



PODER JUDICIÁRIO ||| JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

13ª Vara do Trabalho de São Paulo - Zona Leste ||| RTOrd 1002132-79.2016.5.02.0613

RECLAMANTE: [REDACTED]

RECLAMADO: [REDACTED]

Processo nº 1002132-79.2016.5.02.0613

Termo de Audiência

Aos 11/10/2017, às 8h05min, na sede da 13ª Vara do Trabalho da Zona Leste de São Paulo/SP, por determinação de Fernando Corrêa Martins, Juiz do Trabalho Substituto, realizou-se a audiência para publicação da sentença proferida nos autos da reclamação trabalhista em que são partes:

Reclamante: [REDACTED]
[REDACTED]

Reclamada:

Ausentes as partes, foi proferida a seguinte:

S E N T E N Ç A

I - RELATÓRIO

Vistos, etc.

[REDACTED], reclamante, qualificada na inicial, ajuizou reclamação trabalhista em 12/9/2016, em face de [REDACTED] [REDACTED], reclamada, qualificada na defesa, aduzindo que prestou serviços de 5/3/2012 a 5/5/2015, na função de supervisora de loja, quando foi dispensada sem justa causa. Indicou como último salário o valor de R\$ 6.500,00.

Postulou, em síntese, reconhecimento de vínculo empregatício em período anterior ao registro, integração do salário e comissões quitados à margem dos recibos na remuneração para todos os fins, aplicação dos artigos 467 e 477 da CLT, horas extraordinárias e reflexos, indenização pela aquisição de uniformes, indenização correspondente à garantia de emprego decorrente de férias, multas normativas, diferenças de verbas rescisórias, indenização por danos morais. Atribuiu à causa o valor de R\$ 250.000,00. Apresentou procuração, documentos e mídia digital (áudio).

Conciliação inicial infrutífera.

Em defesa escrita, a reclamada pugnou pela improcedência dos pedidos. Juntou procuraçāo e documentos. A reclamada ofertou reconvenção, postulando o pagamento de indenização por danos morais. E manifestou-se sobre a gravação juntada pela reclamante, id d8b94f5.

A reclamante apresentou manifestação sobre a defesa e documentos e contestou a reconvenção (id 25047a7).

A reclamada manifestou-se sobre a contestação à reconvenção, id 6caf68c.

Em audiência, foram colhidas provas orais, sendo ouvidas as partes, uma testemunha pela reclamante e uma testemunha pela reclamada (id 39f2f8a).

Foi encerrada a instrução processual.

As partes apresentaram manifestação sobre a contradita da testemunha da reclamante, id 99bc4ed e 9c5bca0, e razões finais em memoriais.

Última tentativa de conciliação rejeitada.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Incompetência absoluta da Justiça do Trabalho

A reclamante pediu a comprovação da regularidade das contribuições previdenciárias de todo o período contratual, sob pena de execução direta e expedição de ofícios para apuração das irregularidades.

O artigo 114 da Constituição Federal dispõe, em seu inciso VIII, que compete à Justiça do Trabalho "a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir".

Nos termos da Súmula do C. TST nº 368, I, a competência da Justiça do Trabalho restringe-se a executar as contribuições previdenciárias das sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 569056, definiu que a Justiça do Trabalho não possui competência para exigir contribuição previdenciária com base em decisão que apenas declare a existência de vínculo empregatício. É que não há base legislativa para a cobrança das contribuições sonegadas ao longo do vínculo pela Justiça do Trabalho.

Por este motivo, decido extinguir ex officio o pedido de comprovação de recolhimentos das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas já quitadas ao longo do contrato de trabalho por incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, com base no artigo 114, inciso VIII, da Constituição da República.

Contradita da testemunha da reclamante

Na manifestação id 99bc4ed, a reclamada reiterou os protestos pelo indeferimento da contradita das testemunhas da reclamante e juntou documentos.

A reclamante manifestou-se sobre os documentos, id 9c5bca0.

A amizade íntima a ocasionar a suspeição para depor em juízo caracteriza-se pela formação de uma convivência social, que vai além da relação de emprego.

As comunicações em rede sociais não caracterizam, por si sós, prova de amizade íntima.

Neste sentido:

TESTEMUNHA CONTRADITADA. AMIZADE ÍNTIMA.
RELACIONAMENTO NAS REDES SOCIAIS. As amizades fixadas no âmbito das redes sociais criadas na internet não se afiguram no relacionamento humano como tal, senão sendo meras superficialidades, próprias dos "conhecidos", pois a nomenclatura "amigo" adotada pelas redes não se confunde com a afetividade própria do relacionamento humano. Assim, o termo "amigo" inserido nas páginas eletrônicas das redes sociais não se coaduna com o conceito de "amizade íntima" de que trata o artigo 829 da CLT. Contradita não configurada. (Recurso Ordinário, data de julgamento: 28/8/2013, Relator(a): CELSO RICARDO PEEL FURTADO DE OLIVEIRA; Revisor(a): ROVIRSO BOLDO; Acórdão nº: 20130920376; Processo nº 00004583620115020071; Ano: 2013; Turma: 8ª; data de publicação: 2/9/2013)

"INFORMANTE. TESTEMUNHA. INTIMIDADE "VERSUS" COLEGUISMO. VALORAÇÃO. Há de se fazer um parêntese acerca do conceito de amizade íntima diferenciando a do "coleguismo" revelado na simples convivência social. Para a configuração da dita "amizade íntima" é necessária a existência de certo grau de intimidade entre os contraditados, o que se dispensa quando se fala do simples "coleguismo". Dentre essas "nuances" (amizade íntima e coleguismo) é que deve o Magistrado primevo, observado o princípio da oralidade, valorar suas declarações quando contraditada, for ouvida "como simples informante", ou mesmo como testemunha, extraído de suas narrativas a existência ou não da isenção do ânimo de depor" (Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo. Relatora: Ivani Contini Bramante. Processo nº 00000459520115020241. Data de Publicação: 27/01/2012).

Como corolário, mantenho a rejeição da contradita das testemunhas da reclamante.

Período sem registro

A reclamante alegou que, embora tenha iniciado a prestação de serviços em 5/3/2012, seu contrato de trabalho foi anotado somente em 2/4/2012. Pretendeu a retificação da data de admissão e o pagamento de férias acrescidas de 1/3, 13º salário, FGTS e acréscimo de 40%.

A reclamada negou prestação de serviços anterior ao registro do contrato de trabalho em CTPS.

Todos os documentos juntados pela reclamada encontram-se assinados a partir de 5/3/2012.

Quanto às provas orais, o depoimento da testemunha da reclamante não corrobora a contratação em março/2012, na medida em que não delimitou o dia de sua admissão: "**1) que trabalhou na Orquídeas Calçados de abril/2012 a outubro/2015 na função de vendedora; 2) que trabalhou com a reclamante na mesma loja; 3) que quando começou a trabalhar na loja, a reclamante já trabalhava no local**".

Ausente qualquer outro elemento de prova, julgo improcedente o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício a partir de 5/3/2012 e a consequente retificação da data de admissão em CTPS.

Como consequência, improcedem os demais pedidos decorrentes do período anterior ao registro: férias proporcionais com o terço, 13º salário proporcional e FGTS com acréscimo de 40% no período de 5/3/2012 a 1/4/2012.

Salário e comissões "por fora"

Sob a alegação de que, além dos valores quitados em recibo, percebia o importe de R\$ 5.246,31 por mês, pretendeu a reclamante sua integração em décimo terceiro salário, férias acrescidas do terço, aviso prévio indenizado, FGTS e acréscimo de 40%, descanso semanal remunerado, adicional noturno e horas extraordinárias.

A reclamada em sua defesa negou o pagamento de quaisquer valores "por fora", razão pela qual à reclamante incumbia o ônus de provar suas alegações (nos termos dos artigos 818 da CLT e 373, I do CPC.).

De seu mister desincumbiu-se a autora satisfatoriamente.

Ainda que considerados apenas os depósitos identificados em nome da reclamada, o cotejo entre os valores depositados na conta bancária da autora e os recibos de pagamento não se equivalem. Exemplo: em 20/2/2015, a reclamante recebeu adiantamento salarial no importe de R\$ 2.500,00 e, em 6/3/2015, salário de R\$ 2.663,49 (id 2f06b2e, pág. 16 e 17). Todavia, os respectivos recibos de pagamento contemplam os valores de R\$ 1.300,00, em 20/2/2015 (adiantamento), e de R\$ 297,21, em 6/3/2015 (saldo salarial), id 6ed2d59, págs. 8 e 9.

A comunicação eletrônica entre a reclamante e a sócia da reclamada, id cd8138c, também faz prova do ajuste de salário fixo e comissões em valores superiores ao lançado em holerite.

Via de consequência, reputo verdadeira a alegação inicial, segundo a qual a remuneração da reclamante, além do salário fixo (ora arbitrado em R\$ 4.000,00), era composta por comissões (ora arbitradas em R\$ 2.500,00), no valor mensal total de R\$ 6.500,00, sendo parte quitado em holerite e parte, marginalmente pela reclamada.

Observo que, furtando-se a reclamada de lançar nos recibos de pagamento o

valor correto de salários, impedindo a autora de fazer prova em Juízo por meio do documento legalmente exigido para tanto, impõe-se o acolhimento dos valores indicados em prefacial.

Condeno a reclamada ao pagamento de reflexos do salário e comissões "por fora" (cujo valor será apurado em liquidação de sentença, deduzidos os valores quitados em recibo) em aviso prévio indenizado, décimo terceiro salário e férias com terço constitucional. As comissões deverão integrar também os descansos semanais remunerados.

Não são devidos reflexos da parte fixa da remuneração em descanso semanal remunerado, pois o salário fixo mensal já remunera os respectivos repousos.

Após o trânsito em julgado da sentença, a reclamada deverá retificar a remuneração lançada na CTPS da reclamante, para constar o salário médio mensal de R\$ 6.500,00.

Para tanto, a reclamante será intimado para juntar a CTPS aos autos. Após a juntada, a reclamada será intimada para efetuar as anotações na CTPS do reclamante no prazo de 5 dias, sob pena de pagar multa diária que se reverterá à reclamante, a partir do descumprimento, de R\$ 300,00, limitada a R\$ 3.000,00 (10 dias), com fundamento no art. 461, § 4º, do CPC.

Fica vedada qualquer menção a esta ação trabalhista na CTPS da reclamante.

Permanecendo omissa a reclamada após a multa atingir seu valor máximo, as anotações serão efetuadas pela Secretaria dessa Vara.

Cargo de gestão

A reclamante alegou extração de jornada sem contraprestação.

A reclamada sustentou que, na função de supervisora de loja, a reclamante exercia a função de confiança, cargo de gestão, razão pela qual não estaria sujeita ao controle de horário (artigo 62, II, da CLT).

Dispõe o artigo 62, II, da CLT, *in verbis*:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Cargo de confiança é aquele no qual o empregado ocupa uma posição hierárquica elevada, pressupondo investidura de mandato e poder de mando e gestão irrestrito. A confiança de que trata o artigo 62, inciso II, da CLT é absoluta, imbuindo-se o empregado nos poderes de agir pelo empregador, personificando-o, nos seus atos de representação externa.

Para que diretores e chefes de departamento ou filial estejam excluídos do controle de jornada é imprescindível o efetivo exercício de poder de gestão, mediante a prática de atos próprios da esfera do empregador, com autonomia para tomada de decisões. Não basta fidúcia acentuada para que este regime aplique-se ao empregado. Exerce cargo de gestão

aquele capaz de determinar a ordem essencial do desenvolvimento da atividade da empresa, ainda que limitada a seu departamento ou loja.

Também não é suficiente padrão salarial diferenciado em relação aos demais empregados da empresa para ser inserido na exceção do artigo 62, II, da CLT. Com base no princípio da primazia da realidade, devem-se averiguar as reais atribuições do empregado para se constatar a existência do cargo de gestão.

Ao alegar a existência de cargo de confiança, a reclamada atraiu para si o ônus de prova quanto a tal circunstância, eis que fato impeditivo do direito da obreira, conforme artigo 373, II do Código de Processo Civil, aplicável ao processo do trabalho por força do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

De tal ônus a reclamada desincumbiu-se satisfatoriamente.

Nos autos foi produzida prova robusta de que a reclamante seria a autoridade de hierarquia superior às gerentes das lojas.

Sobre este tema, a testemunha da reclamante prestou o seguinte depoimento:
"4) que a reclamante era supervisora da loja; 5) que acima da reclamante apenas tratavam com a proprietária; 6) que havia cerca de 9 funcionários na loja; 7) que a reclamante era supervisora de 5 lojas: três no shopping Moóca e duas em São Bernardo; 12) que a reclamante precisava tratar com a proprietária antes de admissão ou demissão de pessoas; 13) que se a depoente precisasse faltar, comunicaria a gerente Rita que comunicaria a reclamante; 20) que a reclamante efetuava o treinamento das vendedoras".

Ora, se a gerente deveria comunicar as faltas das empregadas à reclamante, significa que ela é autoridade superior à gerente.

O depoimento da testemunha da reclamada também comprova a função de confiança exercida pela reclamante, com parcela de poderes da empregadora: **"1) que trabalha para a reclamada desde 2013; 2) que começou com o vendedora e depois passou a ser gerente; 3) que trabalhava na loja do Moóca Plaza na mesma loja que a reclamante; 4) que a depoente trabalha das 14h às 22h; 5) que a reclamante era supervisora de 5 lojas; 6) que a reclamante não tinha horário estipulado de trabalho; 7) que a reclamante não tinha horário de almoço; 8) que a reclamante comparecia nas outras lojas no mesmo dia; 9) que foi contratada pela reclamante; 10) que a reclamante poderia dispensar, contratar; 11) que não sabe informar se era necessário autorização do proprietário para contratação ou dispensa; 12) que se reportava à reclamante; 13) que havia reunião com as gerentes com responsabilidade pela reclamante; 19) que a reclamante não trabalhava domingos e feriados; 27) que a reclamante era a administradora da página; 28) que a maior parte das reuniões com os gerentes ocorria com a reclamante sem a presença da proprietária; 29) que além da reclamante, havia os treinamentos fornecidos pela franqueadora".**

A prova documental trazida pela reclamante demonstra cabalmente os poderes de gestão sobre as metas e postagens da reclamada nas páginas sociais: id 6320600, pág. 6 e id 6364169. Somente a reclamante poderia autorizar postagens com descontos de produtos, conforme ordem repassada por ela às gerentes. A cobrança sobre as metas e a necessidade da gerente acompanhar todas as vendas equipara-se às ordens do empregador em seu poder diretivo e de controle.

Note-se que na comunicação eletrônica id cd8138c a reclamante cobrou a administradora da reclamada sobre o recebimento de salário inferior às gerentes, o que denota a hierarquia estabelecida entre as gerentes e a supervisora.

Logo, a supervisora de lojas detém parcela do poder diretivo do empregador. Se ao gerente da unidade de trabalho aplica-se a exceção prevista no artigo 62, II, da CLT, com maior razão também se aplica ao seu superior hierárquico.

A reclamante não desempenhava funções meramente administrativas.

Provado o exercício de funções com amplos poderes, aplica-se a exceção contida no art. 62, II, da CLT.

O fato da autora estar subordinada à administradora da reclamada não lhe retirou a condição de autoridade gerencial em que trabalhava para aplicação do artigo 62, inciso II, da CLT.

Denota-se a ocupação de cargo de alto nível gerencial dentro da hierarquia funcional do ente patronal, que impõe o reconhecimento de depósito de fidúcia acentuada na pessoa da reclamante, detentora que era de poderes de mando e gestão.

Na função de a exerceia cargo de gestão, o que o exclui da aplicação do regime jurídico de jornada legal.

Destarte, improcedem os pedidos de horas extras e suas integrações, acessórios que são do principal.

Uniformes

Sob a alegação de que a reclamada exigia o uso de sapatos e bolsas adquiridos em suas lojas, mas não os fornecida gratuitamente na forma da cláusula 26 das Convenções Coletivas de Trabalho, pretendeu a reclamante o reembolso de uniforme, no importe de 600,00 a cada três meses.

A reclamada contestou o pedido.

Preliminarmente, observo que não foram juntados aos autos quaisquer comprovantes fiscais de aquisição de bolsas e sapatos comercializados pela reclamada, a cada três meses.

A obrigatoriedade na aquisição de bolsas e sapatos não restou comprovada nos autos.

A comunicação eletrônica id 59dd82c contém as seguintes orientações passadas pela reclamante aos gerentes e vendedores: "(...) os vendedores e gerentes terão direito a tirar 2 calçados por coleção a preço de custo. Os demais produtos terão apenas 15% de desconto (...)".

Note-se que se a norma regulamentar fosse a exigência de utilização de sapatos e bolsas da reclamada no emprego, o comando utilizaria a expressão "deverão", e não "terão direito". Parece incongruente a concessão de um direito, ao mesmo passo em que se exige que esse direito seja exercício em benefício da reclamada.

Nesse compasso, é convincente o depoimento prestado pela testemunha da reclamada, no sentido de que "**15) que havia benefícios na aquisição de bolsas e sapatos, mas não era obrigatório a aquisição de bolsas e sapatos da reclamada; 16) que poderiam utilizar**

outras marcas de bolsas e sapatos na reclamada; 17) que a reclamante, assim como as demais, adquiria produtos da reclamada; 18) que a reclamante sempre adquiriu mais peças que as outras gerentes".

Ao contrário, o depoimento prestado pela testemunha da reclamante não convenceu. Destaco: "14) que o uniforme era fornecido pela reclamada, mas o sapato era comprado da reclamada, que era obrigatória a compra do sapato da reclamada; 21) que gerente e supervisora precisavam ter bolsas da reclamada, que era obrigatório o uso da bolsa no trabalho".

Não parece razoável a informação de que gerentes e supervisoras trabalhassem portando bolsa adquirida nas lojas ré. Pelo que ordinariamente acontece, o uso de bolsa durante o trabalho é incompatível com as tarefas de gerentes e supervisoras de lojas.

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido de reembolso de despesas com uniformes.

Garantia de emprego

Ainda que a reclamante tenha sido dispensada em 5/5/2015, como faz prova a comunicação eletrônica id cbb32b0, pág. 1, certo é que a reclamada observou a garantia de emprego previsto na cláusula 43ª da Convenção Coletiva de Trabalho.

De fato, a norma coletiva faculta ao empregador a conversão da garantia em indenização, com acréscimo equivalente às incidências sobre férias e décimo terceiro salário.

O termo de rescisão do contrato de trabalho comprova que, nos cálculos das verbas trabalhistas, foi computado o período de 6/5/2015 a 13/5/2015.

Uma vez cumprida a norma coletiva, improcede o pedido de indenização correspondente à garantia de emprego pelo retorno de férias.

Aplicação do artigo 467 da CLT

Não restaram verbas rescisórias incontroversas que devessem ter sido quitadas quando da realização da primeira audiência.

Indefiro a aplicação do artigo 467 da CLT.

Aplicação do artigo 477 da CLT

Em que pese o documento id 5a4c5fd, pág. 1, a comunicação eletrônica id cbb32b0 comprova o comunicado de dispensa em 5/5/2015, já que o e-mail foi encaminhado também à reclamante.

Não se tem notícia da retratação da dispensa ou que a reclamante tenha trabalhado no período de 5 a 13/5/2015.

As verbas rescisórias foram quitadas em 22/5/2015 (id 41ec3c1), além do prazo

previsto no artigo 477, § 6º, da CLT, portanto.

Considerando que a reclamada não quitou as verbas rescisórias incontroversas no prazo do art. 477 da CLT, defiro o pagamento da multa do artigo 477, § 8º da CLT.

Multas normativas

A reclamante pediu a condenação da reclamada no pagamento de multa normativa pela violação da norma coletiva.

Não foi reconhecida a violação das cláusulas coletivas.

Indefiro o pagamento de multa prevista em Convenção Coletiva de Trabalho.

Indenização por danos morais

Alegou a reclamante de que a sra. Renata, administradora da reclamada, estaria denegrindo sua imagem perante terceiros. Junta mídia em anexo, protocolo nº 183974620382QugoQ1Pa. Postulou o pagamento de indenização por danos morais.

A reclamada, por sua vez, pugnou pelo reconhecimento de ilicitude da prova produzida pela reclamante. Sustentou que, à época da gravação, já teria ocorrido a quebra de fidúcia pelo episódio com as mídias sociais, trazidas pela ré em reconvenção.

À luz da jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal em matéria penal, o C. Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento de que as gravações de conversas realizadas por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, não é considerada interceptação telefônica, sendo lícita como meio de obtenção de prova no processo do trabalho, desde que sobre ela não pese sigilo específico nem de reserva.

A gravação aí será clandestina, mas não ilícita, nem ilícito seu uso como meio de prova.

O emissor ou receptor de conversa telefônica apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai o sigilo da comunicação, a menos que esta esteja protegida por absoluta indisponibilidade legal ou por exigência de valores jurídicos fundamentais.

Contudo, não é o caso dos autos.

A reclamante solicitou a uma amiga que, valendo-se falsamente da qualidade de representante de empresa de treinamento, ligasse para a sócia da ré, em sua licença maternidade, a fim de questioná-la sobre os antecedentes da reclamante.

A sra. Renata limita-se a informar sobre a quebra de fidúcia havida na relação jurídica entre as partes, mas nega-se a indicar o motivo.

A ligação ocorreu após os fatos que ensejaram a representação para abertura de inquérito e o pedido reconvencional.

A matéria é tratada no artigo 5º, XII, da Constituição da República, que protege

o sigilo das comunicações telefônicas, colocando-as a salvo da ingerência de terceiro em relação a quem se configura a interceptação ilícita.

A conversa não se deu entre a reclamante e a sócia da ré, sendo esta levada à engodo pela emissora.

Pelo exposto, reputo ilícita a prova obtida pela reclamante e, inexistente outros elementos de prova, julgo improcedente o pedido de indenização por danos morais.

FGTS

Foram deferidas as seguintes parcelas à reclamante: integração dos salários e comissões em aviso prévio indenizado e décimo terceiro salário. Assim, há incidência de FGTS, inclusive acréscimo de 40%, sobre essas verbas.

O FGTS e respectiva multa rescisória não incidem sobre as férias ora deferidas, porque indenizadas, a teor da Lei 8.036/90, art. 15, e Instrução Normativa FGTS/MTE nº 99, de 23/8/2012 (Orientação Jurisprudencial SDI-1 do C. TST nº 195).

Determino que a reclamada deposte o FGTS na conta vinculada da reclamante. Rejeita-se o pagamento direto à reclamante em razão do disposto no art. 26, parágrafo único, da Lei 8.036/1990.

Autoriza-se o levantamento, após o trânsito em julgado, dos valores depositados mediante alvará a ser expedido pela Secretaria da Vara.

Os juros e multas previstos no artigo 22 da Lei nº 8.036/1990 são de natureza administrativa, de modo que não são devidas à reclamante.

Compensação

A reclamada requereu a compensação de valores comprovadamente pagos sob o mesmo título.

Autorizo a dedução dos valores pagos pela reclamada e já comprovados nos autos, em idênticos títulos aos reconhecidos, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa.

Litigância de má-fé

Não foram observadas violações dos deveres processuais das partes a ponto de justificar a aplicação de penalidades por litigância de má-fé.

Indefiro.

Indenização por perdas e danos

A reclamante pediu indenização pelas despesas com advogados.

Essa matéria encontra-se pacificada no âmbito do Egrégio Tribunal da 2^a Região, que consolidou a jurisprudência por meio da Súmula nº18, que dispõe:

Indenização. Artigo 404 do Código Civil. O pagamento de indenização por despesa com contratação de advogado não cabe no processo trabalhista, eis que inaplicável a regra dos artigos 389 e 404, ambos do Código Civil. (Res. nº 01/2014- DOEletônico 02/04/2014)

Indefiro o pedido.

Honorários advocatícios

Os honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, são devidos aos beneficiários da assistência judiciária, conforme prescrevem os artigos 14 e 16 da Lei nº 5.584/1970.

Os honorários advocatícios foram objetos da Súmula nº 219 do C. TST.

Mesmo após a Constituição Federal de 1988, o C. TST manteve o entendimento cristalizado na Súmula nº 219, conforme expressa a Súmula nº 329 do mesmo Tribunal.

Recentemente, o C TST, por meio da Resolução nº 204/2016 (divulgada no DeJT em 17, 18 e 21.03.2016), reiterou o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219, item I, nos seguintes termos:

" I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art.14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I)".

Como esses requisitos não foram atendidos, rejeita-se o pedido relativo a honorários advocatícios.

Expedição de Ofícios

Não foram verificadas irregularidades suficientes para ensejar a expedição dos ofícios.

Indefiro.

Correção monetária

O valor da condenação deverá ser corrigido monetariamente até a data do

efetivo pagamento do débito. Fixa-se como termo inicial o dia do vencimento da obrigação pactuada, vez que só incorre em mora o devedor ao não efetuar o pagamento no tempo devido (artigo 397 do Código Civil e Súmula nº 381 do C. TST).

Sobre a constitucionalidade da TR ou TRD, com base na liminar proferida na Reclamação 22.012 do C. STF, adoto a Orientação Jurisprudencial nº 300 da SDI-1 do C. TST, *in verbis*:

**OJ-SDI1-300 EXECUÇÃO TRABALHISTA. CORREÇÃO MONETÁRIA.
JUROS. LEI Nº 8.177/91, ART. 39, E LEI Nº 10.192/01, ART. 15 (nova redação) -
DJ 20.04.2005**

Não viola norma constitucional (art. 5º, II e XXXVI) a determinação de aplicação da TRD, como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas, cumulada com juros de mora, previstos no artigo 39 da Lei nº 8.177/91 e convalidado pelo artigo 15 da Lei nº 10.192/01.

Juros de mora

Os juros de mora são devidos a partir do ajuizamento da ação (artigo 883 da CLT). Para tanto, os juros referidos incidirão sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente conforme a Súmula nº 200 do C. TST, calculados na base de 1% ao mês, de forma simples (não capitalizados), e aplicados *pro rata die*, nos termos do parágrafo 1º do artigo 39 da Lei 8.177/91.

Contribuições previdenciárias e fiscais

O imposto de renda deverá ser suportado pela parte autora, beneficiária do crédito na forma da lei.

Os juros de mora não compõem a base de cálculo do imposto de renda, consoante a OJ nº 400 da SDI-I do C. TST e a Súmula nº 19 do Egrégio TRT da 2ª Região.

Observem os termos da Súmula nº 368 do TST, especialmente o item II, com aplicação do artigo 12-A da Lei nº 7.713, de 22/12/1988.

Em relação às contribuições previdenciárias, cada parte arcará com a sua cota. Aplicam-se os critérios de recolhimento previdenciário da Súmula nº 368, item III, do C. TST.

As seguintes parcelas deferidas têm natureza salarial: integração dos salários e comissões em descanso semanal remunerado e décimo terceiro salário. As demais verbas têm natureza indenizatória, observados os termos do artigo 28 da Lei nº 8.212/91.

Fica autorizado o desconto de IR e INSS que compete à reclamante pela reclamada. A reclamada deve comprovar o recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias após regular liquidação de sentença nos termos do artigo 879 da CLT, sob pena de execução.

Justiça gratuita

A reclamante requereu os benefícios da assistência judiciária e apresentou a declaração de pobreza (id f6f9ac3, pág. 2). Assim, defiro os benefícios da justiça gratuita com base no artigo 790, parágrafo 3º da CLT.

III- DISPOSITIVO

ISTO POSTO, decido, nos termos da fundamentação, extinguir *ex officio* o pedido de comprovação de recolhimentos das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas já quitadas ao longo do contrato de trabalho por incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, com base no artigo 114, inciso VIII, da Constituição da República; e, no mérito, julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pleitos da demanda promovida por [REDACTED] em face de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx com resolução de mérito com base no artigo 487, inciso I, do CPC, nos limites do pedido, para o fim de condenar a reclamada a pagar:

- a) reflexos do salário "por fora" em aviso prévio indenizado, décimo terceiro salário e férias com terço constitucional;
- b) integração das comissões "por fora" em descansos semanais remunerados, aviso prévio indenizado, décimo terceiro salário e férias com terço constitucional;
- c) multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT.

Declaro que a remuneração da reclamante, além do salário fixo (ora arbitrado em R\$ 4.000,00), era composta por comissões (ora arbitradas em R\$ 2.500,00), no valor mensal total de R\$ 6.500,00, sendo parte quitado em holerite e parte, marginalmente pela reclamada.

Após o trânsito em julgado da sentença, a reclamada deverá retificar a remuneração lançada na CTPS da reclamante, para constar o salário médio mensal de R\$ 6.500,00. Para tanto, a reclamante será intimado para juntar a CTPS aos autos. Após a juntada, a reclamada será intimada para efetuar as anotações na CTPS do reclamante no prazo de 5 dias, sob pena de pagar multa diária que se reverterá à reclamante, a partir do descumprimento, de R\$ 300,00, limitada a R\$ 3.000,00 (10 dias), com fundamento no art. 461, § 4º, do CPC. Fica vedada qualquer menção a esta ação trabalhista na CTPS da reclamante. Permanecendo omissa a reclamada após a multa atingir seu valor máximo, as anotações serão efetuadas pela Secretaria dessa Vara.

A reclamada deverá efetuar o depósito das incidências de FGTS, inclusive acréscimo de 40%, na conta vinculada da reclamante, calculado sobre integração dos salários e comissões em aviso prévio indenizado e décimo terceiro salário. O valor depositado será soerguido oportunamente mediante expedição de alvará a ser expedido pela Secretaria.

Na função de supervisora de lojas, ao contrato de trabalho da reclamante aplica-se a exceção contida no art. 62, II, da CLT.

Concedo à reclamada o direito de compensação dos valores pagos sob os mesmos títulos.

Sobre os valores apurados em liquidação de sentença incidem correção monetária e juros de mora, conforme disposto nas Súmulas 200 e 211 do C. TST, respeitando-se, quanto aos juros, o contido no art. 39 da Lei nº 8.177/91 e, quanto à correção monetária, o estabelecido pela Súmula 381 do C. TST.

O imposto de renda deverá ser suportado pela parte autora, beneficiária do crédito na forma da lei. Observe-se a OJ 400 da SDI-I do TST.

Cada parte arcará com sua cota do INSS. As seguintes parcelas deferidas têm natureza salarial: integração dos salários e comissões em descanso semanal remunerado e décimo terceiro salário. Autorizado o desconto de IR e INSS que competem à reclamante pela reclamada. Observe-se a Súmula n. 368 do TST. A reclamada deve comprovar o recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias após regular liquidação de sentença nos termos do artigo 879 da CLT, sob pena de execução.

Concedo à reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Custas pela reclamada, no importe de **R\$ 800,00**, calculadas sobre o valor ora arbitrado à causa de **R\$ 40.000,00**.

Intimem-se as partes.

Dispensada a intimação da União, em face do teor do artigo 2º da Portaria da Procuradoria-Geral Federal nº 815/2011 e da Portaria MF nº 582/2013.

IV - FUNDAMENTAÇÃO DA RECONVENÇÃO

Incompetência da Justiça do Trabalho

A reclamante reconvida arguiu a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho sob o fundamento de que a matéria é criminal (crime digital). Sustentou também que refoge à competência da Justiça do Trabalho dirimir questões sobre marcas e administração de redes sociais.

O pedido é de indenização por danos morais por atos praticados pela reclamante reconvida após a cessação do contrato de trabalho.

A causa de pedir remota funda-se em prestação de serviços, o que atrai a competência desta Especializada nos termos do artigo 114, inciso I, da Constituição Federal.

Rejeito a preliminar.

Indenização por danos morais

Alegou a reclamada reconvinte que a reclamante reconvida recusou-se a incluir a sócia da ré como administradora das páginas sociais, além de operar alterações estruturais indevidas, bloqueando o acesso de edição a gerentes. Sustentou a criação de um perfil falso da sra. Renata pela reclamante, que foi incluído indevidamente como administradora

da página da ré. Informou o requerimento de instauração de inquérito policial para apuração de crime.

A reclamante reconvida negou a recusa em alterar a administração de *fanpages*. Sustentou que a empresa mantém a administração da página do facebook. Alegou que a conduta não causou nenhuma ofensa a direitos personalíssimos da reclamada reconvinte.

A reparação de dano moral pressupõe ato ilícito, dano, nexo entre um e outro e culpa do agente. A ilicitude que enseja reparação de dano moral decorre do excesso no exercício de uma faculdade conferida pelo ordenamento jurídico.

Os danos morais afetam o íntimo das pessoas, de modo que não se prova o sofrimento, mas os fatos que o ocasionaram.

O robusto depoimento prestado pela testemunha da reclamada comprova o bloqueio à administração da página do *facebook* imposto injustificadamente pela reclamante: **"20)** que a reclamada tinha páginas no "Instagram" e no "Facebook"; **21)** que a depoente não tinha a senha, mas conseguia alimentar com fotos por estar "linkada" com a página pessoal da depoente; **22)** que somente a reclamante tinha a senha do "Instagram" e do "Facebook"; **23)** que após a saída da reclamante não conseguiram mais acessar a página e o nome da loja era modificado; **24)** que a reclamada nunca mais teve acesso à senha dessas páginas; **25)** que a reclamada efetuava vendas por meio dessas páginas; **26)** que a depoente trabalhava na loja Dumond Moóca Plaza e quando pesquisava a página da loja no "Facebook" aparecia a mensagem "vendi minha irmã"; **27)** que a reclamante era a administradora da página".

No mesmo sentido, os fatos alegados em reconvenção são comprovados pelo depoimento prestado pela testemunha compromissada no inquérito policial instaurado por requerimento da reclamada, id b4eedac.

Note-se que, em 6/7/2015, após a dispensa, a reclamante, como administradora, agendou a exclusão da página "Capodarte ABC" e incluiu a Sra. Renata como editora. Recebida a orientação de que a reclamante deveria se cadastrar como editora para que a sócia pudesse excluí-la, não cumpriu a obrigação, como fazem prova as mensagens eletrônicas juntadas à réplica, id 25047a7, págs. 13 e 14.

Por sua vez, o depoimento prestado pela testemunha da reclamante pareceu frágil e sem substrato, pois a reclamante aparece como administradora da página, enquanto as gerentes como editoras (id 25047a7, pág. 14). Logo, não se trata de possuir ou não senha de acesso.

As gerentes são cadastradas como editoras, o que justifica as postagens na página do *facebook* ocorridas após a rescisão contratual.

Via de consequência, comprovados o fato danoso e o risco à integridade moral da pessoa jurídica, à luz do artigo 186 do Código Civil, e do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição da República, faz-se devida a indenização por dano moral.

Quanto ao valor, a reparação pecuniária deve responder ao civilizado desejo coletivo de justiça social a par do inato sentimento individual de vingança.

Levando-se em conta a gravidade da ofensa, respeitando-se a capacidade econômica do ofensor, bem como as peculiaridades da situação fática vivenciada pelas partes, atendendo à forma de resarcimento tradicionalmente utilizada no âmbito do direito do trabalho, arbitro a indenização em R\$ 2.000,00.

Compensação

Autorizo a compensação dos valores condenatórios deferidos à reclamante reconvinda e à reclamada reconvinte, na forma do artigo 368 do Código Civil.

Litigância de má-fé

Não foram observadas violações dos deveres processuais das partes a ponto de justificar a aplicação de penalidades por litigância de má-fé.

Indefiro.

Correção monetária

O valor da condenação deverá ser corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento do débito. Fixa-se como termo inicial o dia do vencimento da obrigação pactuada, vez que só incorre em mora o devedor ao não efetuar o pagamento no tempo devido (artigo 397 do Código Civil e Súmula nº 381 do C. TST).

Sobre a constitucionalidade da TR ou TRD, com base na liminar proferida na Reclamação 22.012 do C. STF, adoto a Orientação Jurisprudencial nº 300 da SDI-1 do C. TST, *in verbis*:

OJ-SDI1-300 EXECUÇÃO TRABALHISTA. CORREÇÃO MONETÁRIA.
JUROS. LEI Nº 8.177/91, ART. 39, E LEI Nº 10.192/01, ART. 15 (nova redação) -
DJ 20.04.2005

Não viola norma constitucional (art. 5º, II e XXXVI) a determinação de aplicação da TRD, como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas, cumulada com juros de mora, previstos no artigo 39 da Lei nº 8.177/91 e convalidado pelo artigo 15 da Lei nº 10.192/01.

Em relação à indenização por danos morais, a atualização monetária ocorrerá a partir do arbitramento conforme Súmula nº 439 do C. TST.

Juros de mora

Os juros de mora são devidos a partir do ajuizamento da ação (artigo 883 da CLT). Para tanto, os juros referidos incidirão sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente conforme a Súmula nº 200 do C. TST, calculados na base de 1% ao mês, de forma simples (não capitalizados), e aplicados *pro rata die*, nos termos do parágrafo 1º do artigo 39 da Lei 8.177/91.

Contribuições previdenciárias e fiscais

Não há incidência previdenciária ou fiscal, ante a natureza indenizatória da verba deferida.

Justiça Gratuita

Ao fundamento de que enfrenta dificuldades financeiras, pretendeu a reclamada reconvinte os benefícios da justiça gratuita.

Essa matéria encontra-se pacificada no âmbito do Egrégio Tribunal da 2^a Região, que consolidou a jurisprudência por meio da Súmula nº 6:

SÚMULA Nº 06. JUSTIÇA GRATUITA - EMPREGADOR - IMPOSSIBILIDADE. (Res. nº 4/2006 - DJE 03/07/06 e retificada pela Res. nº 01/2007 - DJE 12/06/2007)

Não se aplica em favor do empregador o benefício da justiça gratuita.

Indefiro.

V - DISPOSITIVO DA RECONVENÇÃO

ISTO POSTO, decido, nos termos da fundamentação, rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pleitos da demanda promovida por [REDACTED] em face de [REDACTED] com resolução de mérito com base no artigo 487, inciso I, do CPC, nos limites do pedido, para o fim de condenar a reclamante reconvida a pagar indenização por danos morais, no importe de R\$ 2.000,00.

Autorizo a compensação dos valores condenatórios deferidos à reclamante reconvida e à reclamada reconvinte, na forma do artigo 368 do Código Civil.

Sobre os valores apurados em liquidação de sentença incidem correção monetária e juros de mora, conforme disposto nas Súmulas 200 e 211 do C. TST, respeitando-se, quanto aos juros, o contido no art. 39 da Lei nº 8.177/91 e, quanto à correção monetária, o estabelecido pela Súmula 381 e 439 do C. TST.

Não há incidência previdenciária ou fiscal, ante a natureza indenizatória da verba deferida.

Custas pela reclamante reconvida, no importe de **R\$ 40,00**, calculadas sobre o valor ora arbitrado à causa de **R\$ 2.000,00**. A reclamante é isenta de custas na forma da lei.

Intimem-se as partes.

Dispensada a intimação da União, em face do teor do artigo 2º da Portaria da Procuradoria-Geral Federal nº 815/2011 e da Portaria MF nº 582/2013.

Cumpra-se. Nada mais.

SAO PAULO,16 de Outubro de 2017

FERNANDO CORREA MARTINS
Juiz(a) do Trabalho Substituto(a)



Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a:
[FERNANDO CORREA MARTINS]



17091219353962900000081053301

[https://pje.trtsp.jus.br/primeirograu/Processo
/ConsultaDocumento/listView.seam](https://pje.trtsp.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam)