



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO
2^a VARA DO TRABALHO DE ITAQUAQUECETUBA
ATSum 1000383-25.2020.5.02.0342
RECLAMANTE: -----
RECLAMADO: -----
E OUTROS (3)

Aos oito dias do mês de abril do ano dois mil e vinte e um,
foi analisada a presente reclamação trabalhista na qual são partes -----, reclamante, -----, primeira reclamada,
-----, segunda reclamada e -----, terceira reclamada.

Observadas as formalidades de praxe, foi prolatada a
seguinte decisão.

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Dispensado conforme autoriza art. 852-I da CLT, introduzido
pela Lei 9.957/2000.

II- FUNDAMENTAÇÃO

1 - Da Justiça gratuita

O autor recebia salário de valor inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, portanto entendo que faz jus ao benefício da Justiça Gratuita.

O reclamante juntou declaração de pobreza, devendo ser destacado que a declaração de hipossuficiência de pessoal natural se presume verdadeira, dado o que preceitua o §3º, do artigo 99, do CPC e o item I, da Súmula nº 463, do C. TST.

Assim, concedo a ele o benefício da justiça gratuita.

2 – Impugnação aos valores indicados pelo autor

Rejeito a impugnação da reclamada atinente aos valores das pretensões apresentadas pelo autor em sua peça vestibular, tendo em vista a inexistência de qualquer prejuízo de ordem processual, nos termos do artigo 794 da CLT.

E mais, os valores indicados na inicial são meras estimativas. Nenhum prejuízo é suportado pela reclamada.

3 – Da impugnação de documentos

A 3^a reclamada impugna de forma genérica os documentos juntados pelo autor.

O valor dos documentos será avaliado de acordo com o conjunto probatório.

Rejeito.

4 - Da ilegitimidade passiva

Inicialmente, cumpre esclarecer que não cabe à primeira ré pleitear o reconhecimento da ilegitimidade das outras demandadas.

Por outro lado, saliento que não devemos confundir relação jurídica material com relação jurídica processual. Nesta última a simples indicação pelo credor de que o reclamado é devedor do direito material já é suficiente para legitimá-lo a responder a ação, pelo fato de haver pertinência subjetiva.

No meu entender está legitimado passivamente aquele em face de quem se sustenta a obrigação de cumprir uma pretensão decorrente de uma violação de um direito material.

Sendo as rés as pessoas jurídicas apontadas como devedoras ou responsáveis em relação aos títulos apontados na inicial, em decorrência da relação jurídica material que descreve, isso basta para legitimá-las a figurarem no polo passivo da relação jurídica processual, pois há pertinência subjetiva.

Se são efetivamente devedoras ou não, isto constitui matéria de mérito e com ele será apreciada.

Superada está a preliminar de ilegitimidade passiva.

5 – Das comissões

O reclamante alega ter recebido comissões, pleiteando a sua integração.

Afirma também que a primeira reclamada deixou de quitar as verbas em sua totalidade, sendo ele credor de diferenças.

A 1^a ré resiste afirmando que o autor recebia premiação e não comissões, que os valores não eram fixos e que nada ficou devendo ao reclamante a tal título.

Pois bem.

A atual redação do art. 457, § 1º, da CLT fixa a regra de que integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

Constituía ônus da reclamada demonstrar as condições de recebimento da parcela variável e seu efetivo pagamento, segundo a regra da aptidão para a prova.

Constata-se que em contestação a 1^a ré confirmou que realizava o pagamento de parcelas variáveis, obedecendo a regra de atingimento de ao menos 80% da meta nos 3 (três) produtos comercializados: pré-pago, recarga e controle. Assim, a verba paga tem nítida natureza de comissão.

A 1^a reclamada afirmou também existir relatório de vendas validadas, sobre as quais mensalmente o supervisor informava o reclamante.

No entanto, referidos documentos não foram juntados aos autos.

É de importância salientar que as planilhas referidas pela 1^a reclamada não são válidas como meio de prova, já que apresentadas via aplicativo não oficial (Google Drive), não constando dos autos ou acervo virtual PJe.

A testemunha da ré declarou em audiência que o acesso às planilhas de vendas validadas se dava somente por intermédio dos supervisores. A não apresentação dos documentos pela reclamada pelo meio regular nos autos enfraquece a sua tese.

Desta forma, não tenho a reclamada se desincumbido do ônus probatório, reputo verdadeiras as alegações formuladas na petição inicial, seja no tocante às comissões que não foram devidamente pagas nos meses especificados, seja com relação à natureza das verbas que eram pagas e aos valores indicados pelo autor.

Isso posto, julgo procedente o pedido para condenar a 1^a reclamada ao pagamento da integração de comissões de valor mensal de R\$ 1.000,00, em DSR, férias + 1/3, 13º salário e FGTS. Não há incidência em multa de 40% pois a rescisão deu-se a pedido do autor.

Julgo procedente ainda o pedido de pagamento das comissões

dos meses de fevereiro e março de 2020, observado o valor médio de R\$ 1.000,00 por mês, com reflexos em DSR, férias + 1/3, 13º salário e FGTS.

Observo que não há como acolher os valores indicados no tópico 6 da inicial, uma vez que contradizem o quanto alegado no tópico 5, de que a média mensal das comissões era de R\$ 1000,00.

6 – Da jornada de trabalho

A 1ª reclamada afirma que o reclamante exercia atividade externa e por isso não havia controle de jornada.

O dispositivo legal fixa que as atividades externas incompatíveis com a fixação de horário de trabalho é que estão excluídas do regime de controle.
Não é o caso do autor.

Nos autos há elementos vários a indicarem a utilização, por parte da 1ª ré, de ferramentas de avaliação e controle das vendas. Conclui-se que o trabalho do reclamante está longe de se enquadrar entre aqueles incompatíveis com a administração da jornada.

Competia à 1ª ré trazer aos autos o controle de ponto do autor. Não tendo se desincumbido do ônus, presume-se verdadeira a jornada de trabalho indicada na petição inicial.

Sendo assim, a jornada de trabalho do demandante é fixada como sendo de segunda a sábado, das 11h00 às 21h00, com 1 hora de intervalo.

Sendo o reclamante comissionista misto, aplica-se o entendimento da Orientação Jurisprudencial nº 397 da SDI-1 do C.TST, de modo que em relação à parte fixa são devidas horas extras, consideradas as que excederem a 8ª hora diária e a 44ª hora semanal, com adicional de 50%, e em relação à parte variável somente é devido o adicional de 50%, tudo com reflexos em DSR, férias com 1/3, 13º salários e FGTS.

Não há incidência em aviso prévio e multa de 40% pois a rescisão deu-se a pedido do reclamante.

Base de cálculo nos termos da Súmula 264 do TST, incluindo todas as parcelas salariais. Divisor: 220.

7 – Da indenização por danos morais

O autor fundamenta o seu pedido de indenização por danos morais nas violações decorrentes de alegado assédio moral que sofreu.

Afirma que a gerente, Sra. ----, ameaçava de demissão os vendedores, entre eles o reclamante.

Assim afirmou a testemunha da 1^a reclamada, Sr. ----, em seu depoimento: “(...) que o depoente reconhece as mensagens do ID ----, página 3, como sendo as mensagens do grupo; que não se lembra das mensagens da página 12 do ID ----, mas reconhece que são do grupo”.

Nos referidos documentos, correspondentes a reproduções de conversas da gerente Sra. ---- sua equipe, há frases como (fl. 28): “E garanto pra vcs, que pessoas que nao estão batendo meta, nao vai ficar”. E “Eu nao sou mãe de ninguém aqui pra fica passando a mão na cabeça!”(sic). Outra: “Ou vende ou ta fora!” (sic).

Já à fl. 37 encontram-se reproduzidos os seguintes dizeres: “Acho que ninguém aqui, que ser promovido a cliente”.

Pois bem.

O reclamante bem demonstrou que era prática de sua chefia promover atos de ameaça de demissão com vistas a extrair da sua equipe os resultados empresariais.

Tal conduta não pode ser elencada entre aquelas regulares, típicas da direção do trabalho.

A prática de incutir medo em seus subordinados a fim de que alcancem suas metas configura elemento de assédio moral e não pode ser acolhida como normal no ambiente de trabalho.

Assim, conclui-se que o reclamante desincumbiu-se do ônus de provar a ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho consistente em reiteradas ameaças ostensivas de demissão.

Isso posto, reconheço a existência de danos morais por assédio moral e condeno a 1^a reclamada a pagar ao autor indenização por danos morais no montante de R\$ 2.400,00, tendo em vista que a ofensa é de natureza leve.

8 – Da responsabilidade subsidiária/solidári

Quanto ao pedido de responsabilidade solidária da 3^a reclamada não assiste ao reclamante.

A alegação de que recebia ordens do gerente da terceira ré não tem, na atual configuração acerca da terceirização, o condão de gerar a responsabilização solidária da tomadora

Não há, por parte do autor, pleito para reconhecimento de vínculo de empregado com a 3^a reclamada, o que demandaria análise mais aprofundada acerca do quadro fático que envolveu a subordinação.

Ainda, as atividades alegadas são totalmente desconectadas da função do autor e sequer houve pedido de diferenças por desvio ou acumulo de função.

Concluindo, o alegado fato de gerente da 3^a ré ter expedido ordens ao obreiro, de modo a lhe dirigir atividades que, em tese, estariam afeitas aos seus próprios empregados, não enseja a responsabilização solidária.

Improcede o pedido de responsabilização solidária da 3^a ré.

Não obstante, incontrovertido que o autor trabalhou vendendo produtos da 2^a reclamada em ambiente da terceira reclamada.

Assim afirmou a testemunha da 1^a reclamada acerca da presença de empregado da 2^a reclamada em grupo de aplicativo de conversas: “(..) que foram o gerente de contas da Claro e a supervisora que formaram grupo; que o gerente de contas era empregado da Claro; (...”).

Assim, a 2^a reclamada contratou os serviços da 1^a ré e supervisionava a sua prestação.

Evidente está, portanto, que a 2^a ré se beneficiou indiretamente da força de trabalho do empregado e, da mesma forma, mesmo não havendo formal contrato entre 1^a e 3^a reclamadas, inegável que também a 3^a ré se beneficiou da prestação de serviços do autor.

A prestação de serviços sempre se deu para a 2^a reclamada, com benefício também da 3^a ré, conforme demonstra o conjunto probatório.

A Constituição da República privilegiou os valores sociais do trabalho elegendo-os como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º). Há previsão na Magna Carta, ainda, de que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho (artigo 170) e a ordem social tem como base o primado do trabalho (artigo 193), o que exclui qualquer violação aos princípios constitucionais.

A terceirização, que motivou a existência desta modalidade de relação jurídica encontrada nestes autos, já ensejou, durante algum tempo, grandes controvérsias. Hoje, entretanto, não há mais discussões tendo em vista que o entendimento das Cortes Trabalhistas já foi firmado em torno da Súmula nº 331, do C. TST que, entre outras coisas, em suma, dispõe que não há que se falar

em formação do vínculo empregatício com o tomador de serviço, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação.

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, entretanto, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial, não necessitando que se verifique culpa in eligendo ou in vigilando, conforme se extrai do entendimento sedimentado na Súmula nº 331 do C. TST.

Logo, reconheço a responsabilidade subsidiária da 2^a e 3^a reclamadas, que envolve todos os títulos cobrados pelo autor reconhecidos em sentença, nascidos da relação de emprego por ele mantida com a 1^a ré, uma vez que se trata de direitos oriundos de contrato de trabalho originado em razão da relação contratual que existiu entre as reclamadas, observado o período de prestação de serviços.

Destaco que se trata de reconhecimento de responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula nº 331 do C. TST, de modo que abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, nos termos do item VI do enunciado, não importando se direitos decorrentes de lei ou de norma coletiva.

Quanto ao benefício de ordem, a posição do tomador dos serviços é equiparável à do fiador, invocando-se em face da inexistência de norma expressa na CLT, o contido nos artigos 827 e seguintes do CC, pelos quais o benefício de ordem decorre da natureza normalmente subsidiária ou complementar da responsabilidade do fiador, desaparecendo este benefício se o fiador renunciou expressamente ao benefício, se o mesmo se obrigou como principal pagador ou devedor solidário, ou ainda e principalmente, sendo o afiançado pessoa insolvente ou falida (art. 828, CC).

Ora, se o benefício de ordem não subsiste diante da falência da pessoa jurídica, com muito maior razão, não se justifica a desconsideração da pessoa jurídica da prestadora dos serviços.

Neste sentido colaciono ementas de julgados recentes do C. TST:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ORDEM DE CONSTRIÇÃO DE BENS. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que, em fase de execução, a devedora principal, seus sócios e a responsável subsidiária estão no mesmo nível de responsabilidade, sem ordem de preferência para a execução, sendo suficiente, portanto, para o redirecionamento da execução ao devedor subsidiário, o inadimplemento da obrigação por parte do devedor principal. Agravo de instrumento conhecido e não provido " (AIRR-633-53.2014.5.02.0482, 8^a Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 30/05/2019).

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA SEGUNDA RECLAMADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. BENEFÍCIO DE ORDEM . Consoante entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior, o benefício de ordem, na hipótese de responsabilização subsidiária, não enseja a necessidade de, frustrada a execução contra a fornecedora de mão de obra, desconsiderar-se a personalidade jurídica desta última para direcionar a execução contra os sócios, para só então executar o devedor subsidiário. Incidência do art. 896, § 7º, da CLT, ante a consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte Superior. Recurso de revista de que não se conhece.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA ADESIVO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA PRINCIPAL. Não conhecido o recurso de revista principal, não se conhece do agravo de instrumento que objetiva destrancar recurso de revista adesivo, nos termos do art. 500, III, do CPC/1973, vigente à época da interposição recursal. Agravo de instrumento de que não se conhece" (ARR-712-23.2012.5.09.0671, 1ª Turma, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, DEJT 28/02/2019).

9 – Dos honorários advocatícios

Tendo sido a presente ação ajuizada quando já vigente a Reforma Trabalhista e ante os termos do artigo 791-A, da CLT, se mostra possível o deferimento dos honorários advocatícios sucumbenciais.

No caso houve sucumbência total das reclamadas.

Sobre os valores devidos ao autor as reclamadas assumem os honorários advocatícios em favor dos patronos do autor. Fixo que esses honorários correspondem a 5%, tendo em vista que a atuação profissional dos patronos, que envolveu apresentação da petição inicial e participação em audiência em que houve produção de prova de não alta complexidade, considerando, ainda, o lugar em que seu serviço foi prestado, Município de Itaquaquecetuba, que é de fácil acesso, observando que o objeto da ação não tem nível de dificuldade elevado e, ainda, tendo em mira que a presente ação tramitou rapidamente.

10 – Juros e atualização monetária

As parcelas deferidas serão corrigidas a partir do vencimento da obrigação, nos termos do artigo 459, § primeiro, da CLT e da Súmula 381 do TST, inclusive os valores relativos ao FGTS (OJ SBDI-I TST número 302). Sobre os valores apurados em liquidação de sentença, incidem juros de mora na forma do art. 883 da CLT sobre o valor atualizado da condenação (S.200, TST), observando-se os índices do mês subsequente ao da prestação de serviços, a contar do primeiro dia (S. 381, TST).

Tendo em vista o decidido na ADC nº 59, em que o Ministro Gilmar Mendes determinou liminarmente a suspensão do julgamento de todos os processos em curso no âmbito da Justiça do Trabalho

que envolvam a aplicação dos artigos 879, §7º e 899, §4º, da CLT, para que não haja prejuízo à celeridade processual o tema relativo à atualização monetária será decidido na fase de liquidação, de acordo com a lei e jurisprudência vigentes na época. Saliento aqui que não se trata de negativa de prestação jurisdicional, especialmente porque o tema é afeto à fase de liquidação.

12 – IRPF e recolhimentos previdenciários

O imposto de renda, caso devido pelo autor, deverá ser recolhido e comprovado pela reclamada, depois de apurado discriminadamente, atentando-se que deve incidir sobre o crédito, de uma só vez, na data em que o importe se tornar disponível, na forma do regramento legal aplicável na ocasião.

Comprovará também o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, incidentes mês a mês, observado o limite máximo do salário de contribuição, podendo reter as importâncias relativas às contribuições devidas pelo reclamante, sob pena de execução direta pela quantia equivalente, não incidindo contribuições previdenciárias sobre indenização por danos morais.

13 – Da compensação/dedução

Com escopo de evitar-se em enriquecimento sem causa do autor, autorizo a dedução/compensação dos valores comprovadamente pagos a idêntico título e fundamento, nos termos da OJ 415 da SDI-I do C. TST.

14 – Da expedição de ofícios

Entre os atos praticados pelo empregador não se vislumbra algum que motive a expedição de ofícios aos órgãos de fiscalização do trabalho.

III – DISPOSITIVO

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados nesta reclamação trabalhista por ----- em face de. ----- e -----, para o fim de:

I – condenar a 1^a reclamada, com responsabilidade subsidiária da 2^a e 3^a reclamadas a pagar ao reclamante as seguintes parcelas:

- horas extras em relação à parte fixa do salário, com adicional de 50%, e somente o adicional de 50% em relação à parte variável, tudo com reflexos em DSR, férias com 1/3, 13º salários e FGTS;

- comissões dos meses de fevereiro e março de 2020, com reflexos em DSR, férias + 1/3, 13º salário e FGTS;

- integração do valor de comissões pagas em DSR, férias + 1/3, 13º salário e FGTS;

- indenização por danos morais (R\$ 2.400,00).

Conforme fundamentação supra, parte integrante deste dispositivo, como se aqui estivesse literalmente transcrita.

Os valores serão apurados em regular liquidação de sentença, observados os parâmetros da fundamentação.

Defiro ao reclamante o benefício da justiça gratuita.

São devidos honorários sucumbenciais aos patronos do reclamante, nos termos da fundamentação supra.

O IRRF e as contribuições previdenciárias devem ser recolhidos e comprovados pelas reclamadas, na forma da fundamentação.

Custas pelas reclamadas no importe de R\$ 320,00, calculadas sobre o valor atribuído provisoriamente à condenação de R\$ 16.000,00.

Atentem as partes para as previsões contidas nos artigos 79, 80, 81 1.022 e 1.026, §2º, todos do CPC, não cabendo embargos de declaração para rever fatos, provas ou a própria decisão ou, simplesmente, contestar o que já foi decidido. O inconformismo das partes com esta decisão ser arguido em recurso ordinário.

Intimem-se as partes.

Cumpra-se.

ITAQUAQUECETUBA/SP, 08 de abril de 2021.

RENATO DE OLIVEIRA LUZ
Juiz(a) do Trabalho Substituto(a)