



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO
6ª VARA DO TRABALHO DE PORTO VELHO
ATOrd 0001771-48.2021.5.14.0006
RECLAMANTE: ODAIR SOUZA OLIVEIRA JUNIOR
RECLAMADO: SIS MOTO ENTREGAS EXPRESS SERVICOS - EIRELI E
OUTROS (2)

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

O reclamante ajuizou ação em 08/10/2021, alegando haver sido contratado pela reclamada em 12/4/2019, na função de operador de logística, mas a CTPS somente foi anotada em 1º/5/2021, e despedido sem justa causa em 11/8/2021. Assegurou que a segunda reclamada foi a beneficiária pelos serviços prestados. Aduziu que laborava em sobrejornada, com violação ao intervalo intrajornada e em horário noturno. Salientou que laborava com utilização de motocicleta. Pleiteou o reconhecimento de vínculo empregatício e unididade contratual a partir de 12/4/2019, com retificação em CTPS, além do pagamento de rescisórias, horas extras, horas intrajornada, DSR em dobro, adicional noturno, adicional de periculosidade, bem como a responsabilidade subsidiária ou solidária da segunda reclamada e benefícios da Justiça gratuita. Juntou documentos.

A primeira reclamada contestou, negando o direito do reclamante, pugnando pela total improcedência dos pedidos da inicial, dedução e condenação do reclamante como litigante de má-fé. Juntou documentos.

A segunda reclamada contestou, suscitando preliminares de ilegitimidade de parte e de inépcia da inicial. No mérito, pugnou pela total improcedência dos pedidos da inicial. Juntou documentos.

O reclamante não impugnou os documentos anexados com as contestações, conforme ID. 4eb328f - Pág. 1.

Colhido o depoimento pessoal do reclamante, dispensado o dos prepostos das reclamadas e interrogadas duas testemunhas. Sem mais provas, encerrou-se a instrução processual. Razões finais remissivas pelas partes. Rejeitada a renovação da proposta conciliatória.

II – FUNDAMENTAÇÃO

DA COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS.

Para que as intimações sejam feitas em nome deste ou daquele advogado, em conjunto ou separadamente, faz-se necessário que eles próprios se habilitem no sistema PJe neste processo com o seu respectivo certificado digital, uma vez que as intimações são feitas de modo automático pelo sistema via Diário oficial apenas para os advogados habilitados nos autos via sistema.

Essa determinação está em consonância com o previsto no art. 16 da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST ("Para efeito de aplicação do §5º do art. 272 do CPC, não é causa de nulidade processual a intimação realizada na pessoa do advogado regularmente habilitado nos autos, ainda que conste pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome de outro advogado, se o profissional indicado não se encontra previamente cadastrado no Sistema de Processo Judicial Eletrônico, impedindo a serventia judicial de atender ao requerimento de envio de intimação direcionada. A decretação da nulidade não pode ser acolhida em favor da parte que lhe deu causa (CPC, art. 276)").

Se a habilitação já foi feita não há o que requerer, pois, repita-se, as intimações serão feitas de forma automática em nome de TODOS os advogados habilitados nos autos.

Saliente-se que cabe ao Juiz, no exercício de condução do processo, determinar a prática de um ato processual e a cominação de efeito jurídico para o seu descumprimento, de forma que não cabe aos advogados das partes estabelecer a sanção processual em caso de hipotético indeferimento da maneira de se realizar a intimação.

DIREITO INTERTEMPORAL

A presente ação foi ajuizada quando já vigente a Lei n. 13.467/2017 e o contrato de trabalho alegado é posterior à entrada em vigor da referida Lei.

Portanto serão aplicadas integralmente os termos da Reforma Trabalhista ao presente feito.

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL

Reputa-se inepta a inicial quando lhe falte pedido ou causa de pedir; quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; quando o pedido for juridicamente impossível ou contiver pedidos incompatíveis entre si – art. 330, §1º, I a IV, do novo CPC.

A aplicabilidade desta disposição legal subordina-se ao estatuído na CLT (§1º, do art. 840), que para a ação trabalhista prevê apenas a qualidade das partes, uma breve exposição dos fatos de que resulte a ação, o pedido, a data e a assinatura.

Na espécie, não ocorreu quaisquer das hipóteses abstratamente previstas na norma processual, visto que a petição inicial contempla todos os elementos necessários ao processamento da demanda, possibilitando o exercício do contraditório por parte da reclamada.

Assim sendo, estando a petição inicial, de acordo com o art. 840 da CLT c/c o art. 319 do novo CPC, aplicável subsidiariamente, não há inépcia a ser declarada.

Rejeito a preliminar.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*

A segunda reclamada alegou não ser parte legítima a figurar no polo passivo do presente feito porque ausente qualquer relação entre a atividade final desenvolvida pelas empresas e também

porque o reclamante não lhe teria prestado nenhum tipo de serviço.

Na verdade, a reclamada confunde questão preliminar com matéria de fundo, de mérito.

Legitimados ao processo são os sujeitos da lide, ou seja, os titulares dos interesses em conflito, cabendo a legitimação passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.

Aplica-se à questão a teoria da asserção, segundo a qual a análise das condições da ação é feita à luz das afirmações do demandante contida em sua petição inicial.

No entanto, se a responsabilidade da segunda reclamada é solidária ou subsidiária ou direta, são pontos que dizem respeito ao direito material deduzido em juízo, logo, questões de mérito, que serão analisadas oportunamente.

Rejeita-se, pois, a preliminar em tela.

DO MÉRITO

DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

O reclamante alegou que começou a trabalhar em 12/4/2019, mas que somente teve sua CTPS anotada em 1º/5/2021.

A primeira reclamada negou a existência de vínculo empregatício.

Entretanto, analisando os documentos dos autos, observo que o reclamante teve CTPS anotada pela primeira reclamada a partir de 1º/5/2021, com salário de R\$1.500,00, cujo contrato foi baixado em 11/8/2021, conforme ID. d164731 - Pág. 3.

Consta também um contrato de prestação de serviços de transporte por moto boy firmado entre o reclamante e a primeira reclamada, com data de 12/4/2019.

Logo, a análise será entre 12/4/2019 a 30/4/2021.

O art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Sérgio Pinto Martins, diz que “o contrato de trabalho representa um pacto de atividade, pois não se contrata um resultado. Deve haver continuidade na prestação de serviços, que deverão ser remunerados e dirigidos por aquele que obtém a referida prestação. Tais características evidenciam a existência de um acordo de vontades, caracterizando a autonomia privada das partes”.

Assim, verifica-se que para que haja o vínculo empregatício se faz necessário a existência dos requisitos exigidos pelo art. 3º da CLT, quais sejam, não-eventualidade, subordinação, onerosidade e pessoalidade, além da alteridade.

Demais disso, o ônus da prova pertence à reclamada por ser um fato obstativo ao direito do reclamante, uma vez que não foi negada a prestação de serviços, mas sim a natureza dessa relação.

Com relação ao primeiro requisito, a não-eventualidade, as principais teorias informadoras da noção de eventualidade (não-eventualidade) são: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica. Adiante-se que a teoria da descontinuidade seria incompatível com a CLT, mas harmônica à Lei do Trabalho Doméstico, ao passo que as três subsequentes seriam ajustadas ao espírito do texto celetista.

A teoria da descontinuidade informa que eventual seria o trabalho descontínuo e ininterrupto com relação ao tomador enfocado. Para essa formulação teórica, o trabalho eventual tem caráter fragmentado, verificando-se sua ocorrência de modo disperso no tempo, com rupturas e espaçamentos temporais significativos com respeito ao tomador de serviços examinado.

Ao preferir a expressão negativa de serviços de natureza não-eventual, a CLT teria querido, na verdade, firmar sua rejeição à teoria da continuidade-descontinuidade na caracterização do referido pressuposto da relação de emprego.

Desse modo, à luz da Consolidação, um trabalhador que preste serviços ao tomador, por diversos meses seguidos, mas apenas em domingos ou fins de semana (caso de garçons de clube campestres, por exemplo), não poderia se configurar como trabalhador eventual, em face da não absorção, pela CLT, da teoria da descontinuidade (evidentemente, considerando-se presentes os demais elementos fático-jurídicos exigidos pela CLT).

Informa, por sua vez, a teoria do evento, que se considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço. Seu trabalho para o tomador terá a duração do evento esporádico ocorrido.

A teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa) é talvez a formulação teórica mais prestigiada entre as quatro aqui enfocadas. Informa tal teorização que eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa – tarefas que, por essa mesma razão, serão esporádicas e de estreita duração.

Há, finalmente, a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços. Informa essa construção teórica ser eventual o trabalhador “que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa numa fonte de trabalho. Eventual não é fixo. Empregado é fixo. A fixação é jurídica” (Amauri Mascaro Nascimento).

No presente caso, comprovado que o reclamante prestou serviços à primeira reclamada desde 12/4/2019, conforme o contrato firmado nos autos.

Logo, o reclamante não foi contratado para um único e determinado evento, estando fixado juridicamente ao tomador dos serviços, já que não há prova de que laborasse para outra empresa no mesmo período.

Analisando a teoria dos fins do empreendimento, observo que a primeira reclamada tem como atividade econômica serviços de entrega rápida, que se enquadra exatamente na atividade desenvolvida pelo reclamante.

Portanto, reconheço a existência do requisito não-eventualidade.

A onerosidade não foi negada, já que o trabalho não era voluntário ou sem fins lucrativos.

Além disso, havia um valor mínimo garantido por dia de trabalho, a depender se era almoço, tarde ou horário do jantar.

Também foi pago valor para o reclamante permanecer em casa, quando doente de covid-19, segundo afirmado por este em seu depoimento pessoal.

A alteridade, por sua vez, significa que o empregado presta serviços por conta alheia (alteridade). Alteridade vem de alteritas, de alter, outro. É um trabalho sem assunção de qualquer risco pelo trabalhador. O empregado por participar dos lucros da empresa, mas não dos prejuízos.

No caso, a motocicleta pertencia ao reclamante, mas isso não significa que todo o risco do negócio pertencesse a ele.

Isso porque o serviço não era composto somente da motocicleta, mas precisava da bolsa, de máquina de cartão, etc.

A pessoalidade também restou comprovada, já que se o reclamante faltasse ao trabalho por algum motivo, a primeira reclamada providenciava outro trabalhador.

A subordinação, no presente caso, é o traço fundamental.

Isso porque a subordinação aqui não é pessoal e direta de comando, mas aquela prevista no art. 6º da CLT:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

(Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011).

Parágrafo único. 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).

A subordinação que o reclamante estava sujeito era aquela por meio telemático e informatizado de comando, já que todas as cobranças eram realizadas por meio do aplicativo.

Inclusive, a preposta da primeira reclamada confirmou que “primeiro o entregador faz o cadastro no aplicativo Ifood para entregadores; que depois manda as mesmas informações para a 1ª

reclamada via telegram”, o que confirma que para trabalhar com a plataforma digital existe a necessidade de passar pela primeira reclamada.

Além disso, a primeira reclamada possui um líder local, que organiza as escalas de trabalho, conforme confessado pela mesma preposta: “que o líder local pergunta um dia antes aos entregadores quem pode rodar no dia seguinte e conforme as informações vai elaborando a escala”.

Para que o entregador possa deslocar antes do término do turno, existe todo um procedimento, conforme dito pela preposta: “escala; que o entregador pode deslogar antes de terminar o turno; que a primeira reclamada somente pede que o entregador comunique o líder local para que seja retirado da tela e se der tempo seja substituído por outro entregador; que o líder local vai ligando para as pessoas a fim de viabilizar algum entregador para substituir o outro”.

Embora a primeira reclamada tenha se esforçado em comprovar que o reclamante também trabalhava com outras plataformas digitais, registre-se que, primeiro, não restou provado, e, segundo, que a exclusividade jamais foi requisito para exclusão de vínculo empregatício.

Portanto, estando presentes os requisitos ensejadores, nos termos do art. 6º e 3º da CLT, declaro a existência de vínculo empregatício entre o reclamante e a primeira reclamada, desde 12/4/2019.

DO VALOR DO SALÁRIO

O reclamante alegou salário mensal de R\$3.000,00.

A primeira reclamada impugnou genericamente.

A segunda reclamada afirmou que não há prova nos autos de que o reclamante recebesse a remuneração alegada e que o próprio TRCT indica como última remuneração o valor de R\$2.000,00.

Contudo, a preposta da primeira reclamada confessou: “que o pagamento é feito quinzenalmente; que o ifood manda o dinheiro para a SIS que repassa para os entregadores; que os pagamentos são feitos mediante depósito bancário”.

Portanto, tanto a primeira quanto a segunda reclamada tinham o controle das quantias pagas ao reclamante, mas mesmo assim, limitaram-se a impugnar a remuneração mensal indicada na petição inicial, sem demonstrar os reais valores pagos, quinzenalmente ou mensalmente.

Inclusive, sequer a primeira reclamada anexou aos autos os recibos de pagamento de salário, ainda que do período anotado em CTPS.

Não se pode esquecer que é dever do empregador emitir recibo de pagamento de salário, conforme dispõe o art. 464 da CLT, in verbis:

Art. 464 - O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo.

Parágrafo único. Terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997).

Diante do exposto, reconheço o valor de R\$3.000,00 como média do salário mensal.

DAS VERBAS RESCISÓRIAS

Considerando a admissão em 12/4/2019, a despedida sem justa causa em 11/8/2021, o TRCT de ID. 87e0cd0, levando-se em conta, ainda, a integração do período do aviso prévio de 45 dias no contrato de trabalho, e o salário de R\$850,00, condeno a reclamada a pagar ao reclamante as seguintes verbas:

- a) diferença de aviso prévio indenizado de 36 dias (R\$3.600,00 - R\$2.000,00): R\$1.600,00;
- b) 13º salário proporcional de 2019 em 9/12: R\$2.250,00;
- c) 13º salário integral de 2020: R\$3.000,00;
- d) diferença de 13º salário proporcional de 2021 em 4/12: R\$1.000,00;
- e) diferença de 13º salário sobre aviso prévio: R\$250,00;
- f) diferença de férias + 1/3 sobre aviso prévio: R\$333,33;
- g) férias integrais do período aquisitivo 12/4/2019 a 11/4/2020 + 1/3, em dobro por violação ao art. 137 da CLT: R\$8.000,00;
- h) férias integrais do período aquisitivo 12/4/2020 a 11/4/2021 + 1/3: R\$4.000,00;
- i) férias do período aquisitivo 12/4/2021 a 30/4/2021, em 1/12, + 1/3: R\$333,33;

DO FGTS

A reclamada deverá comprovar nos autos, no prazo de 8 dias, após o trânsito em julgado, independentemente de intimação, os recolhimentos da diferença de FGTS de todo o contrato de trabalho e sobre as verbas rescisórias, acrescidos da indenização compensatória de 40%, sob pena de indenização direta nos próprios autos, nos termos do art. 816 do novo CPC.

Após a comprovação dos depósitos, a Secretaria fica autorizada a expedir alvará para o soerguimento dos valores depositados.

Considerando o disposto no parágrafo único do artigo 26 da Lei n. 8.036/1990 fica ressalvado, desde já, que a indenização mencionada no parágrafo anterior não quita o FGTS perante o órgão gestor, mas somente perante o reclamante.

Os cálculos deverão ser realizados considerando o valor do salário em R\$3.000,00.

DA JORNADA DE TRABALHO

O reclamante alegou que laborava das 11h às 15h e das 18h às 00h, em todos os dias da semana, incluindo feriados, totalizando uma jornada diária de 10 horas, com 01 folga a cada 15 dias.

Acrescentou que de duas a três vezes por semana trabalhava de forma ininterrupta de 11h às 00h, sem a concessão de intervalo intrajornada.

Requeru horas extras, horas intrajornada e adicional noturno.

A primeira reclamada alegou que se trata de trabalho externo, não sendo possível o controle de horários.

A ordem jurídica reconhece que a aferição de uma efetiva jornada de trabalho cumprida pelo empregado supõe um mínimo de fiscalização e controle por parte do empregador sobre a prestação concreta dos serviços ou sobre o período de disponibilidade perante a empresa.

O critério é estritamente prático: trabalho não fiscalizado nem minimamente controlado é insuscetível de propiciar a aferição da real jornada laborada pelo obreiro, portanto, não enseja o pagamento de horas extras.

Além disso, essa condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados, consoante art. 62, inciso I, da CLT.

Assim, é ônus da reclamada comprovar a exceção alegada.

Sobre o assunto, a testemunha arrolada pelo reclamante, Sr. RANISSON OLIVEIRA DA COSTA, disse o seguinte:

DA JORNADA DE TRABALHO: que o depoente trabalhava das 11h às 15h e das 18h à meia noite; que o depoente trabalhava todos os dias e somente tirava a folga duas vezes por mês que poderia ser de segunda a quinta; que os horários de trabalho e os dias de folga do reclamante eram iguais do depoente; que o dia da folga não era escolhido pelo depoente; que o horário de trabalho do depoente foi determinado pela primeira reclamada; que tempo on-line significa o tempo da jornada de trabalho do depoente; que o depoente não assinava folhas de ponto, mas era monitorado por GPS; que o depoente não escolhia os horários e nem as escalas de trabalho; que tudo era determinado pela SIS motos;

DAS HORAS EXTRAS: que nos casos de alta demanda e quando a motocicleta de outro trabalhador dava problema o depoente poderia ser colocado para trabalhar também de 15h às 18h, que seria o intervalo do depoente; que poderia acontecer do depoente trabalhar direto normalmente nos finais de semana, em razão da alta demanda; que também acontecia o mesmo com o reclamante;

DA INTRAJORNADA: que não existe possibilidade de pausar no aplicativo; que existe o botão de pausa no aplicativo por 20 minutos, mas o

depoente não conseguia em razão da alta demanda; que essa pausa no aplicativo era por turno de trabalho; que em tese poderia haver dois intervalos de 20 minutos por dia de trabalho; Nada mais.

Portanto, diante do depoimento da testemunha, restaram comprovadas todas as assertivas obreiras, sem provas robustas em sentido contrário.

O §2º do art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação dada pela Lei nº 7.855, de 24/10/1989), determina que haja registro da jornada de trabalho para os estabelecimentos com mais de dez trabalhadores:

“§2º Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)”.

Já a nova redação do referido §2º dada pela Lei n. 13. 874 de 20/9/2019 é a seguinte:

§2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei n. 13.874, de 20/9/2019)

A consequência legal de não haver registro de jornada de trabalho é que passa a ser ônus do empregador provar a jornada de trabalho do reclamante, consoante dispõe a Súmula n. 338 do C. Tribunal Superior do Trabalho, entendimento com o qual este Juízo coaduna:

“JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)”.

Portanto, mais uma vez, caberia à reclamada a prova da jornada de trabalho diferente do que o reclamante afirmou na exordial, ônus do qual não se desincumbiu.

Diante do acima exposto, fixo a jornada laboral do reclamante da seguinte forma: das 11h às 15h e das 18h às 00h, em todos os dias da semana, incluindo feriados, com 01 folga a cada 15 dias; e em duas vezes por semana, de forma ininterrupta de 11h às 00h, sem a concessão de intervalo intrajornada.

Assim sendo, nos termos do art. 7º, XIII, da CF, condeno a reclamada a pagar ao reclamante as horas extras que forem apuradas, as que ultrapassarem à 8ª diária e 44ª semanal, com adicional de 50%, para o trabalho de segunda-feira a domingo (conforme o pedido), e 100% para os dias de domingo (na semana que não houve o repouso) e feriado nacional, já que o reclamante não especificou os feriados estaduais e municipais.

O art. 71 da CLT determina que em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual deverá ser, no mínimo, de 01 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 02 (duas) horas.

No caso, condeno a reclamada a pagar ao reclamante 01 hora a título de intervalo intrajornada violado, em 02 vezes por semana.

O direito ao adicional pelo trabalho noturno encontra respaldo no art. 7º, IX, da Constituição Federal. O art. 73, §2º, da CLT esclarece que trabalho noturno para o trabalhador urbano é aquele realizado entre às 22h de um dia e 05h da manhã do dia seguinte, a qual deve ser remunerada com adicional de 20%.

Assim sendo, condeno a reclamada a pagar ao reclamante o adicional noturno de 20% sobre o valor da hora diurna, pelo trabalho realizado das 22h às 00h.

Os cálculos deverão observar os seguintes parâmetros: salário de R\$3.000,00; divisor 220%; período de 12/4/2019 a 11/8/2021.

Diante da habitualidade, defiro os reflexos das horas extras e do adicional noturno sobre 13º salário, férias + 1/3, DSR e FGTS + 40%.

Indefiro os reflexos das horas intrajornada por expressa disposição do art. 71, §4º, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017.

DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Incontroverso que o reclamante laborava em motocicleta.

O adicional de periculosidade consiste em parcela contraprestativa suplementar devida ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas. Encontra-se estabelecido no art. 193, §1º, da CLT.

O adicional de periculosidade está definido no art. 193 da CLT, conforme a seguinte redação:

“Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012).

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;(Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012).

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012).

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012).

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (Incluído pela Lei nº 12.997, de 2014).” (grifei)

Acontece que o adicional de periculosidade estabelecido pela Lei n. 12.997/2014, conforme expressamente estabelece o “caput” do art. 193 da CLT, foi regulamentado pela Portaria MTE 1.565/2014, que incluiu o Anexo 5 na NR 16, nos seguintes termos:

“ANEXO 5

1. As atividades laborais com utilização de motocicleta ou motoneta no deslocamento de trabalhador em vias públicas são consideradas perigosas.

2. Não são consideradas perigosas, para efeito deste anexo:

- a) a utilização de motocicleta ou motoneta exclusivamente no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela;*
- b) as atividades em veículos que não necessitem de emplacamento ou que não exijam carteira nacional de habilitação para conduzi-los;*

c) as atividades em motocicleta ou motoneta em locais privados.

d) as atividades com uso de motocicleta ou motoneta de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido”.

O direito ao adicional de periculosidade não é para motoboy, em sentido estrito, mas para todo trabalhador que utiliza motocicleta ou motoneta para o deslocamento em vias públicas, sendo esse exatamente o caso do reclamante.

Quanto ao argumento da reclamada de que a Portaria MTE 1.565/2014 teve seus efeitos suspensos, em face da Portaria MTE 5/2015, este não prospera.

Ocorre que a Portaria MTE 5/2015 é expressa em declarar que suspende os efeitos da Portaria MTE 1.565/2014, somente em relação aos associados da Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas não Alcoólicas e aos confederados da Confederação Nacional das Revendas AMBEV e das Empresas de Logística da Distribuição.

Assim, não há falar em ampliação de seus efeitos a outras categorias ou em suspensão total da Portaria MTE 1.565/2014.

Diante do acima exposto, defiro o pedido do reclamante para o fim de condenar a reclamada a pagar ao reclamante o adicional de 30% sobre o salário de R\$3.000,00.

Em face da habitualidade defiro os reflexos sobre aviso prévio, 13º salário e férias + 1/3, FGTS + 40%.

DA MULTA DO §8º DO ART. 477 DA CLT

Indefiro a multa em comento porque o reclamante a requereu com base na não anotação do contrato de trabalho e pagamento de verbas rescisórias de 12/4/2019 a 30/4/2021. Acontece que do período posterior não há alegação de atraso no pagamento, no que presumo que foi pago no prazo estabelecido no §6º do art. 477 da CLT.

DA RETIFICAÇÃO EM CTPS

Por obrigação de fazer, deverá a primeira reclamada anotar a data de início do contrato de trabalho na CTPS do obreiro, com data de 12/4/2019, sem prejuízo de expedição de ofício à Delegacia Regional do Trabalho, comunicando o ocorrido.

Considerando o fato de que a Secretaria da 6a. Vara encontra-se fechada, faculto aos i. patronos das partes que combinem entre si uma forma de efetivar o cumprimento da obrigação, devendo somente haver a comprovação nos autos dentro do prazo de 15 dias corridos após o trânsito em julgado.

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O reclamante alegou que a segunda reclamada foi beneficiária dos serviços prestados durante todo o vínculo.

Aduziu que a primeira reclamada é uma "OL", ou seja, operadora logística, empresa que por contrato com a reclamada IFOOD recebe a maior quantidade dos pedidos de entregas a serem efetuados aos clientes.

Assegurou que a primeira reclamada organizava e determinava as escalas do reclamante, justamente porque, por meio de ditas escalas, a OL cumpre uma exigência feita pelo IFOOD para receber os pedidos e assim ser devidamente remunerada.

Ressaltou o reclamante que não se trata, a hipótese, de trabalhador com autonomia para “fazer o login”, pois o operador de logística é incentivada contratualmente pela reclamada IFOOD, recebe maior quantidade de pedidos de entregas e possui maiores facilidades de pagamento com os clientes, gerenciando o modo de trabalho dos entregadores com imposição de horário (escala e exigência de estar "on"-logado), realização de pagamentos e aplicação de sanções (descrédenciamento ou penalizações pecuniárias).

A segunda reclamada nega a sua responsabilidade, afirmando que não mantém contrato de prestação de serviços com a primeira reclamada, laborando apenas no agenciamento de serviços de restaurantes, "sendo certo que não atua no ramo de entregas (também chamados de delivery), tampouco no ramo de fabricação e comercialização de alimentos e bebidas".

Sustenta que "atua somente como fornecedora da plataforma virtual, através da qual se dão as operações COMERCIAIS de publicidade de venda de refeições (alimentos em geral) realizadas pelos restaurantes/lanchonetes parceiros aos consumidores finais".

Explica que a plataforma "apenas faz o elo entre os pedidos de entregas dos produtos (refeições dos restaurantes parceiros), feitos pelo consumidor final, e as empresas do ramo de entregas, como a ora primeira Reclamada".

Sem razão, no entanto.

Analisando o contrato social da primeira reclamada, verifica-se que se trata de uma EIRELI-ME, de titularidade de ALTAMAR LIMA DE ASSIS, que se qualificou como motoboy, cujo objeto é “serviços de malote não realizados pelo correio nacional e serviços de entrega rápida, com capital social de apenas R\$88.000,00 (oitenta e oito mil reais) e com sede na cidade do Rio de Janeiro-RJ.

Logo, a conclusão que se chega é que a primeira reclamada foi criada com o objetivo de organizar mão de obra para a segunda reclamada, já que de nada adiantaria esta intermediar a venda de alimentos se não houvesse quem entregasse.

Os pagamentos ao reclamante eram feitos quinzenalmente, da seguinte forma, conforme confessado pela preposta da primeira reclamada: “que o pagamento é feito quinzenalmente; que o ifood manda o dinheiro para a SIS que repassa para os entregadores; que os pagamentos são feitos mediante depósito bancário”.

Diante disso, evidenciado que existe um contrato de prestação de serviços em favor da segunda reclamada, para suprir a demanda de entregadores da plataforma digital.

Portanto, comprovado que a segunda reclamada foi beneficiária do trabalho prestado pelo reclamante como entregador de comidas e bebidas comercializadas no seu aplicativo.

Com a vigência da Lei n. 13.467/2017 acabou qualquer divergência sobre a terceirização de atividade meio ou de atividade fim, conforme art. 4º-A, da Lei n. 6.019/74:

Art. 4º-A. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Além disso, agora existe previsão expressa na lei para a responsabilização da empresa contratante, conforme art. 5º-A, §5º, da Lei n. 6.019/74, com a redação dada pela Lei n. 13.429/2017.

§5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

Além do mais, o entendimento contido na Súmula n. 331 do C. TST ainda está em vigor.

Na Repercussão Geral n. 725 do Excelso Supremo Tribunal Federal, também não deixa dúvida. In verbis:

"É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante".

Logo, a conclusão é que até pode haver a terceirização, nos moldes que ocorreu nos presentes autos, não formando vínculo de emprego direto com a empresa tomadora dos serviços, no entanto, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, implica em responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, desde que hajam participado da relação processual e constem do título executivo judicial. Nesse sentido é a Súmula n. 331, II, III e IV, exatamente o caso dos presentes autos.

In casu, a segunda reclamada não fiscalizou adequadamente o contrato, já que não há prova nesse sentido nos autos. O ônus de provar a efetiva fiscalização era dela, do qual não se desincumbiu.

No caso presente, a culpa *in vigilando* está patente, uma vez que o reclamante prestou serviços e não recebeu corretamente seus haveres trabalhistas.

A culpa *in eligendo* também está presente porque não há prova nos autos de que a reclamada principal tenha sido contratada após investigação no sentido de verificar sua idoneidade e nem houve preocupação da segunda reclamada em se cercar de garantias para evitar inadimplemento do pagamento de verbas devidas aos empregados.

Assim sendo, diante de todo o acima exposto, a responsabilidade da segunda reclamada será subsidiária, e de forma integral, referente ao período em que houve a prestação de serviços, ou seja, por todo o vínculo empregatício, de 12/4/2019 a 11/8/2021, conforme o inciso IV da Súmula n. 331, do Colendo TST, com a redação dada pela Resolução n. 174/2011. divulgado no DEJT em 27, 30 e 31/05/2011 e art. 5º-A, §5º, da Lei n. 6.019/74, com a redação dada pela Lei n. 13.429/2017.

DA JUSTIÇA GRATUITA

Restou comprovado que o obreiro encontra-se desempregado, conforme se extrai da CTPS anexada aos autos, ID. d164731 - Pág. 3.

Portanto, defiro ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, nos termos do art. 790, §3º, da CLT c/c o art. 98 do CPC.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO §4º DO ART. 791-A DA CLT

O Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766/DF, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 790-B, "caput", § 4º e 791-A, § 4º, ambos da norma consolidada. Eis a decisão Colegiada:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Com efeito, em atenção ao disposto no art. 102, §2º, da Constituição Federal, relativamente à eficácia e efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF nas ADIs e ADCs, o beneficiário da justiça gratuita fica dispensado do encargo dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Portanto, não há honorários advocatícios sucumbenciais aos advogados da parte reclamada, nos termos da decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766/DF, que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 790-B, "caput", § 4º e 791-A, § 4º, ambos da norma consolidada.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Na forma do art. 791-A da CLT, arbitro honorários advocatícios sucumbenciais à razão de 10% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, em prol do advogado do reclamante, haja vista o grau de zelo do profissional que observou os prazos processuais, o lugar da prestação do serviço que foi a própria comarca de Porto Velho, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

A reclamada requereu, em sua peça contestatória, a condenação da reclamante como litigante de má-fé.

Este Juízo não vislumbrou litigância de má-fé, por parte do obreiro. Este apenas buscou o Judiciário Trabalhista, utilizando-se de seu direito público subjetivo de ação, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Desta forma, indefiro o pedido supra.

DA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS

A Secretaria deverá, após o trânsito em julgado, expedir os seguintes ofícios, com cópia da presente sentença:

a) à Secretaria Regional de Trabalho e Emprego para aplicação de multas administrativas à primeira reclamada, tendo em vista que restaram comprovadas várias irregularidades, como a não anotação do contrato de trabalho em CTPS na data correta, não emissão de recibos de pagamento de salário, não informação correta à Previdência Social, não recolhimento correto de FGTS, dentre outras, a critério do auditor fiscal do trabalho;

DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA

Conforme julgamento conjunto das ADIs 5.867 e 6.021 e das ADCs 58 e 59, pelo E. STF, conferindo interpretação conforme à Constituição aos arts. 879, § 7º, e 899, § 4º, da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, e atribuindo eficácia erga omnes e efeito vinculante à decisão plenária, à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, em respeito ao princípio da segurança jurídica que deve permear a aplicação do direito, nos termos do art. 30 da LINDB e arts. 926 e 927 do CPC, os juros e a correção monetária deverão seguir os seguintes parâmetros:

a) na fase pré-judicial e até o ajuizamento da ação, do IPCA-E como índice de correção monetária para atualização dos débitos trabalhistas vencidos;

b) a partir do ajuizamento da ação e até o cumprimento integral da obrigação de pagar quantia certa fixada no título executivo, da taxa SELIC como índice composto de correção monetária e juros de mora para atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial na Justiça do Trabalho.

Fixo, ainda, como época própria de incidência dos referidos índices de atualização, o mês subsequente ao da prestação dos serviços ou aquele em que ocorreu o vencimento da obrigação, nos termos da Súmula nº 381 C. TST, à exceção de eventual indenização por dano moral.

REGISTROS FINAIS

Por razões de boa fé processual, as partes ficam científicas do seguinte:

a) os embargos de declaração não são destinados a rever fatos e provas produzidas e que foram apreciadas no julgamento, menos ainda para mudar decisão desfavorável à parte embargante, inclusive se no julgamento houve erro de apreciação destas provas. Para todos esses casos existe o recurso ordinário.

b) o juiz não está obrigado a apreciar todas as provas e argumentos das partes, mas apenas a analisar todos os pedidos (art. 141, do CPC de 2015) e a fundamentar suas decisões (art. 93, IX, CF), não sendo aplicável ao Processo do Trabalho o art. 489 do CPC de 2015, uma vez que o Processo do Trabalho tem regramento específico sobre a matéria (arts. 832 e 852-I da CLT), não havendo omissão nem compatibilidade para aplicação do CPC (art. 769 da CLT).

c) os embargos de declaração são destinados a corrigir as falhas de não julgar pedido formulado (e que não seja matéria já prevista em lei, como por exemplo, os juros de mora), não lançar no dispositivo item apreciado na fundamentação, ou ainda a existência de contradição sobre o raciocínio desenvolvido na fundamentação e o que foi lançado na conclusão (art. 897-A, da CLT).

d) não existe prequestionamento para recursos de decisões da 1ª instância e endereçados à 2ª instância (amplo efeito devolutivo da apelação).

e) a interposição de embargos de declaração, sem que existam as hipóteses acima, de forma clara, importará na aplicação da multa estabelecida no § 2º do art. 1026 do CPC.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, e o que mais dos autos consta, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados nessa ação trabalhista ajuizada por ODAIR SOUZA OLIVEIRA JUNIOR em face de SIS MOTO ENTREGAS EXPRESS SERVICOS - EIRELI e IFOOD.COM AGENCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A., para o fim de condenar a primeira reclamada e, subsidiariamente, a segunda, a pagar ao reclamante, as seguintes verbas:

a) diferença de aviso prévio indenizado de 36 dias: R\$1.600,00;

b) 13º salário proporcional de 2019 em 9/12: R\$2.250,00;

c) 13º salário integral de 2020: R\$3.000,00;

d) diferença de 13º salário proporcional de 2021 em 4/12: R\$1.000,00;

e) diferença de 13º salário sobre aviso prévio: R\$250,00;

f) diferença de férias + 1/3 sobre aviso prévio: R\$333,33;

g) férias integrais do período aquisitivo 12/4/2019 a 11/4/2020 + 1/3, em dobro: R\$8.000,00;

h) férias integrais do período aquisitivo 12/4/2020 a 11/4/2021 + 1/3: R\$4.000,00;

i) férias do período aquisitivo 12/4/2021 a 30/4/2021, em 1/12, + 1/3: R\$333,33;

- j) horas extras e reflexos sobre 13º salário, férias + 1/3, DSR e FGTS + 40%;
- l) horas intrajornada;
- m) adicional noturno e reflexos sobre 13º salário, férias + 1/3, DSR e FGTS + 40%;
- n) adicional de periculosidade e reflexos sobre aviso prévio, 13º salário e férias + 1/3, FGTS + 40%.

Deverá a reclamada, por obrigação de fazer, anotar o contrato de trabalho na CTPS da reclamante, com os dados, no prazo e sob as cominações constantes da fundamentação.

Deferidos os benefícios da Justiça gratuita.

Indeferidas as demais parcelas.

Tudo se observando os termos e parâmetros da fundamentação precedente que passa a integrar este dispositivo para todos os efeitos legais.

Nos termos do §3º, do art. 832 da CLT, indico as parcelas relativas ao 13º salário, horas extras, adicional noturno e adicional de periculosidade e seus reflexos em 13º e DSR, conforme o caso, como as que haverá incidência de INSS, sendo que a parte devida pelo reclamante deverá ser deduzida de seu crédito.

Os juros e a correção monetária da seguinte forma: a) na fase pré-judicial e até o ajuizamento da ação aplicar-se-á o IPCA-E como índice de correção monetária para atualização dos débitos trabalhistas vencidos; b) a partir do ajuizamento da ação e até o cumprimento integral da obrigação de pagar quantia certa fixada no título executivo aplicar-se-á a taxa SELIC como índice composto de correção monetária e juros de mora. Fixo, ainda, como época própria de incidência dos referidos índices de atualização, o mês subsequente ao da prestação dos serviços ou aquele em que ocorreu o vencimento da obrigação, nos termos da Súmula nº 381 C. TST, à exceção de indenização por dano moral, cuja aplicação ocorrerá a partir da data do arbitramento ou alteração do seu valor, na forma da Súmula nº 439 do TST.

Recolhimento da contribuição relativa ao imposto de renda a ser comprovada pela reclamada, autorizado a deduzir do crédito da reclamante a parcela que a este couber, nos termos das Leis n. 7.713/88, 8.541/92 e Instrução Normativa RFB n. 1.500, de 29/10/2014.

Após o trânsito em julgado, a Secretaria deverá expedir o ofício determinado na fundamentação.

A reclamada deverá pagar honorários advocatícios sucumbenciais em 10% em favor do advogado do reclamante.

O reclamante deverá pagar honorários advocatícios sucumbenciais em 10% em favor do advogado da reclamada, mas sendo beneficiário da Justiça gratuita aplica-se o disposto no 791-A, §4º, da CLT, observando a parte que foi declarada a inconstitucionalidade.

Custas processuais pela reclamada no importe de R\$1.400,00, calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação em R\$70.000,00, nos termos do art. 789, IV, da CLT.

Ficam as partes cientes. Nada mais. cx/\\

PORTO VELHO/RO, 29 de dezembro de 2021.

CANDIDA MARIA FERREIRA XAVIER

Juiz(a) do Trabalho Titular