



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Ação Trabalhista - Rito Sumaríssimo 1000956-44.2021.5.02.0434

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 15/07/2021

Valor da causa: R\$ 22.300,86

Partes:

RECLAMANTE: ----- **ADVOGADO:** ARTIDI FERNANDES DA COSTA **RECLAMADO:** -----
ADVOGADO: PEDRO TOMAZ BERENGUER PAES **ADVOGADO:** MIGUEL AUGUSTO
NISIZAKI **RECLAMADO:** IFOOD AGENCIA DE SERVICOS DE
RESTAURANTES LTDA PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJE **ADVOGADO:** ADRIANO JOAO
BOLDORI

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO
4ª VARA DO TRABALHO DE SANTO ANDRÉ
ATSum 1000956-44.2021.5.02.0434



RECLAMANTE: ----- RECLAMADO: ----- E OUTROS (2)

Processo nº 1000956-44.2021.5.02.0434

S e n t e n ç a

I. RELATÓRIO

Dispensado o relatório, nos termos do art. 852-I, da CLT.

II. FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARMENTE.

A Lei nº 13.467/17, que trouxe alterações à legislação processual e material trabalhista, entrou em vigor no dia 11/11/2017.

Nos termos do art. 14 do CPC

"a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

Considerando que a presente reclamaatória foi proposta após o início da vigência da Lei n. 13.467/2017, as alterações processuais constantes da Lei nº 13.467/17 serão imediatamente aplicadas.

Os temas relacionados a direito material também devem seguir a legislação em questão, em vigor à época do contrato de trabalho.

CARÊNCIA DE AÇÃO

As chamadas condições da ação devem ser aferidas in statu assertionis, isto é, pressupondo-se verdadeiras as alegações contidas na petição inicial; eventual descompasso entre tais afirmações e os fatos efetivamente ocorridos integra o mérito da pretensão, não implicando, pois, carência de ação.

Nesse contexto, entendida a legitimidade de parte como a

pertinência entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada pelo autor, e tendo em vista que dessa situação, no caso em exame, resulta, em tese, a responsabilidade do réu, as partes são legítimas para figurar nos pólos do processo.

Considerando, ademais, que no caso dos autos inexistente vedação legal expressa quanto à pretensão formulada, afasto a impossibilidade jurídica do pedido.

Tendo em vista, finalmente, que o interesse de agir decorre, segundo a doutrina majoritária, do trinômio: a) utilidade do provimento jurisdicional pleiteado, que deve ser apto a pôr o autor em situação jurídica mais vantajosa do que a atual; b) necessidade de atuação judicial para alcançar o fim colimado; c) adequação do procedimento adotado; e que a demanda, nos moldes em que foi proposta, preenche tais requisitos, reputo presentes todas as condições de admissibilidade do julgamento do mérito, rejeitando as alegações defensivas a esse respeito.

DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

O reclamante alega ter sido admitido pela 1ª reclamada em 15/04/2021, para exercer a função de entregador, sendo que jamais fora registrado, tendo sido demitido em 17/06/2021, ocasião em que percebia a importância mensal média de R\$ 3.200,00.

Assim, pretende o reconhecimento do vínculo empregatício e o recebimento das verbas contratuais e rescisórias daí decorrentes.

A 1ª reclamada negou a relação empregatícia, informando ter sido o reclamante prestador de serviços autônomos.

No Direito do Trabalho impera a presunção de que toda a prestação de serviços se dá de maneira subordinada.

Ademais, no Direito do Trabalho vigoram os princípios de primazia da realidade e da busca da verdade real dos fatos, ou seja, os fatos verdadeiramente ocorridos têm prevalência sobre aspectos formais da contratação.

Nesse sentido, oportuno transcrever:

... O princípio de primazia da realidade indica que, na relação de emprego, deve prevalecer a efetiva realidade dos fatos, e não eventual forma construída em desacordo com a verdade.

Em razão disso é que, por exemplo, na avaliação de certo documento pertinente à relação de emprego deve-se verificar se ele corresponde ao ocorrido no plano dos fatos, pois deve prevalecer a verdade real.

Quando se discute se determinada relação de trabalho, em gênero, corresponde, ou não, a um vínculo de emprego, nem sempre a roupagem atribuída à contratação corresponde à realidade. Aliás, pode ocorrer que mesmo no ajuste de vontades, pertinentes à prestação do trabalho, as partes indiquem não se tratar de relação de emprego. No entanto, por meio da noção de contrato realidade,

deve prevalecer o reconhecimento do vínculo empregatício, caso presentes os seus requisitos (arts. 2º e 3º da CLT), ou seja, incide a vontade da lei... (Garcia, Gustavo Filipe Barbosa, in Curso de Direito do Trabalho, página 99/100, 3ª edição, 2009, Editora Método).

Para que um trabalhador seja considerado empregado, deve a sua relação de trabalho preencher os requisitos necessários para a configuração da relação de emprego, dispostos nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam: pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade.

Assim sendo, incontroverso que houve trabalho do autor em favor da reclamada, incumbia a esta o ônus de provar que o autor era verdadeiramente autônomo.

De seu encargo probatório, não se desvencilhou a contento. Vejamos.

A subordinação objetivamente considerada consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Retrata situação em o empregador tem o direito de dar ordens ao obreiro e de aplicar-lhe sanções em caso de inexecução dessas ordens.

Para a existência de subordinação, é necessário se aferir qual a extensão do poder diretivo do suposto empregador. O controle de tarefas, de horário, de local de prestação de serviços, do modus operandi é forte indício da existência de vínculo.

No caso em tela, emerge do conjunto probatório que a primeira

reclamada detinha o controle das entregas (tarefas), dos horários de trabalho e do local da prestação de serviços, além do poder de aplicar medidas disciplinares ao obreiro, restando cristalina a subordinação do reclamante.

Primeiramente, impende destacar que, em consulta ao sítio eletrônico da 2ª reclamada (<https://institucional.ifood.com.br/abrindo-a-cozinha/ifoodentregadores>), o Juízo verificou que lá constam as seguintes informações:

“Como funciona a relação do iFood com o entregador?

Os entregadores que utilizam nossa plataforma podem ser nuvem ou fazer entregas vinculados a um operador logístico (OL).

O que é o OL?

O OL é uma empresa contratada pelo iFood para administrar grupos de entregadores disponíveis em dias e horários pré-estabelecidos.

Todos os valores de rotas e gorjetas são repassados para o OL e este é responsável pelos valores devidos aos seus entregadores.

E no caso dos entregadores nuvem?

Aqui, como a própria palavra diz, o entregador é independente e possui autonomia para realizar suas entregas como, quando e onde quiser.

Hoje, este é o caso de cerca de 90% dos entregadores que utilizam o aplicativo iFood para Entregadores. Eles não são exclusivos e podem trabalhar para quantos apps quiserem.

É por isso que, mesmo o iFood distribuindo mais de 150 mil

bags por ano, às vezes o entregador faz uma entrega pelo iFood usando a bag de outros apps. Eles também são livres para trabalhar com o material que quiserem.”

Ademais, existe também um vídeo explicativo (<https://youtu.be/R-zrc4jXoEM>), do qual consta os seguintes dizeres:

“O Ifood tem dois tipos de parceria com entregadores. Em uma, eles são chamados de ‘nuvem’ e na outra, de ‘O.L.’. Os entregadores nuvem são independentes. Escolhem dia, horário e onde querem ficar disponíveis para entregar. Já os ‘O.L.s’ são administrados por um Operador Logístico, que são empresas contratadas pelo Ifood para garantir que sempre tenha entregadores disponíveis”.

Ou seja, emerge das referidas informações que, ao contrário dos entregadores “nuvem”, os trabalhadores vinculados ao Operador Logístico têm que estar disponíveis em dias, horários e locais pré-determinados pela empresa, não possuindo liberdade e autonomia de escolha.

Ademais, colhida a prova oral, declarou a testemunha do autor:

“01.que também trabalhou fazendo entregas; 02.que começou em outubro de 2000 a junho de 2021; 03.que conheceu um amigo e foi indicado pra começar a trabalhar; 04.que trabalhava com nuvem e o amigo indicou para trabalhar para a THL; 05.que as entregas eram garantidas, mas precisaria ficar disponível para a empresa; 06.que na nuvem você vai para vários lugares; 07.para a THL tem uma localidade específica em que atua; 08.que tinha que ficar disponível das 9hs às 21hs; 09. que faziam turnos de 4h, 8 ou 12 horas; 10.e entre esses turnos tinha 20 minutos de descanso, mas não faziam porque a rotatividade era muito grande; 11.que não

podia recusar entrega; 12.que se recusasse não ganhava o garantido; 13.que o garantido era o valor a mais que o IFOOD cobria; 14.que no caso do depoente era de R\$ 48,00 por turno; 15.que o depoente trabalhava todos os dias; 16.que só tirava folga no dia do rodízio; 17.que o supervisor fazia a escala e passava a escala pelo whatsapp; 18.que não poderia mandar outra pessoa em seu lugar; 19.que tinha que cumprir os prazos para fazer a entrega; 20.que tinha um prazo para chegar no supermercado; 21.e depois um prazo para fazer a entrega; 22.que se não conseguisse fazer no prazo não receberia o garantido; 23.que o depoente nunca faltou; 24.mas não sabe exatamente o que acontecia; 25.que não havia número mínimo de entregas por dia; 26.que depende do dia o movimento; 27.que os finais de semana são os dias de maior movimento; 28.que faziam umas 20 entregas no final de semana; 29.que o cadastro do entregador no app era feito pelo supervisor; 30.que não poderia deixar de trabalhar, senão saíria do app; 31.que o depoente foi banido do app, mas não sabe o motivo; 32.que tentou entrar em contato com o supervisor, mas eles tiraram o depoente do grupo do whatsapp; 33.que o depoente não foi comunicado sobre o banimento, simplesmente foi tirado do app; 34. apareceu uma mensagem: "sua conta foi banida"; 35.operador logístico tem as entregas garantidas; 36.por outro lado não podia recusar a entrega; 37.no modo nuvem as entregas não são garantidas, mas você escolhe as entregas; 38.que no modo nuvem pode se desconectar e conectar o tempo todo; 39.que no OL precisa estar disponível para a empresa; 40.que o depoente nunca desconectou o celular; 41.que era orientado a estar conectado; 42.que foram requisitados documentos pessoais para cadastro: habilitação e foto; 43.que os documentos foram requisitados pelo app, no momento do cadastro; 44.que o horário de trabalho era das 9hs às 21hs; 45.que não podia escolher trabalhar menos; 46.que tinha que trabalhar os 3 turnos; 47.que não podia escolher quantos dias na semana ia trabalhar; 48.só folgava na placa do carro por causa do rodízio de São Paulo; 49.que na época em que trabalhou para a reclamada não tinha cadastro em outros aplicativos; 50.que não sabe dizer sobre o reclamante”.

A testemunha da reclamada, por sua vez, fez afirmações inverossímeis, dizendo “não tem regras” e “faz o que quer”. Ora, como poderia o Operador Logístico garantir que haverá entregadores em determinados locais, dias e horários, sem estabelecer quaisquer regras para a prestação de serviços, ainda que autônomos.

Não bastasse, a prova oral colhida foi uníssona no sentido de que a 1ª reclamada dispõe de um líder/supervisor, que ajuda a solucionar problemas e decide as escalas de trabalho.

Nesse cenário, verifico que as imagens extraídas de aplicativo de mensagens, contemplando diálogos entre o supervisor de prenome Vanderlei e os trabalhadores, embora impugnadas, se coadunam com o que foi dito por ambas as testemunhas, no sentido de que as escalas de trabalho eram feitas diariamente pelo supervisor/líder e disponibilizadas no “grupo”/“Whatsapp”.

Assim, há que se conferir certo valor probatório às imagens em questão. E, veja-se que, nos diálogos retratados, o Sr. Vanderlei dá ordens aos trabalhadores, concedendo ou vetando folgas e aplicando punições (vide id e96d8e9 Pág. 4/5).

Demais disso, cumpre destacar que a exclusividade não é requisito da relação empregatícia, de modo que a prestação de serviços de “motoboy” para outras empresas não impede o reconhecimento do vínculo empregatício se presentes os requisitos do art. 3º da CLT.

Em respeito ao princípio da primazia da realidade, tratando-se de trabalho habitual, com pessoalidade, de forma onerosa e subordinada, não se pode pretender que o reclamante, de fato, fosse empregado autônomo.

Como consequência, reconheço a relação empregatícia do reclamante para com a 1ª reclamada, de 15/04/2021 a 17/06/2021 (período não impugnado), na função de Entregador/“Motoboy”.

Quanto ao salário, competia à reclamada o ônus da prova, nos termos dos artigos 464 e 818, II, da CLT, de cujo encargo não se desvencilhou.

Ademais, as imagens extraídas de aplicativo de instituição bancária, anexas à inicial, corroboram com o valor alegado pela parte autora.

Não obstante, é certo que o demandante trabalhava com motocicleta de sua propriedade, custeando ele próprio a manutenção e o combustível do equipamento. Sendo assim, considero que 30% do valor pago possuía natureza indenizatória, destinando-se a ressarcir o obreiro por suas despesas com a motocicleta.

Consequentemente, considerando o princípio da razoabilidade e conjunto probatório, arbitro como salário do autor o montante mensal de R\$ 2.240,00.

Ainda, o empregador tem o ônus de provar o término da relação contratual, em observância aos arts. 818 da CLT e 373 do novo CPC e também ao princípio da continuidade das relações de emprego, as quais se estabelecem para que perdurem no tempo, sendo o seu rompimento prematuro considerado como fato superveniente e anormal.

Assim, à míngua de provas contrárias, considero como verdadeira a alegação de rescisão contratual sem justa causa em 17/06/2021 com projeção do aviso prévio para 17/07/2021.

Consequentemente, condeno ao pagamento, já se considerando

a projeção do aviso prévio, das seguintes verbas contratuais e rescisórias, no limite do pedido:

- aviso prévio de 30 dias;

- férias proporcionais + 1/3 (3/12);

- décimo terceiro proporcional de 2021 (3/12);

- FGTS + 40%.

Deverá a 1ª reclamada proceder às devidas anotações do contrato de trabalho na CTPS do obreiro, após o trânsito em julgado, quando intimada nesse sentido. O descumprimento das obrigações de fazer ensejará a aplicação de multa no importe R\$ 100,00 (cem reais), nos termos do artigo 497 c/c 537, do novo CPC, em favor da parte autora. Em caso de inércia da reclamada, a anotação será realizada pela Secretaria da Vara, nos termos do artigo 39 da CLT, sem prejuízo da multa.

Deverá a 1ª reclamada, no prazo estipulado pelo juízo de execução, comprovar os recolhimentos fundiários devidos durante todo o período contratual reconhecido, além dos incidentes sobre as parcelas de natureza salarial da presente condenação, inclusive a indenização de 40% devida pela dispensa imotivada, além de fornecer as guias para levantamento do FGTS, executando-se diretamente por quantias equivalentes caso verificada a inadimplência, inexistência ou insuficiência dos depósitos.

Indefiro o pedido de pagamento das multas previstas nos artigos 467 e 477 da CLT, diante da controvérsia instaurada e discussão acerca da existência de vínculo empregatício.

DA JORNADA DE TRABALHO e DAS HORAS EXTRAS.

O reclamante alega que trabalhou de segunda-feira a domingo, inclusive em feriados, 09h às 21h, sem intervalo intrajornada.

A 1ª reclamada negou o vínculo, não apresentou os controles de ponto e argumentou com a aplicação do artigo 62, I, da CLT.

Tal dispositivo refere-se às hipóteses de “atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados”.

Atraiu, assim, o ônus da prova quanto à condição alegada, do qual não se desincumbiu.

Cumpre observar que, para que a empresa esteja desonerada

do pagamento da sobrejornada não basta a alegação de que o trabalho de seu empregado é externo, há a necessidade da prova eficaz de que as funções exercidas não viabilizavam a fixação de horário.

Inicialmente, ressalto que a reclamada nem sequer anotou a CTPS do autor.

Ademais, restou claro que a reclamada detinha o controle sobre dias e horários de trabalho do autor, sendo perfeitamente viável o controle de jornada.

Assim, afasto a alegação de enquadramento no art. 62, I da CLT.

Se a empresa optou por não manter os controles de ponto, a teor da exigência legal contida no artigo 74, §2º da CLT, atraiu o entendimento consolidado na Súmula 338 do TST quanto à presunção de veracidade dos horários indicados na exordial.

Registro, por oportuno, que a testemunha do autor afirmou que ele próprio tinha uma folga semanal e que eram concedidos 20 minutos de descanso entre os turnos (não gozados), não sabendo informar se o mesmo ocorria com o reclamante.

Assim, observado o conjunto probatório e o Princípio da Razoabilidade, arbitro que o reclamante trabalhou de segunda-feira a domingo, inclusive em feriados, com uma folga semanal e 20 minutos de intervalo intrajornada.

Portanto, condeno ao pagamento das horas extras excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, conforme a jornada de trabalho acima reconhecida, acrescidas do adicional legal de 50%.

Os feriados trabalhados e não compensados são devidos em dobro, nos termos da Lei nº 605/49.

Por habituais, incidem reflexos em DSR, 13º salário, férias acrescidas de 1/3, aviso prévio, depósitos do FGTS + multa de 40%.

Com relação ao intervalo intrajornada, a nova redação do parágrafo 4º do artigo 71 da CLT estabelece que a “não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho”.

Assim, condeno ao pagamento de indenização correspondente a quarenta minutos extras por dia trabalhado, acrescidos do adicional de 50% (no limite do pedido), durante todo o pacto, em razão do descumprimento do intervalo intrajornada. Em se tratando de indenização, não incidem reflexos.

Aplica-se o divisor 220, nos termos do art. 64 da CLT.

Entendo que a majoração do valor do DSR, em razão da

integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, do 13º salário, do aviso prévio e do FGTS, por ausência de previsão legal e sob pena de caracterizar bis in idem. Inteligência da OJ 394 da SBDI-1 do TST.

O valor das horas extras deverá ser calculado em sede de liquidação de sentença, devendo ser observados o salário e a jornada acima arbitrados.

A apuração dos feriados deverá observar a legislação municipal, estadual e federal pertinentes.

RESPONSABILIDADE SEGUNDA RECLAMADA.

O reclamante pretende a condenação subsidiária da 2ª reclamada.

A 2ª reclamada, em contrapartida, aduz:

“A segunda reclamada funciona apenas como gerenciadora de um aplicativo.

Ao se concretizar a operação que aproxima, através da plataforma, o restaurante, as empresas de entregas (tal como a primeira reclamada) e o consumidor final, tem-se que a plataforma desta Contestante apenas faz o elo

entre os pedidos de entregas dos produtos (refeições dos restaurantes clientes), feitos pelo consumidor final, e as empresas do ramo de entregas, como a ora primeira Reclamada.

Isto é, as atividades desenvolvidas por esta Contestante têm natureza de intermediação de NEGÓCIOS, inclusive na sua relação com a já citada CoReclamada, em nada se relacionando com a tradicional relação de terceirização, na qual opera a intermediação de mão-de-obra, ao contrário das alegações obreiras.

Ademais, os produtos entregues não são comercializados pela ora Contestante, que não atua no ramo de fabricação/comercialização de alimentos e bebidas, e sim por restaurantes terceiros, sendo que à ora Ré cabe apenas fornecer a plataforma online para a intermediação de tais negócios.

Não é demais repetir que a ora Contestante não contratou, não remunerou, tampouco deu ordens ao Reclamante, não sendo beneficiária de seus serviços, não conhecendo sequer sua pessoa, não sendo possível se estabelecer uma relação entre tais partes (Reclamante e segunda Reclamada), seja ela de que natureza for.

De tal maneira que a Contestante cabe apenas direcionar as demandas por entrega às empresas parceiras mediante a alocação dos pedidos solicitados aos restaurantes/lanchonetes clientes através dos aplicativos (plataformas virtuais) Ifood.com.

Nítida a parceria comercial operada entre as Reclamadas, na qual, de um lado, esta Demandante se compromete a fornecer sua plataforma virtual à primeira Reclamada e, de outro lado, a primeira Reclamada capta as demandas geradas nos restaurantes clientes, através das vendas pelo aplicativo, quanto as entregas dos alimentos, relação esta notadamente divergente da relação de terceirização, na qual opera a intermediação de mão de obra.”

Pois bem. Consta do contrato entabulado entre as reclamadas (fls. 297).

“(A). o iFood é uma empresa de tecnologia que atua como agente /intermediário entre os Restaurantes e demais Lojas Parceiras

("Estabelecimentos") que desejam vender os seus produtos ("Produtos") aos Clientes Finais, estando todos cadastrados em sua plataforma ("Plataforma iFood");

(B). a depender do plano de contratação escolhido pelos Estabelecimentos e como condição essencial à realização da intermediação de negócios mencionada no item (A), acima, o iFood poderá firmar Contratos com empresas para viabilizar as entregas dos Pedidos recebidos pelos Estabelecimentos em questão;

(C). A Intermediada garante possuir expertise e experiência na atividade de entrega, sendo plenamente capacitada para tal;

(...)

1.1. O iFood compromete-se a intermediar serviços de entregas dos Produtos, em favor da Intermediada ('Serviços de Entrega'), dos pedidos efetuados através da Plataforma iFood, podendo licenciar gratuitamente e de forma não exclusiva, para tal finalidade, o Fleet; em contrapartida, a Intermediada assumirá as atividades de entrega que lhe convier, garantindo um nível de atendimento adequado na execução das referidas atividades, nos termos e condições ora ajustados e conforme a legislação brasileira aplicável ("Serviços de Intermediação"), bem como a:

(i) disponibilizar pessoal habilitado ('Entregadores') para a atividade de entrega por diversas modalidades, tais como, mas não se limitando a carro, bicicleta, patinete, a pé etc., utilizando meios de transporte de propriedade da Intermediada ou de seus Entregadores, observando as disposições legais aplicáveis a cada modalidade;

(...)

2.1. Para fins deste Contrato, a Intermediada deverá garantir a disponibilidade de Entregadores em número proporcional às entregas compartilhadas nos períodos necessários, sendo que referidas condições serão ajustadas por comum acordo entre as Partes, devendo sempre serem observados os níveis de atendimento acordados.

(...)

2.1.2. As Partes reconhecem que poderá ser aplicada uma penalidade de no mínimo R\$ 40,00 (quarenta reais) em razão do descumprimento das condições pactuadas em comum acordo na Cláusula 2.1. acima e ainda que referidos valores poderão ser deduzidos pelo iFood dos valores a serem pagos a Intermediada ou poderão ser cobrados por meio de nota de débito, conforme o caso.” (grifei).

Ou seja, emerge do referido contrato que a atividade de entrega é essencial à intermediação de negócios entre os restaurantes/clientes e o consumidor final.

E, a fim de garantir a realização das entregas, atividade essa essencial, como acima mencionado, o Ifood passou a fazer parcerias com operadores logísticos, que servem de intermediários entre a 2ª reclamada e os entregadores.

Logo, resta cristalino que as rés possuem uma relação jurídica análoga à verificada entre as empresas tomadoras e intermediadoras de mão de obra.

Resta patente que a 2ª reclamada é beneficiada pelos serviços prestados pela parte autora, visto que, como consta expressamente do referido contrato, a atividade de entrega de refeições/mercadorias é indispensável/essencial à realização do objetivo social da reclamada, que é a intermediação de negócios entre “os Restaurantes e demais Lojas Parceiras (‘Estabelecimentos’) que desejam vender os seus produtos (‘Produtos’) aos Clientes Finais”.

Assim, caberia à 2ª fiscalizar a organização e execução dos contratos firmados entre ela e as empresas “Ols”, como forma de evitar a existência de fraude trabalhista.

Nesse sentido, destaco os seguintes arestos:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MOTOBOY. IFOOD. A legitimidade ad causam consiste na titularidade ativa e passiva da ação, devendo ser aferida in statu assertionis. Destarte, a mera alegação nas assertivas da inicial de que a parte é devedora já satisfaz a pertinência subjetiva da lide, a qual é apreciada em abstrato. Não se confunde relação jurídica de direito material com relação jurídica de direito processual. Quanto à questão de fundo, alega a recorrente que mantém com a 1ª ré uma relação de natureza civil, de intermediação de negócios. Ademais, a única testemunha ouvida, convidada a rogo do autor, afirmou que o reclamante fazia entregas para o Ifood, com exclusividade. Portanto, inequívoco que a recorrente se beneficiou da prestação de serviços obreira, fazendo incidir, assim, os exatos termos da Súmula n.º 331, do C. TST.” (PROCESSO nº 1001157-61.2018.5.02.0007 (RO), RELATORA: IVETE BERNARDES VIEIRA DE SOUZA, Data de Publicação: 31/01/2020, 17ª Turma, TRT 2ª Região.)

“TERCEIRIZAÇÃO. MOTOBOY. SERVIÇOS DE ENTREGA DE PRODUTOS COMPROVADOS ATRAVÉS DO SITE DA EMPRESA CONTRATANTE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA CONFIGURADA. Sendo incontroversa a prestação de serviços, responde o tomador de forma subsidiária, conforme previsto na Súmula 331 do C. TST, bastando a presunção de culpa in elegendo ou in vigilando.” (TRT-1 - RO: 01000786520175010062 RJ, Relator: MARIA HELENA MOTTA, Data de Julgamento: 22/05 /2018, Gabinete da Juíza Convocada Maria Helena Motta, Data de Publicação: 25/05 /2018).

O fundamento pelo qual se impõe a responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços reside na culpa “in vigilando”, configurada no caso em concreto, já que a 2ª reclamada não comprovou a fiscalização do contrato. Logo, atrai-se a aplicação do art. 186 do Código Civil.

Ademais, a recente lei 13.429/2017, que acrescentou o art. 5º-A

na Lei 6.019/74, estabeleceu expressamente que a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços.

Ressalto que a responsabilidade subsidiária imputada ao tomador dos serviços compreende exatamente a transferência do ônus de cumprir com o título executivo judicial, em caso de inadimplemento do devedor principal. Logo, sendo responsabilizada subsidiariamente, a tomadora dos serviços deverá responder pelo pagamento integral das parcelas deferidas na sentença.

Portanto, reconheço a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada em relação ao pagamento de todas as parcelas deferidas nesta sentença. Exclui-se da responsabilização os pleitos de obrigação personalíssima da 1ª reclamada, ou seja, as obrigações de fazer impostas nesta decisão referente a anotação na CTPS e entrega das guias.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

Inaplicável a multa de litigância de má-fé, pois não observo quaisquer das hipóteses previstas no art. 793-B da CLT. O reclamante se vale de seu direito constitucional de ação, viabilizando a formação do contraditório e da ampla defesa pela ré. O mero exercício de um direito não enseja a cominação imposta, sob pena de banalizar o instituto. Indefiro.

LIMITAÇÃO AOS VALORES INDICADOS NA PETIÇÃO INICIAL.

A nova redação do parágrafo 1º do art. 840 da CLT estabelece que o pedido deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor. Todavia, ressalto que os valores ali lançados consistem em estimativas para efeito de alçada, sem efeito de vinculação ou limitação. Os créditos da parte autora serão apurados corretamente em fase de liquidação, com a incidência de juros e correção monetária.

JUSTIÇA GRATUITA.

Defiro o pedido de gratuidade processual à parte autora, nos termos do artigo 790, parágrafo 3º da CLT (nova redação dada pela Lei nº 13.467/2017), uma vez que há declaração de hipossuficiência econômica para demandar sem prejuízo da subsistência própria ou de sua família, consoante Lei 1060/50 e art. 4. da Lei 5584/70, não infirmada por provas em contrário. Saliento que a apresentação de declaração de pobreza é suficiente para comprovar a insuficiência de recursos, visto que revestida por presunção relativa de veracidade (artigo 1º da Lei 7.115/83).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS.

A Lei nº 13.467/2017 acrescentou o artigo 791-A na Consolidação das Leis do Trabalho que autoriza a condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência a parte perdedora da demanda, ou em relação a parte da ação em que foi vencida.

Assim a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, em todas as ações perante a Justiça do Trabalho, a concessão de honorários advocatícios se dá pela mera sucumbência da parte.

A fixação pelo Juízo do percentual dos honorários sucumbenciais obedece aos requisitos estabelecidos pelo art. 791-A, o qual dispõe que: "Ao advogado, ainda que atue em causa própria, 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".

Dessa maneira, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, fixo o percentual de honorários sucumbenciais em 10%. Ao (s) advogado (s) da parte reclamante tal percentual incidirá sobre os pedidos acolhidos calculando-se pelo valor total atualizado da condenação que resultar da liquidação da sentença.

No mais, em recente decisão exarada na ADIn 5.766, o plenário do STF decidiu que são inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentados pela Lei nº 13.467/2017, que previam o pagamento de honorários periciais e sucumbenciais pela parte vencida, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

Desta feita, revendo posicionamento anterior, tendo em vista que foram concedidos à parte reclamante os benefícios da justiça gratuita, deixo de fixar honorários em honorários sucumbenciais em favor dos patronos das partes reclamadas.

NATUREZA JURÍDICA DAS PARCELAS

Para fins do disposto no art. 832, § 3º, da CLT, declaro que as parcelas ora deferidas têm natureza salarial, com exceção das previstas no art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91 e daquelas porventura ressalvadas no próprio corpo da sentença.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS.

Deverá a 1ª reclamada comprovar o recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias, autorizada a dedução da quota do empregado, sobre as parcelas de natureza salarial, incidente mês a mês, e observado o regime de competência, nos termos da Súmula n. 368 do C. Tribunal Superior do Trabalho. No cálculo do Imposto de Renda não há incidência dos juros de mora, nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 404 da 1ª Subseção dos Dissídios Individuais do C. Tribunal Superior do Trabalho, tampouco das férias (súmula 386/STJ). Esclareço, por oportuno, que a importância devida a título de contribuição previdenciária não integra a base de cálculo do IRPF.

Faculta-se à ré, se for o caso, no mesmo prazo de que disporá para apresentar cálculos de liquidação, a comprovação de: a) sua inscrição no SIMPLES; b) ser beneficiária de imunidade ou isenção tributária em relação às contribuições previdenciárias patronais.

CRITÉRIOS PARA LIQUIDAÇÃO

Liquidação por cálculo.

Autorizo a compensação de valores comprovadamente pagos sob os mesmos títulos.

Por fim, deverá ser integralmente aplicado o quanto restou decidido nos autos das ADCs nºs 58 e 59 e das ADIs nºs 5867 e 6021, devendo ser observado que a taxa SELIC já engloba os juros e a correção monetária.

III. DISPOSITIVO

Com base nos fundamentos expostos, que integram esta conclusão para todos os efeitos legais, na ação trabalhista proposta por ----- em face de ----- e IFOOD AGÊNCIA DE SERVIÇOS DE RESTAURANTES LTDA, decido:

rejeitar as preliminares suscitadas;

no mérito, julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados e assim:

- reconheço a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada em relação ao pagamento de todas as parcelas deferidas nesta sentença. Exclui-se da responsabilização os pleitos de obrigação personalíssima da 1ª reclamada, ou seja, as obrigações de fazer impostas nesta decisão referente a anotação na CTPS e entrega das guias;

- reconheço a relação empregatícia do reclamante para com a 1ª reclamada, de 15/04/2021 a 17/06/2021, na função de Entregador/"Motoboy", mediante salário de R\$ 2.240,00 mensais;

- reconheço que ocorreu a rescisão contratual sem justa causa em 17/06/2021 com projeção do aviso prévio para 17/07/2021;

- condeno ao pagamento, já se considerando a projeção do

aviso prévio, das seguintes verbas contratuais e rescisórias, no limite do pedido: aviso prévio de 30 dias; férias proporcionais + 1/3 (3/12); décimo terceiro proporcional de 2021 (3/12); FGTS + 40%;

- deverá a 1ª reclamada proceder às devidas anotações do contrato de trabalho na CTPS do obreiro, após o trânsito em julgado, quando intimada nesse sentido. O descumprimento das obrigações de fazer ensejará a aplicação de multa no importe R\$ 100,00 (cem reais), nos termos do artigo 497 c/c 537, do novo CPC, em favor da parte autora. Em caso de inércia da reclamada, a anotação será realizada pela Secretaria da Vara, nos termos do artigo 39 da CLT, sem prejuízo da multa;

- deverá a 1ª reclamada, no prazo estipulado pelo juízo de execução, comprovar os recolhimentos fundiários devidos durante todo o período contratual reconhecido, além dos incidentes sobre as parcelas de natureza salarial da presente condenação, inclusive a indenização de 40% devida pela dispensa imotivada, além de fornecer as guias para levantamento do FGTS, executando-se diretamente por quantias equivalentes caso verificada a inadimplência, inexistência ou insuficiência dos depósitos;

- condeno ao pagamento das horas extras excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, conforme a jornada de trabalho acima reconhecida, acrescidas do adicional legal de 50%. Os feriados trabalhados e não compensados são devidos em dobro. Por habituais, incidem reflexos em DSR, 13º salário, férias acrescidas de 1/3, aviso prévio, depósitos do FGTS + multa de 40%;

- condeno ao pagamento de indenização correspondente a quarenta minutos extras por dia trabalhado, acrescidos do adicional de 50% (no limite do pedido), durante todo o pacto, em razão do descumprimento do intervalo intrajornada.

Improcedem os demais pedidos.

Custas pelas rés no importe de R\$ 200,00, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 10.000,00.

Honorários advocatícios, justiça gratuita, correção monetária e juros na forma da fundamentação.

Intimem-se as partes.

GLÁUCIA REGINA TEIXEIRA DA SILVA

Juíza do Trabalho Substituta

(documento assinado eletronicamente)

SANTO ANDRE/SP, 11 de fevereiro de 2022.

GLAUCIA REGINA TEIXEIRA DA SILVA

Juíza do Trabalho Substituta



Assinado eletronicamente por: GLAUCIA REGINA TEIXEIRA DA SILVA - Juntado em: 11/02/2022 14:07:17 -
4dbb003 <https://pje.trt2.jus.br/pjekz/validacao/22020716560839500000243531139?instancia=1>
Número do processo: 1000956-44.2021.5.02.0434
Número do documento: 22020716560839500000243531139