme planilha em anexo.

Os cálculos deverão ser impugnados no momento do recurso ordinário, sob pena de preclusão.

Deverá o reclamado, observado o prazo legal, preencher e enviar a Guia de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, ficando advertido de que o descumprimento sujeitará o infrator a pena de multa e demais sanções administrativas, nos termos dos arts. 32, § 10, e 32-A, da Lei n. 8.212/91, bem como do art. 284, I, do Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999.

Os recolhimentos previdenciários e fiscais deverão ser efetuados pelo reclamado, deduzindo-se a parte que couber à reclamante, tudo nos termos da fundamentação supra, conforme capítulo “H”.

Custas pela parte ré no importe de R\$ 261,27, calculadas sobre o valor de R\$ 13.063,53 (conforme planilha de cálculos).

As partes ficam advertidas de que não cabem Embargos de Declaração para rever fatos, provas ou a própria decisão, ou para contestar puramente o que já foi decidido (arts. 80, VII, 1.022 e 1.026, § 2º, todos do CPC/2015).

Intimem-se as partes.

Após o trânsito em julgado, cumpra-se.

Nada mais.

ARARANGUA/SC, 25 de abril de 2020.

MARCOS HENRIQUE BEZERRA CABRAL
Juiz(a) do Trabalho Substituto(a)

