



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região

Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0000846-49.2020.5.23.0002

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 04/12/2020

Valor da causa: R\$ 97.749,57

Partes:

RECLAMANTE: CLAUDECIR DE BRITO BARBOSA

ADVOGADO: Vagner Spiguel Junior

RECLAMADO: SIS MOTO ENTREGAS EXPRESS SERVICOS - EIRELI

ADVOGADO: RODRIGO DE OLIVEIRA LOUZADA

RECLAMADO: IFOOD.COM AGENCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A.

ADVOGADO: ADRIANO JOAO BOLDORI



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
PJE - PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO - 23ª REGIÃO
2ª VARA DO TRABALHO DE CUIABÁ
ATOrd 0000846-49.2020.5.23.0002
RECLAMANTE: CLAUDECIR DE BRITO BARBOSA
RECLAMADO: SIS MOTO ENTREGAS EXPRESS SERVICOS - EIRELI E OUTROS
(2)

SENTENÇA RESOLUTIVA DE MÉRITO

Analisando todos os elementos probatórios constantes dos autos, por este Juízo foi proferida a seguinte sentença:

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação trabalhista, submetida ao Rito Ordinário, ajuizada em 04.12.2020 por **CLAUDECIR DE BRITO BARBOSA** em face de **1. SIS MOTO ENTREGAS SERVIÇOS EIRELI-ME e 2. IFOOD.COM AGÊNCIA DE RESTAURANTES ONLINE S. A.**, todos, devidamente qualificados nos autos.

Na inicial, aduziu a parte Autora que foi contratada em 13.03.2020 pela primeira ré, para exercer a atividade de motoboy, com remuneração de R\$-4.000,00 e extinção do contrato em 12.112020.

Apontou que o contrato não foi registrado em CTPS, razão pela qual pugnou pelo reconhecimento de vínculo empregatício, pagamento das verbas rescisórias e contratuais, nos termos do rol de pedidos em Id. 2b5e227 - Pág. 10-12, dentre outras obrigações. Com esteio nos fatos e fundamentos jurídicos articulados na exordial, pugnou pelo deferimento dos pedidos formulados na petição inicial. Requereu os benefícios da gratuidade da justiça. Juntou procuração e documentos. Atribuiu à causa o valor de R\$-97.749,57.

Foi deferido o pedido de tutela provisória para assegurar que a primeira ré liberasse a conta do autor para possibilitar o cadastro e trabalho em benefício da segunda reclamada. A medida foi cumprida, conforme Id. 9bb71ac.

A primeira ré apresentou contestação, bem como a segunda reclamada, alegando preliminares de mérito, com contestação dos pedidos, e, por fim,

requerendo pela improcedência dos pedidos. Anexaram documentos com suas respectivas defesas.

A parte autora manifestou-se acerca das contestações e documentos.

Na audiência, foram colhidos os depoimentos pessoais das partes, bem como inquirida as testemunhas apresentadas. Sem mais provas a produzir, encerrou-se a instrução.

Razões finais por memoriais pelo autor (Id. 9fb5dcc), primeira ré (Id. ee02529) e segunda ré (Id. b6a1c06).

Recusada a última tentativa conciliatória.

Em síntese, o relatório.

Decido:

2. FUNDAMENTAÇÃO

DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DA LEI N. 13.467/2017

O contrato de trabalho noticiado nos autos foi firmado após início da vigência da Lei n. 13.467/2017, em 11.11.2017, de forma que as alterações introduzidas na CLT têm ampla incidência nos direitos pleiteados.

PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE PASSIVA

A segunda reclamada arguiu ser parte ilegítima, já que “não contratou o Reclamante, não se beneficiou de seus serviços, nunca lhe dirigiu comandos ou realizou qualquer pagamento em seu favor, desconhecendo por completo a pessoa do Reclamante”.

O art. 17 do CPC/2015 prevê que "para postular em juízo é necessário interesse e legitimidade" e, acaso esteja ausente, leva ao indeferimento da inicial (art. 330, II e III c/c o artigo 485, VI do mesmo Diploma), cuja condição ou pressuposto, de acordo com a doutrina que se adote, há que ser enfrentada como preliminares de mérito, a teor do que dispõe o art. 337, XI, do CPC.

No caso em tela, a reclamada está no polo passivo da demanda por força da assertiva de ter a parte autora prestado serviço em benefício dela, razão pela qual, com base na teoria da asserção, tem-se como evidenciada a legitimidade de parte, mormente por ter aduzido ser titular de várias pretensões juridicamente protegidas, o que é corroborado com o regular exercício do contraditório pelas vindicadas (pretensão resistida).

Por essas razões, denoto que, com base na exordial, estão presentes os requisitos da legitimidade e interesse processual, ressaltando que as questões relativas à responsabilidade subsidiária e à existência de vínculo de emprego pertencem ao mérito da causa e, com ele, serão decididas, não havendo, portanto, que se falar em ilegitimidade de parte, muito menos em impossibilidade jurídica do pedido de responsabilização da tomadora de serviço.

Rejeito, pois.

MÉRITO

VÍNCULO DE EMPREGO

O autor pleiteou o reconhecimento de vínculo de emprego com a primeira ré, ao argumento de ter trabalhado em subordinação, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade. Pontuou a existência de relação empregatícia de 13.03.2020 a 12.11.2020, na função de motoboy, com remuneração de R\$-4.000,00.

A primeira ré negou o vínculo de emprego e defendeu a existência de trabalho autônomo pelo reclamante, pois não havia subordinação, controle de jornada, nem pagamento de salário.

À análise.

O vínculo de emprego é caracterizado pela simultaneidade dos elementos do contrato dispostos nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam, a realização de trabalho por pessoa física com pessoalidade, subordinação, onerosidade, habitualidade e alteridade (assunção de riscos pelo empregador). A ausência de qualquer um desses elementos afasta de vez a natureza jurídica de relação de emprego, o que vale dizer, devem estar presentes todos esses requisitos, cumulativamente.

No que se refere à distribuição do ônus da prova (art. 818, I e II, da CLT), a jurisprudência deste Regional, afinada à do TST, tem o entendimento corrente de que, tendo a empresa reclamada afirmado que a relação se restringia à

prestação de serviço como autônomo, sem a formação de vínculo de emprego, a ela incumbe o ônus de demonstrar a existência do fato impeditivo do direito do autor (ausência de relação empregatícia), uma vez que o vínculo de emprego é fato presumido. Em destaque:

VÍNCULO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA.

Quanto ao ônus de prova, em se tratando de pedido de reconhecimento de vínculo de emprego, e tendo a reclamada reconhecido a prestação de serviços, embora decorrente de contrato celebrado com a pessoa jurídica de responsabilidade do reclamante, a ela incumbia o ônus de provar o fato impeditivo alegado (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC). Analisando o conjunto probatório dos autos, entendo que a 1.ª reclamada não logrou demonstrar a inexistência do vínculo de emprego, considerando que sequer trouxe provas testemunhais que pudessem relatar a dinâmica de trabalho exercida pela reclamante, de forma a aferir a veracidade da sua tese defensiva, cingindo-se a acostar aos autos documentos relativos à contratação formal da empresa sob responsabilidade da reclamante e seus pagamentos. Sentença mantida. Recurso não provido. (TRT da 23.ª Região; Processo: 0001077-10.2016.5.23.0037; Data: 25/05/2018; Órgão Julgador: 2ª Turma-PJe; Relator: JOAO CARLOS RIBEIRO DE SOUZA)

VÍNCULO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. O

ônus da prova, sabidamente, pertence a quem alega o fato. No que diz respeito à relação de emprego, havendo comprovação da prestação de serviços do autor em favor do réu, a jurisprudência tem entendimento firmado de que se presume o vínculo de emprego, invertendo-se o ônus da prova acerca da caracterização de relação de trabalho de natureza diversa. (TRT da 23.ª Região; Processo: 0000272-41.2017.5.23.0031; Data: 24/05/2018; Órgão Julgador: 2ª Turma-PJe; Relator: ROBERTO BENATAR).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/17. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 126/TST. O fenômeno sociojurídico da relação empregatícia emerge quando reunidos os seus cinco elementos fático-jurídicos constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação. Verificada a reunião de tais elementos, como

na hipótese dos autos, caracteriza-se a relação de emprego. Na hipótese, a Recorrente, ao contestar o pleito de reconhecimento do vínculo de emprego, admitiu a prestação de serviços pela Reclamante, negando, contudo, a natureza empregatícia da relação. Ora, ao fazê-lo, atraiu para si o ônus de comprovar o alegado fato impeditivo do direito postulado, encargo do qual não se desincumbiu a contento. Nesse sentido, consta do acórdão regional que as informações prestadas pela testemunha indicada pela própria Ré confirmaram a tese sustentada na petição inicial, de que a Obreira prestou serviços à Reclamada na condição de empregada, reunindo todos os requisitos legais necessários para tal. Desse modo, afirmando o acórdão regional a presença dos elementos da relação de emprego, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas de Juízo rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 10826-26.2014.5.01.0266 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29/05/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/06/2018)

Nesses termos, competia à primeira ré demonstrar que a relação com o reclamante não era decorrente de vínculo de emprego, mas mera prestação de serviço, com autonomia do autor.

-

No caso dos autos, é importante destacar que se evidencia novas peculiaridades na maneira em que o trabalho está organizado. Isso porque os tradicionais elementos da relação de emprego são desafiados pela ingerência tecnológica e ausência de regulamento específico para essa nova classe de trabalhadores que se constituíram com a modernidade, ou a denominada "Indústria 4.0".

A situação tem gerado divergências na jurisprudência dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior do Trabalho, ora reconhecendo o vínculo de emprego, ora entendendo pela caracterização de trabalho autônomo, discutindo-se ainda a terceirização de serviço e a responsabilidade jurídica das demais empresas envolvidas.

Nada obstante, diante da novidade temática e controvérsias sobre o tema, a questão nos autos será apreciada pela ótica do Princípio da primazia

da realidade sobre a forma (análise das questões fáticas), com o cuidado sobre os elementos do contrato, condições para se afastar ou não a existência de vínculo empregatício.

Nesse contexto da complexa relação contemporânea de trabalho, instrumentalizada pelas plataformas digitais, mister se faz analisar as questões controvertidas à luz dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da força normativa dos princípios, bem como da livre iniciativa, de forma a garantir o mínimo existencial, resolvendo as antinomias com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Com base no ordenamento jurídico juslaboral cito o § único, do artigo 6º, da CLT, o qual, ao tratar da subordinação jurídica, preceitua que (...) *“Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011)”*.

Partindo da norma celetista supracitada, perfilho do entendimento de ser plenamente possível reconhecer a subordinação “por algoritmo ou virtual”, decorrente dessas novas relações de trabalho operacionalizada pelas referidas tecnologias.

Pois bem.

A personalidade exigida na relação de emprego se configura na infungibilidade do empregado, ou seja, a sua presença é indispensável para a execução do serviço, não podendo ser substituído por outra pessoa de sua indicação. A relação jurídica é, portanto, “intuitu personae”.

A prova testemunhal comprova que o autor não poderia se fazer substituir na execução do serviço, com a afirmação expressa da testemunha de indicação patronal (a partir do tempo 1h36min15) de que o autor não poderia colocar outra pessoa para realizar o serviço de entrega com uso de sua conta pessoal.

Presente, portanto, a personalidade do autor.

A onerosidade, como elemento do contrato, é a contraprestação pecuniária recebida pelo trabalhador para a execução de seu serviço.

Nos autos, o depoimento da preposta da primeira ré (tempo 32h55) deixa claro que o pagamento era repassado pela empresa pelos serviços prestados pelo autor.

Além disso, confessa que os empregados possuíam um valor base de recebimento por turno trabalhado, como forma de assegurar um ganho mínimo ao entregador, ainda que não houvesse pedidos a serem entregues, verba essa chamada de “garantido”, paga como suporte financeiro, cujo reconhecimento pelos empregados foi confirmado também pela testemunha nos autos (tempo 1h36min15). Isso confirma que a primeira ré pagava pelo tempo de espera/disponibilidade do entregador a seu serviço.

Para a **não eventualidade**, esclarece Maurício G. Delgado que, “para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico” (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 341).

O autor dos autos comprovou a prestação de serviço no período de 13.03.2020 a 12.11.2020, com alegação de trabalho diário em três turnos, fato não controvertido pela primeira ré e, embora questionado pela segunda reclamada, esta não produziu provas do alegado.

De mais a mais, a prova oral demonstrou que, uma vez realizada a entrada no sistema eletrônico das reclamadas, isto é, após o ‘log in’, o empregado era obrigado a permanecer durante todo o turno de trabalho, sob consequência de ser penalizado pela primeira ré, isto é, não ser escalado para trabalho nos dias seguintes. O fato foi confirmado pela testemunha de indicação obreira, Sr. Gustavo da Silva Lemes da Costa, a partir do tempo 1h01min31.

Portanto, confirmado o trabalho não eventual.

Por fim, sob o aspecto da **subordinação**, os elementos nos autos conduzem ao entendimento de que não havia autonomia do autor na execução do serviço. É o que se infere, conforme acima explanado, do depoimento do Sr. Gustavo da Silva Lemes da Costa (tempo 1h01min31).

Ao explicar a dinâmica do trabalho, a testemunha pontuou que o empregado, após entrada no sistema (logado no aplicativo), não poderia rejeitar as ofertas de entrega de mercadoria, nem sair do sistema (ficar ‘off line’), devendo cumprir integralmente o turno de trabalho relacionado. Também deixou claro que não poderia trabalhar com outros aplicativos de entrega. Caso houve descumprimentos dessas regras, o entregador sofria penalidades, com afastamento por dois dias, sem poder trabalhar.

Outrossim, a evidência da subordinação se aflora quando o autor precisou se desligar da primeira reclamada, para ajustar seu trabalho direto com

a segunda ré, e ficou suspenso por 90 dias sem exercer atividade, já que a primeira reclamada não liberava o cadastro do autor, conforme prova em Id. 6e7655c. Ou seja, se o empregado não tem a liberdade de escolha para quem exercer sua atividade, não há que se falar em autonomia do trabalhador.

Não passa despercebido por este Juízo que a testemunha ouvida de indicação da parte ré (Tayane Pereira de Araújo) afirmou a inexistência de penalidades caso o empregado saísse do sistema ('off line') ou interrompesse o trabalho.

Nada obstante, confiro maior credibilidade ao depoimento da testemunha indicada pelo autor, pois demonstrou familiaridade com a realidade dele, já que trabalhou, efetivamente, na mesma função, pelo mesmo período de tempo e sob a regência do mesmo líder local, aquele superior hierárquico que organizava a jornada de trabalho dos demais entregadores. Ademais, o testemunho é corroborado pela prova documental em Id. 6e7655c, em que o autor demonstrou sofrer ameaças de penalidade caso não realizasse o serviço por problemas em motocicleta, internet ou aparelho celular.

Isso posto, presentes os elementos caracterizadores da condição de empregado, **acolho** o pedido para reconhecer o vínculo de emprego entre o autor e a primeira ré, no período de 13.03.2020 a 12.11.2020.

No que é pertinente à remuneração, muito embora as rés tenham impugnado o valor apontado pelo reclamante, destaco que, sendo a primeira empresa a responsável pelo pagamento ao autor, a ela competia produzir provas de que os ganhos foram em menor valor, termos do art. 818, II, da CLT.

Desse ônus não se desincumbiu, razão pela qual reconheço a remuneração mensal de R\$-4.000,00.

Fixo, nesses termos, os elementos do contrato de emprego: vigência de 13.03.2020 a 12.11.2020, função de motoboy, remuneração de R\$-4.000,00.

Determino, com fundamento no art. 39, § 2º, da CLT, que a Reclamada proceda à anotação do contrato de trabalho na CTPS da parte Demandante, conforme especificidades do contrato de trabalho acima descritas (vigência de 13.03.2020 a 12.11.2020, remuneração de R\$-4.000,00), no prazo de 05 (cinco) dias após o trânsito em julgado, sob pena de pagar multa diária - "astreintes" artigo 497 do CPC - de R\$-50,00 (cinquenta reais) por dia, até o limite de 30 dias, e a Secretaria proceder às devidas anotações, com a expedição de ofício à Secretaria Regional do Trabalho, Órgão integrante do Ministério da Economia, para tomar as medidas que entender cabíveis, o que desde logo fica autorizado.

Quanto à modalidade de extinção do contrato, forçoso destacar que a primeira ré, ao impugnar as verbas rescisórias pretendidas pelo autor, afirmou que não seriam devidas por ter a parte pedido demissão.

De fato, o autor confessa na inicial e em seu depoimento que a decisão de findar vínculo com a primeira ré partiu de sua vontade, pois tinha pretensão de trabalhar diretamente com a segunda ré. Logo, não lhe são devidos o aviso prévio nem a multa de 40% sobre o FGTS depositado.

Em razão do reconhecimento do vínculo de emprego e parâmetros do contrato (vigência de 13.03.2020 a 12.11.2020), diante ainda dos limites fixados pelo pedido da parte autora, **condeno** a primeira ré ao pagamento de:

- Saldo de salário de 12 dias;
- 13º salário proporcional (8/12);
- Férias proporcionais (8/12) mais 1/3;

Indefiro o aviso prévio e sua projeção sobre férias e 13º salário.

A **base de cálculo** para as verbas acima será de acordo com a remuneração reconhecida de R\$-4.000,00.

Defiro a multa do art. 477, §8º, da CLT no valor de R\$-4.000,00, uma vez não comprovado o pagamento das verbas rescisórias, ressaltando que o reconhecimento do contrato de emprego, por força, também, da natureza declaratória, retroage até a data da admissão, fazendo com que incida a penalidade prevista no aludido artigo.

Não tendo a primeira Empregadora comprovado **os depósitos do FGTS**, ônus que lhe pesava, **acolho** o pedido obreiro e determino a primeira Reclamada que comprove, documentalmente, que efetuou os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, durante o pacto laboral (13.03.2020 a 12.11.2020), bem como sobre o 13º salário proporcional, no prazo de cinco dias após o trânsito em julgado, sob pena de execução por valor equivalente em caso de recusa, inexistência, ou insuficiência dos depósitos. **Ressalto que o recolhimento do FGTS deverá ser feito em conta vinculada do empregado.** A base de cálculo deve considerar a remuneração reconhecida (R\$-4.000,00), nos termos do art. 15 da Lei 8036/90. **Defiro**, pois.

Indefiro a multa de 40%, pois houve pedido de demissão. Pelo mesmo fundamento, indefiro a obrigação de entrega de guias para saque do FGTS.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Argumentou o obreiro ser devido adicional de periculosidade, em razão da atividade de Motoboy desenvolvida em benefício da primeira ré.

Analiso.

No que é pertinente ao adicional de periculosidade pelo uso de motocicleta na prestação de serviço, esclareço que a utilização da motocicleta para execução de serviço é incontroversa nos autos.

Para a CLT, são perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta (art. 193, §4º, da CLT), sendo que a previsão legal foi regulamentada pela Portaria do MTE n. 1.565/2014 que incluiu o Anexo 5 na NR-16, o qual prevê: "1. As atividades laborais com utilização de motocicleta ou motoneta no deslocamento de trabalhador em vias públicas são consideradas perigosas."

De mais a mais, a jurisprudência do TST se posiciona no sentido de que o adicional de periculosidade é devido sempre que o houver uso de motocicleta na prestação do serviço, ainda que não haja expressa exigência para uso da motocicleta, bastando que a empresa tenha ciência da utilização (anuência tácita), se beneficiando diretamente da execução do trabalho em condição de risco. Nesse sentido, a Decisão proferida pelo Ministro BRENO MEDEIROS nos autos do processo AIRR - 10794-48.2017.5.03.0011, publicado em 18/03/2020.

Por fim, pontuo que a anulação da Portaria, que incluiu o anexo V na NR-16, produz efeitos tão somente para a empresa autora do processo, atingindo os trabalhadores específico das empresas associadas à ABIR. Destaco na jurisprudência:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE EM RAZÃO DO USO DE MOTOCICLETA. EMPRESA ASSOCIADA À ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE REFRIGERANTES E DE BEBIDAS NÃO ALCOÓLICAS - ABIR. SUSPENSÃO E POSTERIOR ANULAÇÃO DA PORTARIA QUE REGULAMENTOU REFERIDO ADICIONAL. A Lei nº 12.997/2014, que acrescentou o § 4º ao artigo 193 da CLT, o qual dispõe também como atividades perigosas aquelas executadas pelos trabalhadores em motocicleta, foi pautada nas estatísticas dos órgãos oficiais de trânsito que há muito sinalizavam o maior número de acidente de trânsito com motocicletas. Com efeito, a referida lei foi regulamentada em 13/10/2014, oportunidade em que o então Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria n. 1.565 que acrescentou o Anexo 5 na NR-16 da Portaria n. 3.214/78. **Ocorre que os efeitos daquela Portaria foram suspensos por decisão judicial (n. 0078075-82.2014.4.01.3400 e 0089404-91.2014.4.01.340) em relação aos associados da Associação**

Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas não Alcoólicas - ABIR e aos confederados da Confederação Nacional das Revendas - AMBEV e das Empresas de Logística da Distribuição - CONFENAR, nos termos da Portaria n. 5/2015, publicada em 08.01.2015. Em sequência (19.01.2017), foi proferida sentença no processo citado, julgando-se procedente o pedido da Autora (ABIR) a fim de anular a Portaria n. 1.565/2014 do MTE, determinando-se à União o reinício dos procedimentos atinentes à regulamentação da periculosidade para os motociclistas e motoboys, respeitando-se as disposições previstas na Portaria n. 1.127/2003. Logo, pertencendo a Ré (AMBEV S.A.) à ABIR, desobrigada está do pagamento do adicional de periculosidade postulado, na medida em que não há regulamentação válida da matéria. (TRT da 23.^a Região; Processo: 0000471-19.2018.5.23.0002; Data: 16/01/2020; Órgão Julgador: 1^a Turma-PJe; Relator: PAULO ROBERTO RAMOS BARRIONUEVO).

Isso posto, acolho o pedido da parte autora para **condenar a ré ao pagamento do adicional de periculosidade** na ordem de 30% sobre o salário (R\$-4.000,00), durante todo o vínculo. Em razão da habitualidade e natureza salarial, **defiro os reflexos** em RSR, 13º salário proporcional, férias proporcionais mais 1/3 e FGTS.

JORNADA DE TRABALHO

O autor expôs na inicial que cumpria jornada de segunda-feira a domingo, com uma folga semanal, das 11h às 00h, dividido em três turnos: das 11h às 15h, das 15h às 18h e das 18h às 00h. Afirmou que “retirava no máximo 20 minutos de intervalo entre cada turno realizado”. Nesses termos, pugnou pela condenação da empregadora ao pagamento de horas extras, adicional noturno e intervalo intrajornada suprimido, com devidos reflexos.

Pois bem.

Primeiramente, importante destacar que a função do autor como motoboy, entregador de mercadorias, era de atividade externa. No entanto, conforme confessado pela preposta da primeira ré (tempo 25min03) e testemunha de indicação patronal (tempo 1h36min15), era possível identificar pelo ‘log in’ do empregado os horários de efetivo trabalho - controle utilizado pela empresa para

confirmar o cumprimento do turno, sob pena do empregado perder a garantia remuneratória mínima por turno. Portanto, diante da possibilidade de controle de jornada, o obreiro não se enquadra na exceção do art. 62, I, da CLT.

Quanto ao intervalo intrajornada, a lei preconiza, no art. 71 da CLT, que, em qualquer trabalho contínuo superior a 6 horas, será obrigatório um intervalo para repouso ou alimentação de, no mínimo, 1 hora, enquanto que, para trabalho de contínuo de 4 a 6 horas, a pausa é de 15 minutos.

Assim, por se tratar de norma protetiva à saúde e segurança do trabalhador e à higiene do ambiente de trabalho, entendia-se que a não concessão ou concessão parcial do intervalo deveria acarretar a obrigação de pagar o respectivo período integralmente, com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, mais os reflexos pertinentes - norma do parágrafo 4º do art. 71 da CLT. Além disso, os minutos trabalhados deveriam ser acrescentados ao final da jornada diária e, na eventualidade de ultrapassar a duração normal do trabalho diário (art. 58 da CLT), deveriam ser pagos como horas extras.

Nada obstante, com o advento da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e alteração do parágrafo 4º do art. 71 da CLT, vigente desde 11.11.2017, mudou-se o entendimento para limitar a condenação somente do período suprimido, declarando a natureza indenizatória do pagamento, sem prejuízo, é claro, do acréscimo na jornada do tempo efetivamente trabalhado. Assim, em caso de não concessão ou concessão parcial do intervalo, deixa de ser obrigatório o seu pagamento integral, uma vez que só é devida a indenização do período suprimido com adicional de 50%; e os minutos trabalhos durante o intervalo, continuam integrando ao final da jornada de trabalho, sendo pagos como horas extras, caso requerido pelo empregado reclamante.

No caso dos autos, os turnos de trabalho alegado pelo autor na inicial não ultrapassam seis horas, o que garante o intervalo intrajornada de 15 minutos. Por o autor confessar que gozava de 20 minutos de descanso por turno, não há que se falar em pagamento do intervalo intrajornada indenizado.

A mesma conclusão chegaria se fosse considerada uma única jornada das 11h às 00h, pois o gozo de 20 minutos de descanso possibilita a indenização dos 40 minutos restantes com adicional de 50%. No entanto, como o obreiro confessa que gozava dos outros 40 minutos, ainda que parcelado no dia trabalhado, o tempo deveria ser deduzido das horas extras. Logo, não haveria diferenças financeiras pelo trabalho prestado.

Isso posto, diante da confissão de que havia três intervalos de 20 minutos por dia, bem como em razão do depoimento da testemunha de indicação obreira (tempo 1h1min31) que afirmou a jornada de trabalho nos termos da petição inicial, fixo a jornada do autor em:

- De segunda-feira a domingo, com uma folga semanal, das 11h às 00h, com 60 minutos de intervalo.

Assim, **condeno** a primeira ré ao pagamento **das horas excedentes**, para a jornada de trabalho reconhecida, observando o adicional de 50%, o divisor mensal de 220 horas, quando ultrapassada 8 horas diárias e 44 horas semanais, não cumuladas, sobre a remuneração de R\$-4.000,00.

Ante a habitualidade e natureza salarial, **defiro os reflexos de horas extras**, conforme limitados aos pedidos, em RSR, 13º salário proporcional, férias proporcionais mais 1/3 e FGTS, o qual deverá ser depositado na conta vinculada.

Indefiro o pedido de intervalo intrajornada, pois efetivamente gozado.

Ante a jornada fixada retro, **condeno** a primeira ré ao **pagamento do adicional noturno** sobre as horas trabalhadas após às 22h, com adicional de 20%, o divisor de 220, sobre o salário pago no período. Presente a habitualidade da verba de natureza salarial, **defiro os reflexos** sobre RSR, 13º salário proporcional, férias proporcionais mais 1/3 e FGTS.

DANO MATERIAL. LUCRO CESSANTE

O autor relatou que “quando do desligamento da Primeira Reclamada o Reclamante solicitou a modificação seu cadastro, ou seja, da modalidade OL, para modalidade nuvem, porém A Primeira Reclamada paralisou sua conta e foi informado que isso duraria por noventa dias. Indignado com o bloqueio solicitou informações junto ao aplicativo IFOOD e foi informado que a modificação do status da conta de OL para Nuvem fica a critério da primeira Reclamada. Desta forma ficou 16 dias sem poder trabalhar, ficando sem auferir uma renda de R\$ 3.520,00”.

Pois bem.

Antes de analisar o caso em questão, necessário se faz tecer algumas considerações sobre a responsabilidade civil.

A Constituição de 1988 fixou, de forma definitiva, a possibilidade de reparação pelo dano patrimonial e extrapatrimonial, conforme texto expresso do art. 5º, incisos V e X.

O Código Civil vigente, por sua vez, também obriga a reparação do dano causado por aquele que comete ato ilícito (art. 927, caput, do CC), estabelecendo em seu art. 186 os elementos necessários para que, no plano fático, se caracterize o direito à indenização: a) a ação ou omissão do agente, b) o dano, c) o nexo de causalidade, como o liame entre a ação do agente e o resultado lesivo, e d) a demonstração de dolo ou culpa. Somado esses requisitos, fica configurada a responsabilidade civil subjetiva do agente pelo dever de indenizar.

Afora essa regra geral, há situações em que a culpa do agente é presumida, sendo necessária apenas a prova do fato danoso (uma vez que o prejuízo é, por entendimento jurisprudencial legal, sempre presumido) e do nexo causal, como ocorre nos casos em que a atividade econômica desenvolvida pelo empregador implica, por sua própria natureza, em risco ao empregado (art. 927, parágrafo único, da CLT), caracterizando a responsabilidade civil objetiva, na modalidade do risco criado.

De todo modo, independentemente de a responsabilidade ser subjetiva ou não, fato é que a jurisprudência e a doutrina convergem no entendimento do que, para a reparação pelo dano patrimonial e extrapatrimonial, será sempre necessária a prova do fato e do nexo de causalidade que fundamentam o pedido de indenização, na forma do art. 818, I, da CLT e art. 373, I, do CPC.

Feitas as considerações supra, verifico que, por meio dos registros de conversa via 'whatsapp', o autor comprovou o fato danoso, correspondente na imposição de tempo de espera para descadastramento de 90 dias. Essa questão foi, inclusive, analisada em sede de tutela que, ao acolher pedido do obreiro, determinou à primeira ré que liberasse "imediatamente a conta do empregado junto a segunda Ré, para que possa exercer a atividade de entregador diretamente com a segunda reclamada" (Id. 48416de), o que foi cumprido conforme documentos em Id. 9bb71ac.

Logo, tenho que a relação jurídica integralizou os elementos essenciais para comprovação dos danos materiais, quais sejam: a pessoa do lesado, titular do direito ofendido; a pessoa do lesante, autor do ato ou omissão; a consumação do dano (prejuízos financeiros por impossibilidade de exercer sua atividade); a culpa do empregador; e, como requisito essencial, o nexo de causalidade entre o dano e o fato gerador. Inteligência do artigo 186 do novo Código Civil.

Quanto aos lucros cessantes correspondentes àquilo que o lesado deixou de lucrar em decorrência do dano sofrido (art. 402 do CC), a impossibilidade do exercício da atividade corrobora a alegação de prejuízo econômico, passível de indenização compensatória. Nada obstante, é fato que o autor não estava impedido de exercer sua atividade mediante cadastro em outras plataformas de entrega, tais como as conhecidas 'uber eats' e 'rappi', de forma que o valor pretendido de indenização não condiz com a realidade dos fatos.

Assim, por haver pelo menos outros três aplicativos de entrega de amplo conhecimento e alcance na cidade de atuação do empregado, a indenização por lucros cessantes se restringe a 33% do valor devido por 16 dias sem trabalho, a ser calculado sobre a remuneração de R\$-4.000,00. **Defiro o pedido** nesses termos.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O autor pugnou pelo reconhecimento da responsabilidade subsidiária da segunda reclamada ao argumento de que ela fora beneficiária dos serviços prestados.

Analiso.

O obreiro argumentou na petição inicial que a segunda reclamada (IFOOD) se beneficiou de sua mão de obra, então deve ser subsidiariamente responsável pelos créditos almejados.

Nada obstante, verifico que a atividade da segunda ré, como gerenciadora do aplicativo, funciona simplesmente como intermediadora, conectando por meio de plataforma digital, um terceiro-consumidor com os restaurantes catalogados para anotação de pedido e ligando o restaurante com o entregador responsável pelo transporte de mercadoria.

A relação se amplia ao contratar uma empresa especializada prestadora de serviço de entrega, como é o caso da primeira ré (Contrato Social Id. 8cc3636), que passa a ser responsável pela seleção de entregadores para realizar a atividade em determinados turnos, sem interferência da empresa gerenciadora do aplicativo.

Nesses termos, as provas produzidas nos autos, não condiz com a pretensão do autor, pois não demonstrado nos autos os benefícios auferidos pela IFOOD, muito menos qualquer ingerência e controle do empregado por esta segunda ré.

Por essas razões, tenho que não se aplica ao caso em tela o artigo 4º-A, da Lei n. 6.019/74, que "considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução"

Rejeito, pois, o pedido de responsabilidade subsidiária da segunda ré.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Quanto à pretensão da segunda Ré em ver o Autor condenado ao pagamento por litigância de má-fé, para a sua caracterização, exige-se da parte a intenção de agir com fraude ou dolo na busca de vantagem ilícita, tendo plena consciência do seu ato e do prejuízo que acarreta à parte.

No caso dos autos, não verifico a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no artigo 793-B da CLT (ou art. 80 do CPC), não havendo qualquer indício da ocorrência de litigância de má-fé, principalmente considerando que, nos termos da fundamentação supra, a parte autora demonstrou a consistência e importância da judicialização de seu direito, não havendo que se falar em falta de honestidade e boa-fé processual.

Nesses termos, **indefiro** a pretensão da segunda Ré.

BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

A alteração promovida pela Lei n. 13.467/2017 no art. 790 da CLT estabeleceu novo regramento para a concessão da justiça gratuita à parte Reclamante.

Art. 790 (...) § 3o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a translados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. § 4o O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo." (NR)

Assim, considerando que o limite máximo atual dos benefícios do RGPS é de R\$-6.433,57, presume-se a hipossuficiência da parte que perceber salário de até R\$-2.573,42. Acima deste valor, a parte interessada deverá comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais.

No caso dos autos, tendo em vista inexistir provas de que a parte autora está empregada com salário superior ao limite estabelecido e, diante do término do contrato de trabalho, há presunção da hipossuficiência econômica, nos termos do alegado em sua petição. Assim, **defiro à parte autora** o pedido de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Nos termos do que dispõe o art. 791-A, incluído pela Lei 13.467 /2017,"serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa".

A parte autora foi sucumbente quanto ao pedido de aviso prévio, multa de 40% sobre FGTS, intervalo intrajornada. Assim, **condeno-a** ao pagamento dos honorários sucumbenciais de 10% sobre o valor atribuído aos respectivos pedidos, a ser pago ao **patrono(a) da primeira ré**. Também foi sucumbente quanto ao **pedido de responsabilidade subsidiária da segunda ré**, o qual se dá por arbitramento (uma vez que os pedidos principais constantes na inicial decorrem da relação jurídica entre a primeira ré e a parte autora), razão pela qual **fixo os honorários em R\$-800,00, a ser pago ao patrono(a) da segunda ré**, tudo nos termos do artigo 791-A da CLT, observando o grau de zelo do profissional, natureza e importância da causa e o trabalho realizado. Aplica-se o disposto no § 4º do art. 791-A da CLT por ser o empregado beneficiário da justiça gratuita.

A primeira ré foi sucumbente quanto aos pedidos formulados na inicial, razão pela qual a condeno ao pagamento dos honorários sucumbenciais de 10% sobre o valor do proveito econômico obtido, isto é, o valor líquido recebido pela parte reclamante sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários (OJ n. 348 da SDI-I do TST), nos termos do artigo 791-A da CLT, considerando o grau de zelo do profissional, natureza e importância da causa e o trabalho realizado, pagos em benefício do patrono(a) da parte Autora.

Esclareço que, nos termos do art. 791-A, § 3º, da CLT, "na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência

recíproca, vedada a compensação entre os honorários". A norma que se infere deste dispositivo é a mesma que emana do art. 85, § 14º, do CPC, "os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial". Portanto, em caso de sucumbência recíproca, os honorários advocatícios não poderão ser compensados entre si.

Além disso, considerando que o titular do crédito relativo aos honorários sucumbenciais é sempre do advogado, caberá a este, no momento oportuno, querendo, pleitear a constrição do crédito do devedor, inclusive nestes autos.

3. DISPOSITIVO

Posto isso, resolvo, nestes autos de ação trabalhista proposta por **CLAUDECIR DE BRITO BARBOSA** em face de **1. SIS MOTO ENTREGAS SERVIÇOS EIRELI-ME** e **2. IFOOD.COM AGÊNCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A.**, julgar **procedente em parte** o "petitum" formulado nesta ação, para **REJEITAR** as preliminares e, **no mérito**, **INDEFERIR** a responsabilidade subsidiária da segunda Ré (inabilitando-a no Sistema PJe) e **CONDENAR** a primeira ré a pagar à parte autora e a cumprir as seguintes obrigações, no prazo legal, nos termos da fundamentação e com os comandos e diretrizes dela constantes, que integram o presente dispositivo para todos os efeitos legais:

- Saldo de salário de 12 dias;
- 13º salário proporcional (8/12);
- Férias proporcionais (8/12) mais 1/3;
- Adicional de periculosidade e reflexos;
- Horas extras e reflexos;
- Adicional noturno e reflexos;
- Indenização por dano material;
- Recolhimento do FGTS;
- Anotação da CTPS.

Concedo à parte Autora os benefícios da justiça gratuita.

Honorários sucumbenciais conforme fundamentação.

A Instrução Normativa n. 41 do TST não tem caráter vinculatório, de maneira que, corroborado pelo Princípio da Adstrição, todos os valores devem ser limitados aos indicados na inicial.

Tais valores serão apurados mediante liquidação por cálculos, com o acréscimo de correção monetária, na forma da lei, contada da época em que os créditos ora reconhecidos deveriam ter sido pagos à parte autora.

Este Juízo reconhece como natureza indenizatória, não cabendo recolhimento previdenciário, as parcelas constantes nesta sentença que se enquadrem entre aquelas previstas no artigo 214, § 9º, do Decreto 3.048/99 e o FGTS.

Sobre os valores que detêm natureza salarial, incide contribuição previdenciária, devendo ser calculada mês a mês, observando-se os limites de isenção fiscal, nos exatos termos dos artigos 43 e 44, da Lei nº 8.212/91, do Decreto nº 3.048 de 06.05.1999 e a Súmula 368, III do TST.

A contribuição previdenciária, caso incidente e observados os parâmetros do parágrafo anterior, deverá ser comprovada nos autos, sob pena de execução dos valores correspondentes, a teor do art. 144, VIII da CF/88 e da Lei 10.035 /200, que introduziu no bojo da CLT as normas pertinentes a execução previdenciária.

Determino a observância da importância devida à Receita Federal, a título de Imposto de Renda e incidente sobre as parcelas de natureza salarial, se atingida a faixa tributável, de acordo com o art. 46 da Lei nº 8.541/92 e o Provimento nº 01/96, da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho. Ademais, no cálculo do imposto de renda será observada tabela progressiva mensal (regime de competência), nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.713/88, tudo na forma da OJ nº 363 do TST.

Não incide imposto de renda sobre juros de mora art. 404 do CCB/2002 c/c com a OJ nº400 da SDI-I do TST.

Para a **correção monetária**, observar o art. 406 do CC, incidindo sobre os valores a **Taxa Selic**, em razão do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 18.12.2020, das ADCs n. 58 e 59 e ADIs n. 5.867 e 6.021, que reconheceu a inconstitucionalidade da TR (taxa referencial) para correção monetária de débitos trabalhistas e limitou o índice IPCA-E para os débitos extrajudiciais trabalhistas, vale dizer, *a liquidação deverá ser procedida por cálculos, observando-se os parâmetros da fundamentação, com incidência de juros e correção monetária (IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a taxa SELIC)[1], conforme os índices do mês seguinte ao da prestação de serviços (Súmula 381 do TST).*

Deverá ser observada a tabela do Setor de Cálculos do TRT da 23ª Região.

Os cálculos de liquidação elaborados pela Coordenadoria de Contadoria do Juízo integram esta Decisão para todos os efeitos legais, refletindo o valor da condenação - sem prejuízo de posteriores atualizações -, atendendo ao disposto no Provimento n. 02/2017 SECOR/TRT deste Tribunal Regional. As partes ficam expressamente intimadas de que **a impugnação aos cálculos deverá ser efetuada por meio de interposição de recurso ordinário, indicando precisamente as incorreções, sob pena de preclusão.**

Custas pela primeira Reclamada, calculadas sobre o valor da condenação, conforme cálculos acostados à presente decisão, nos termos do artigo 789, caput, da CLT. Faculta-se à parte o recolhimento das custas de execução para depois de iniciada a fase de execução.

Observem-se os termos da Portaria 02/2015 SECOR/TRT quanto à intimação da União.

Justifico o atraso na prolação da presente sentença, em face do excesso de serviços, corroborado pela ausência do Juiz Auxiliar, em vários períodos, no primeiro semestre deste ano, em decorrência de sua designação para atuar em diversas Varas no âmbito deste Regional.

Intimem-se as partes do conteúdo desta sentença.

Cumpra-se após o trânsito em julgado.

[1] Interpretação decorrente da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADI 5.867/DF, ADI 6.021/DF, ADC 58/DF, ADC 59/DF. Como se observa a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes, seguido pela maioria, foi dada "interpretação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017" para "considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil)."

CUIABA/MT, 27 de agosto de 2021.

AGUINALDO LOCATELLI
Juiz(a) do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: AGUINALDO LOCATELLI - Juntado em: 27/08/2021 09:11:38 - 4b52991
<https://pje.trt23.jus.br/pjekz/validacao/21080319514080400000026330382?instancia=1>
Número do processo: 0000846-49.2020.5.23.0002
Número do documento: 21080319514080400000026330382