



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2^a REGIÃO**

PJe

PROCESSO N^º 1001562-85.2016.5.02.0066 – 8^a TURMA

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: [REDACTED]

RECORRIDO:
[REDACTED]
[REDACTED]

ORIGEM: **66^a VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO**

RESPONSABILIDADE CIVIL. Excluir página da reclamada no Facebook mediante abuso da condição de administrador cadastrado. Dano demonstrado. Em se tratando de obrigação de fazer infungível e constatada a impossibilidade material de cumprimento por culpa exclusiva do autor, impõe-se a conversão em perdas e danos. Aplicação dos artigos 186, 187, 247, 248, 927 e 944 do Código Civil. **Dever de indenizar caracterizado.**

I – RELATÓRIO

Inconformado com a r. sentença de ID 38939dc, cujo relatório adoto, que julgou **improcedentes** os pedidos formulados na reclamação trabalhista ajuizada por [REDACTED] em face de [REDACTED] e **parcialmente procedente** a reconvenção proposta, recorre ordinariamente o reclamante ([REDACTED]), pelas razões de ID 0e29174, insurgindo-se em relação aos seguintes tópicos: *a)* reconhecimento do vínculo empregatício e pagamento dos consectários legais; *b)* indenização por perdas e danos e *c)* indenização por danos materiais.

Contrarrazões sob ID d27116c.



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2^a REGIÃO**

É o relatório.

II - VOTO

1. Admissibilidade recursal

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **conheço** do recurso ordinário interposto.

2. Mérito

2.1. Do vínculo empregatício e consectários legais

Pugna o reclamante pela reforma da r. sentença que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício com a reclamada, na função de “gerente”, no período de 23.11.2015 a 21.7.2016. Alega, em síntese, que restou comprovada a presença de todos os elementos configuradores da relação empregatícia, à luz da legislação pertinente.

Ao exame.

Para a configuração do vínculo de emprego faz-se necessária a presença simultânea de seus elementos essencialmente caracterizadores, a saber, a personalidade, a onerosidade, a não-eventualidade e a subordinação jurídica (CLT, artigos 2º e 3º). Constatados tais parâmetros de forma concomitante, o reconhecimento do vínculo empregatício é medida que se impõe. De outro lado, a ausência de qualquer deles afasta tal possibilidade.

Tendo a reclamada reconhecido que fora beneficiária da mão de obra do reclamante (ID d0f8752), atraiu para si o ônus de provar que a pactuação levada a efeito não seria tipicamente empregatícia (artigos 818 da CLT e 373, II, do NCPC), encargo do qual se desvencilhou satisfatoriamente.

Com efeito, a ficha cadastral completa da JUCESP (ID e9bb094) demonstra que, do início formal das atividades até 9.6.2016, o recorrente figurou como sócio da ré. Além disso, em seu depoimento pessoal, o autor



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2^a REGIÃO

esclareceu que “saiu do contrato social, pois o Sr. [REDACTED] disse que o reclamante tinha alguns problemas no CPF e não podia continuar” (ID fc2e3ab – pág. 1), corroborando as alegações defensivas de que a retirada ocorreu apenas porque “quando a reclamada foi abrir uma conta no banco, o banco não aceitou o reclamante” (ID fc2e3ab - pág. 2), permanecendo na condição de sócio de fato.

Ademais, as testemunhas ouvidas em audiência, a rogo de ambas as partes, ampararam a tese da defesa acerca da qualidade de sócio do reclamante, mormente em razão de sua ampla autonomia e da ausência de efetiva subordinação. Veja-se, nesse aspecto, os seguintes trechos dos depoimentos colhidos, *verbis*:

“que trabalhou na reclamada do final de novembro de 2015 até junho/julho de 2016; que se desligou da reclamada no mesmo dia que o reclamante; (...) que, de inicio, a depoente tratou de salários e trabalho com o reclamante; (...) que nas reuniões era o reclamante quem ia falando quais cursos haveria e quando seriam implementados” (1^a testemunha arrolada pelo reclamante – ID fc2e3ab - págs. 2/3 – g.n.)

“que o reclamante era dono ou gerente da reclamada; que o reclamante se apresentou para o depoente como dono da reclamada; (...) que o depoente combinou o seu salário com o reclamante; que o depoente recebia pagamentos em dinheiro; que o depoente recebia pagamentos do reclamante; que seu horário foi estabelecido pelo reclamante; que nunca viu o Sr. [REDACTED] dando ordens no reclamante;” (testemunha arrolada pela reclamada – ID fc2e3ab - pág. 4 – g.n.)

Na mesma toada, os depoimentos contidos na prova emprestada juntada sob ID d34042f, prestados no bojo do processo nº 1001264-85.2016.5.02.0004, em trâmite perante a MM. 4^a Vara do Trabalho de São Paulo, *ad litteram*:

“(...) que foi contratado pelo Sr. [REDACTED] e acredita que é o dono ou diretor da empresa; (...) que não passou por nenhum



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2^a REGIÃO**

processo seletivo ou treinamento e [REDACTED] apenas informou que gostaria que o depoente fizesse divulgação da empresa e explicou a forma de abordagem; (...) que foi falar com [REDACTED] e apresentou as contas e não chegaram a um acerto e foi demitido" (depoimento do autor nos autos supracitados - ID d34042f - págs. 1/2 - g.n.)

"que foi contratada por [REDACTED]" (depoimento da testemunha do autor nos autos supracitados - ID d34042f - pág. 2 – g.n.)

Saliente-se que as declarações das testemunhas convidadas pelo recorrente de que "já viu nas reuniões, o Sr. [REDACTED] cobrando do reclamante organização dos cursos e o cronograma" (ID fc2e3ab - pág. 3) e que "já viu o Sr. [REDACTED] dando ordens no reclamante, alusivamente a um planejamento que deveria ser feito" (ID fc2e3ab - pág. 3) não evidenciam, *de per si*, a existência de subordinação jurídica, consubstanciando-se em meras cobranças ínsitas às relações societárias.

Destaque-se, ainda, que os *e-mails* juntados com a exordial (ID 50a822a a ID 2eb60e1) demonstram, em diversas ocasiões, a atuação do reclamante na qualidade de sócio, conforme se infere, exemplificativamente, da decisão tomada unilateralmente em ID 8927931 - pág. 1 ("Para o trabalho do [REDACTED], a camisa que deve ser impressa é assim" – g.n.), bem como do temor reverencial contido no e-mail de 8927931 - pág. 4, enviado pelo Sr. [REDACTED] ("Preciso de sua ajuda com a solicitação do arquivo do logo, e assim fazer o silk de maneira adequada. Grato.")

Veja-se, neste ponto, que a lista dos cargos e organograma hierárquico, elaborados pelo próprio reclamante (ID 9a21c09 - pág. 1), o colocam em mesmo nível de autoridade da Sra. [REDACTED], sócia majoritária da empresa (ID e9bb094).

Fosse pouco, as alegações do autor de que nada recebeu ao longo de toda a relação estabelecida (ID fc2e3ab - pág. 1) tornam ainda mais evidente a *affectio societatis*, demonstrando, à luz das regras de experiência



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2^a REGIÃO**

comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (artigo 375 do NCPC), que o autor efetivamente assumiu os riscos do empreendimento.

Depreende-se, pois, da análise dos elementos do conjunto probatório, a ausência do requisito da subordinação jurídica na prestação de serviços, sobretudo em razão da intenção inequívoca do autor e dos demais sócios de constituir sociedade, inviabilizando o reconhecimento do vínculo de emprego.

A esse respeito, os seguintes arrestos do C. TST, *ad litteram*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. (...) RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE EMPREGO. Na hipótese, não ficaram configurados nos autos os requisitos necessários à formação do vínculo empregatício, nos termos do art. 3º da CLT e, ainda, ficou evidenciada a affectio societatis a motivar a criação da pessoa jurídica pelos sócios e o autor, pelo que não há falar em reconhecimento do vínculo de emprego. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR - 45100-22.2004.5.05.0018, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 16/11/2016, 2^a Turma, Data de Publicação: DEJT 25/11/2016 – g.n.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. (...) VÍNCULO DE EMPREGO. O Regional, com base no conjunto probatório, concluiu não estarem configurados os requisitos da relação de emprego na medida em que a prova oral produzida deixou evidenciado que havia na verdade uma sociedade de fato entre o reclamante e a reclamada. Nesse contexto, ausentes os requisitos para o reconhecimento do vínculo de emprego, bem como não configurada a fraude trabalhista, ilesos os arts. 3º da CLT e 997 e 1.006 do CC. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (AIRR - 1204-63.2013.5.02.0351, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2^a REGIÃO**

de Julgamento: 07/03/2018, 8^a Turma, Data de Publicação: DEJT
09/03/2018 – g.n.)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 2º E 3º DA CLT. O Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto fático-probatório, manteve a decisão de origem que indeferiu o reconhecimento de vínculo empregatício, sob o fundamento de que "de vínculo de emprego não se tratava a relação havida entre as partes, uma vez que está evidente que a intenção do Autor era o de ser sócio do empreendimento, o que caracteriza a affectio societatis, elemento distintivo entre relação de emprego e empreendedorismo (...)". Consignou, ainda, que "cabia ao Autor desconstituir a validade do acordo de vontades, demonstrando que a sua condição de sócio teria sido suplantada pela relação de emprego, ônus do qual, a meu ver, não se desincumbiu". Ressaltou, por fim, "que o Autor se trata de trabalhador autônomo e que estabeleceu com a Ré um contrato de sociedade, ante a existência de verdadeira affectio societatis", e, ainda que os elementos de prova existentes nos autos sinalizam a prevalência da condição societária do demandante em detrimento da condição empregatícia. Desse modo, o exame da tese recursal, no sentido de que foram preenchidos os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, depende de nova análise do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado nesta instância recursal, nos termos da Súmula nº 126 do TST. Agravo conhecido e não provido." (AgR-AIRR - 557-31.2014.5.23.0066, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 21/03/2018, 7^a Turma, Data de Publicação: DEJT 23/03/2018 – g.n.)



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2^a REGIÃO

Remanesce irretocável, portanto, a r. decisão de origem que rejeitou os pleitos formulados pelo autor, devendo prevalecer por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nego provimento.

2.2. Da indenização por perdas e danos – reconvenção. Da indenização por danos materiais

Insurge-se o reclamante em face da r. sentença que o condenou ao pagamento de indenização por perdas e danos (R\$ 5.000,00 - ID 38939dc - pág. 6) em decorrência do descumprimento da obrigação de fazer postulada em reconvenção. Alega, em síntese, que não houve prejuízo à reclamada com a exclusão de sua página, eis que a empresa já havia criado outra em dezembro de 2016 (ID 0e29174 - pág. 15), de modo que incabível a reparação vergastada.

Pretende, ainda, a improcedência do pedido da reconvinte no tocante à indenização por danos materiais, no importe de R\$ 661,42 (ID 38939dc - pág. 7), aduzindo que impugnou o pleito, em contestação, especificadamente (ID 0e29174 - pág. 15), não sendo responsável pelos anúncios realizados.

Analisa-se.

Do exame dos autos, extrai-se que a reclamada, em sede de reconvenção (ID b5bfe25), pleiteou a condenação do autor à obrigação de fazer, consubstanciada no *"fornecimento das senhas de acesso à página do Facebook"* da empresa, sob pena de multa diária (ID b5bfe25 - pág. 3).

Na oportunidade, alegou que o autor, após a sua saída, permaneceu na qualidade de administrador, inviabilizando a utilização da ferramenta da reclamada e causando-lhe diversos prejuízos, inclusive decorrentes da cobrança de anúncios pagos, no importe de R\$ 661,42.

O MM. Juízo *a quo*, com base da prova documental produzida pelas partes, deferiu a tutela de urgência, determinando que o recorrente procedesse à "entrega das senhas de acesso para a mudança de administrador da



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2^a REGIÃO

página do Facebook da Reconvinte, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), juntando recibo de entrega aos autos, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais), em favor da Reconvinte/reclamada" (ID 7e97b95 – g.n.).

Deveras, restou incontroverso que o autor se desvinculou da reclamada em 21.7.2016, nos termos delineados na própria petição inicial (ID f7035e0 - pág. 3), de modo que não lhe cabia mais permanecer na condição de administrador da rede social da empresa, importante meio de divulgação e de contato com os clientes.

Nada obstante, o reclamante, em manifesto descumprimento ao comando jurisdicional, noticiou em manifestação de ID 30c398c que “excluiu a página da reclamada”, ao argumento de que ela se encontrava vinculada ao seu perfil pessoal.

Pois bem. Dispõe o artigo 499 do NCPC, *in verbis*:

“Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”

Dessa forma, em se tratando de obrigação de fazer infungível e constatada a impossibilidade material de cumprimento por culpa exclusiva do autor, impõe-se a conversão em perdas e danos, reputando-se razoável o valor arbitrado pelo MM. Juízo de origem (R\$ 5.000,00 - ID 38939dc - pág. 7). Exegese dos artigos 186, 187, 247, 248, 927 e 944 do Código Civil.

A tese recursal de que a exclusão foi perpetrada em virtude de a página encontrar-se vinculada ao perfil pessoal do reclamante não é idônea a amparar o notório descumprimento, tendo em vista que tal conjuntura não obsta a alteração do administrador, postulada em reconvenção.

No mais, o simples fato de a reclamada ver-se compelida a criar nova página em dezembro de 2016 (ID 348b2a0), ante o não fornecimento das senhas pelo autor, não lhe retira o interesse em pretender a administração da



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2^a REGIÃO**

página primeva, a qual, indubitavelmente, contém maior número de seguidores e clientes vinculados. Mantém-se, no aspecto.

Por outro lado, em relação à indenização por danos materiais, decorrente dos anúncios na rede social, o recorrente impugnou, em defesa à reconvenção, as alegações da reclamada (ID 8805638 - pág. 7), de modo que incumbia à reconvinte a prova dos fatos constitutivos de seu direito, a teor dos artigos 818 da CLT e 373, I, do NCPC.

Todavia, de tal encargo não se desvencilhou a contento, porquanto o documento de ID 8c6fe4e, em que se baseia o pedido, sequer especifica a data e os anúncios que deram origem ao saldo devedor de R\$ 661,42, revelando-se inviável imputar ao reclamante a responsabilidade pelo débito.

É certo que a responsabilidade civil pressupõe a existência concomitante do dano, da conduta do agente, do nexo de causalidade entre a conduta e o dano e, ainda, a culpa do ofensor (artigos 186, 187, 927 e 944 do Código Civil c/c artigo 223-A e seguintes da CLT). Na hipótese, referidos requisitos não restaram robustamente comprovados no particular, pelo que se impõe a reforma da r. decisão de origem.

Destarte, **dou parcial provimento** ao apelo do reclamante tão somente para excluir da condenação que lhe foi imposta o pagamento de indenização por danos materiais no importe de R\$ 661,42. Mantida a r. decisão de origem no tocante à indenização por perdas e danos.

III – D I S P O S I T I V O

ANTE O EXPOSTO,

ACORDAM os Magistrados da 8^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2^a Região em **CONHECER** do recurso ordinário interposto e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para excluir da condenação imposta ao autor o pagamento de indenização por danos materiais no importe



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2^a REGIÃO

de R\$ 661,42. Mantém-se, nos demais aspectos, a r. sentença revisanda, tudo nos termos da fundamentação do voto do Relator.

Custas da reconvenção, pelo recorrente, no importe de R\$ 100,00, calculadas sobre o valor da condenação, ora rearbitrada em R\$ 5.000,00, de cujo recolhimento é declarado isento, ante o deferimento dos benefícios da justiça gratuita (ID 38939dc - pág. 2).

MARCOS CÉSAR AMADOR ALVES
Desembargador Federal do Trabalho
Relator

GMCAA/MS/HPM – 9.4.2018