

SENTENÇA

Processo nº 1000882-70.2021.5.02.0472

RECLAMANTE: HISAEL FERNANDES BARBOSA

RECLAMADAS: INGRID DOS SANTOS SOUZA (primeira reclamada) **e**
IFOOD AGÊNCIA DE SERVIÇOS DE RESTAURANTES LTDA. (segunda reclamada)

I – RELATÓRIO

Cuida-se de reclamação trabalhista, submetida ao Rito Ordinário, em que litigam os acima mencionados todos devidamente qualificados nos autos.

Alega a autora fazer jus aos direitos narrados e requerendo a condenação das reclamadas ao pagamento das verbas elencadas na petição inicial (ID a4f28d9).

Atribuiu à causa o valor de R\$ 185.738,23. Juntou documentos.

Devidamente notificadas, as rés anexaram ao processo suas defesas (IDs 655c26d079629f).

Réplica à contestação e documentos (ID 3e1d53c).

Em audiência de instrução, foram colhidos os depoimentos das partes e de três testemunhas, sendo uma do autor e duas da primeira reclamada. Após, foi encerrada a instrução processual (ID 745c238).

Recusadas as propostas conciliatórias.

Razões Finais remissivas.

Vistos e examinados os autos.

É o relatório.

Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminares.

1.1. Inépcia da Petição Inicial. Liquidação dos Pedidos.

No direito processual do trabalho, a petição inicial deve atender as exigências contidas no art. 840, parágrafo primeiro, da CLT, conforme a Lei n.º 13.467/2017, de maneira que bastam uma breve exposição de fatos e a formulação do pedido, que deverá ser certo, determinado e com a indicação do seu valor.

A este respeito, a exordial atende todos os requisitos da lei, sendo certo também que toda pretensão formulada veio acompanhada da necessária causa de pedir e da narração dos fatos alegados decorre logicamente o pedido, possibilitando plenamente o exercício do direito da ampla defesa.

Rejeito a preliminar suscitada pelas rés.

1.2. Da carência da ação.

A primeira reclamada pretende seja o reclamante julgado carecedor da ação. Tal não ocorre, pois a carência de ação tem lugar quando patentes as hipóteses previstas pelo inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil.

O reclamante tem direito de pedir a prestação jurisdicional, mas para que a ação seja viável, esta deve apresentar as condições exigidas pela lei processual, as quais encontram-se inteiramente vinculadas à pretensão deduzida em juízo. INTERESSE DE AGIR significa a existência de pretensão objetivamente razoável, localizada não apenas na utilidade, mas especialmente na necessidade, enquanto LEGITIMAÇÃO "ad causam" significa existência de pretensão subjetivamente razoável. A POSSIBILIDADE JURÍDICA do pedido não se caracteriza quando ocorre a falta de previsão legal para o pedido, mas sim quando não exista previsão legal expressamente vedando a apreciação e julgamento da matéria.

Rejeito a preliminar.

1.3. Ilegitimidade passiva *ad causam*.

Sendo indicadas pela parte autora como devedoras da relação jurídica de direito material, legitimadas estão todas as reclamadas para figurar no polo passivo da ação, ante a adoção pelo Ordenamento Jurídico da Teoria da Asserção.

Somente com o exame do mérito decidir-se-á pela configuração ou não da responsabilidade de cada uma das reclamadas.

Saliente-se que não há que se confundir relação jurídica de direito material com relação jurídica de direito processual, vez que nessa a análise da pertinência subjetiva da ação se verifica apenas *in abstracto*.

Rejeito.

1.4. Da impugnação às informações e aos valores descritos na petição inicial.

Rejeito a impugnação às informações da petição inicial, pois, a pertinência do postulado é questão de mérito. Igualmente, rejeito as impugnações aos valores constantes na inicial pois os mesmos estão em consonância com os pedidos, além do mais não trazem nenhum prejuízo à ampla defesa da reclamada, pois qualquer pedido que seja concedido à parte será o valor analisado na fase de liquidação de sentença.

1.5. Impugnação de documentos.

A mera impugnação quanto à forma, sem qualquer impugnação quanto ao conteúdo, não invalida referidos documentos, já que a simplicidade do processo do trabalho

não se coaduna com a exigência burocrática de autenticação de todos os documentos.

Ademais, a impugnação da reclamada se deu de forma genérica na medida em que não aponta de forma específica qualquer irregularidade, sendo desprovida de fundamentação.

Assim, rejeito a preliminar.

1.6. Da juntada de documentos.

A título de esclarecimento, registro que a penalidade do art. 359 do CPC só terá sua incidência se descumprida a ordem judicial de juntada de documentos, e jamais, por requerimento da parte. Eventual ausência de documento importante ao feito será matéria apreciada em cada tópico respectivo nesta sentença, não gerando, por si só, os efeitos pretendidos pelas partes.

2. Mérito.

2.1. Do Reconhecimento do Vínculo de Emprego. Registro em CTPS.

Alega o reclamante que foi admitido pela primeira reclamada **THL ENTREGAS RÁPIDAS** (nome fantasia de **INGRID DOS SANTOS SOUZA**), em 18/01/2020, para exercer a função de motoboy, realizando entregas por meio da plataforma da segunda reclamada **IFOOD AGÊNCIA DE SERVIÇOS DE RESTAURANTES LTDA.**, com salário variável que eram depositados quinzenalmente em sua conta corrente, sem que houvesse a anotação de seu contrato de trabalho em CTPS. Informa que seu trabalho consistia na entrega rápida de lanches e refeições exclusivamente por intermédio da plataforma da segunda reclamada.

Afirma que houve fraude na relação contratual, “*com o fito de evitar a aplicação das normas trabalhistas*” e, diante do exposto, requer o reconhecimento de vínculo

de emprego com a primeira reclamada, bem como o pagamento de verbas contratuais e rescisórias, além de responsabilização solidária ou subsidiária da segunda reclamada, por ter sido a real beneficiária dos serviços por ele prestados.

Em defesa, a primeira reclamada negou a existência de vínculo de emprego a partir do argumento de que a prestação dos serviços pelo reclamante era esporádica e eventual, e de que ele tinha plena autonomia para aceitar ou recusar entregas e para decidir para qual empresa prestaria serviços.

Por sua vez, a segunda reclamada sustentou que “*não atua no ramo de entregas (também chamados de delivery), tampouco no ramo de fabricação e comercialização de alimentos e bebidas*”. Ademais, alegou que lhe cabe apenas gerenciar serviços de restaurantes e outros estabelecimentos similares, não tendo se beneficiado dos serviços prestados pelo autor. Aduziu que o contrato firmado com as empresas especializadas em delivery, tal qual a 1ª Reclamada, não admite que ela própria tenha demandas de serviços de entrega, e sim, que os restaurantes/lanchonetes e afins, cadastrados na plataforma os têm, colocando-se a segunda ré como intermediadora para a realização dos negócios entre tais e as empresas de entregas, como a 1ª Reclamada, cabendo ao IFOOD 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.*”.

Analiso.

O presente caso difere daqueles onde os reclamantes requerem vínculo de emprego diretamente com os aplicativos de entrega, como no caso o Ifood, pois nesse nicho do mercado foi criada uma figura que se coloca como intermediadora dos entregadores e do aplicativo, qual seja: a operadora logística (OL). O entregador necessita realizar, de qualquer forma, o seu cadastro no aplicativo principal e depois, realiza o seu cadastro na OL.

Em consulta realizada em 18/01/2022 ao site da segunda reclamada “<https://institucional.ifood.com.br/abrindo-a-cozinha/ifood-entregadores>”, constata-se que os entregadores (motoboys prestadores de serviços) podem se inscrever no aplicativo de duas formas: *“Os entregadores que utilizam nossa plataforma podem ser nuvem ou fazer entregas vinculados a um operador logístico (OL). (...) O OL é uma empresa contratada pelo iFood para administrar grupos de entregadores disponíveis em dias e horários pré-estabelecidos.”*

Essa sistemática se dá pelo fato de que os aplicativos de entrega aceitam apenas pagamentos online, na própria plataforma do aplicativo, e por isso, possuem uma quantidade de entregas menores. Assim, cria-se uma operadora logística para fornecer toda estrutura necessária ao entregador, inclusive a possibilidade de pagamento off-line, ou seja, por meio de dinheiro ou das máquinas de cartão da OL. Nesse novo modelo de intermediação, a OL fornece ao entregador a caixa térmica para acondicionar os pedidos, as máquinas de cartão para receber o valor da encomenda, além de colete refletivo.

Conforme afirmado em defesa pela primeira ré, as OL são intermediadoras entre os entregadores e a plataforma IFOOS, dando orientações de logística, entrega de equipamentos, além de realizarem a organização dos serviços dos entregadores.

Diante desse novo modelo de relação jurídica, cabe ao juízo analisar se estão presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego, que deve se dar à luz do Princípio da Primazia da Realidade, que por sua vez, constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista, verificando a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços.

No caso em análise, o ônus da prova da existência ou não da relação de emprego recai sobre a parte que faz a alegação, conforme preceitua os arts. 818 da CLT e 373 do CPC, ou seja, negada a prestação de serviços o ônus recai sobre o reclamante. Já,

se alegada forma diversa de prestação de serviço que não o vínculo de emprego, o ônus recai sobre a parte reclamada.

Segundo dispõe o artigo 3º da CLT: “*Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*”.

Do artigo retro, denota-se que, para a formação da relação de emprego, mister se faz a existência das seguintes características: a) ser pessoa física ou natural (PESSOALIDADE) - caráter *intuitu personae*; b) exercer utilidade para outrem (ALTERIDADE ou ALHEIABILIDADE); c) submeter-se ao poder diretivo do empregador (SUBORDINAÇÃO ou DEPENDÊNCIA); d) de modo contínuo (HABITUALIDADE ou NÃO-EVENTUALIDADE); e) mediante remuneração (onerosidade).

A ausência de qualquer um dos elementos citados acima igualmente afasta a caracterização de uma relação de emprego. Portanto, necessária se faz a cumulação de todos esses elementos.

Cabe esclarecer ainda que a subordinação é condição *sine qua non* para a existência do contrato de emprego, condição que difere o vínculo empregatício e a relação de trabalho autônomo, sendo que a exclusividade e a continuidade são apenas fatores coadjuvantes e sem qualquer peso no caso de ausência da subordinação.

Em audiência, a testemunha ouvida a convite do reclamante afirmou que: “*trabalhou na primeira reclamada de 9 de fevereiro de 2021 a agosto de 2021, aproximadamente; trabalhou com o reclamante por 3 meses, aproximadamente; (...) na contratação, falaram que o horário era flexível, mas quando começou, falaram que teria que escolher sempre o mesmo turno, sem liberdade de escolha; no começo, falaram que tinha uma folga por semana e que deveriam trabalhar em todos os outros dias, mas dificilmente davam essa folga; para ter a folga, tinha a avisar uma semana antes e dependia da disponibilidade e autorização do superior; se não fosse trabalhar em dia não autorizado recebia punição, ficando de gancho*”

por determinados dias, conforme decidido pelo superior; teve que optar por uma subpraça e optou por São Caetano do Sul; se não optasse, ficaria rodando livre, mas precisaria verificar se tinha vaga, já que a ré organizava sempre deixando uns no livre e outros na subpraça; quem fica rodando no livre recebe menos chamados, pois a prioridade era para quem estava na subpraça; quem fez a habilitação do depoente no aplicativo foi o Vanderlei; Vanderlei era o responsável por logar e deslogar os entregadores no aplicativo; recebia uma escala todos os dias por volta das 22:00; a escala vinha com o nome e com os horários do turno de manhã, tarde e noite, afirmando o depoente que geralmente vinha com os horários de turno que geralmente fazia, mas as vezes o Vanderlei pedia para fazer outros turnos e, se não aceitasse, poderia ficar de gancho; fazia entregas apenas para o Ifood”.

A testemunha ouvida a convite da primeira reclamada afirmou que: **“trabalhou com o reclamante na mesma praça; o depoente ainda trabalha na primeira reclamada como entregador há um ano aproximadamente; começou a trabalhar lá por indicação de amigos; pela primeira reclamada faz entregas somente para o Ifood,** afirmando que faz entregas para outro aplicativo não por intermédio da primeira reclamada; não recebe escala diária de trabalho, somente trabalha quando solicita ao líder Vanderlei; a praça do depoente é a região do ABC; o depoente escolhe o dia e o turno que quer trabalhar; entre uma entrega e outra, pode fazer atividades particulares, tanto que, quando o Ifood está fraco, faz entregas pelo outro aplicativo; geralmente trabalha no turno da noite e geralmente de quinta a domingo; tem pausa durante o turno de trabalho, afirmando que o próprio depoente, quando precisa, coloca a pausa de 20 minutos; é a primeira reclamada (Sr. Vanderlei) que libera o aplicativo para os entregadores após logarem; **se tivesse algum problema durante o turno e não puder continuar a fazer as entregas, afirma que deveria avisar o Vanderlei e este liberava;** nunca viu ninguém ficar de gancho; não tem essa de pedir folga, pois, na verdade, pede para trabalhar nos dias que quer; foi o próprio depoente quem fez seu cadastro no aplicativo Ifood,

sendo liberado pela primeira reclamada; sabe que tem a opção de trabalhar pela categoria nuvem, sem optar pela empresa intermediária, mas preferiu optar pela empresa porque tem mais suporte, fornecem bag, dão camisetas, ajudam a resolver os problemas com o Ifood; **quando o entregador para de trabalhar na primeira reclamada fica indisponível por 60 dias**, mas afirma que é o Ifood quem determina essa indisponibilidade.”

Por fim a testemunha ouvida à rogo da segunda reclamada afirmou que: **“existe uma parceria comercial entre o Ifood e as empresas operadoras de logística; o depoente é operador de logística; o Ifood tem essa parceria há muitos anos, praticamente desde o início do Ifood; sempre teve a opção do entregador trabalhar por meio das operadoras de logística ou diretamente pelo Ifood; o Ifood paga um percentual para as empresas operadoras de logística, mas não sabe informar como é feito o cálculo; o Ifood repassa o valor das taxas de entregas para a empresa OL e não do valor total da compra; não sabe qual valor que é repassado ao entregador pela OL; o entregador da OL pode recusar entregas; não sabe informar qual é o procedimento feito pela primeira reclamada e por outras empresas OL quando um entregador diz que não vai trabalhar em determinado dia, pois não tem como fiscalizar essa atividade das empresas OL, não sabendo informar se a primeira reclamada punia tais entregadores com o chamado "gancho"; o entregador nuvem é independente e o entregador OL, quando faz o cadastro no aplicativo, deve procurar uma empresa, mas a atividade de ambos é a mesma; o entregador nuvem opta por fazer entrega nas regiões centrais, não tendo a opção de fazer entregas em regiões mais restritas; para fazer entregas em regiões mais restritas, o entregador deve se vincular a uma empresa OL; quando o cadastro é feito por uma empresa OL, esta faz o gerenciamento de que horas e em que dias o entregador vai trabalhar, afirmando que o entregador faz o login e a empresa OL faz a liberação dos chamados somente nesses dias e horários; a logística dos chamados ocorre da seguinte forma: o próprio aplicativo é programado para chamar primeiro o**

entregador que está mais próximo do restaurante; todos os entregadores, tanto os da nuvem quanto os da empresa OL podem recusar entregas; o Ifood não pune quando há recusas, mas não pode informar se quando o entregador é cadastrado em OL se estas punem quando há recusas; quando o restaurante define que a entrega é gratuita, o restaurante subsidia o valor da taxa de entrega, o valor é definido do ponto de coleta e do ponto de entrega, é o aplicativo que faz o cálculo do valor das entregas que são repassados aos entregadores de acordo com a distancia do ponto de coleta e o ponto de entrega.”

Em que pese a divergência nos depoimentos das testemunhas do autor e da primeira ré com relação à aplicação de penalidades ao trabalhador que não comparecia quando estava escalado, o *prints* de conversas via aplicativo Whatsapp entre o autor e seu supervisor hierárquico Vanderlei conferem veracidade ao depoimento da testemunha do autor (fls. 100/109). O Sr. Vanderlei agia claramente como preposto da empresa, dando ordens explícitas ao autor, determinando regras para sua conduta no trabalho e ameaçando-o de punições ou demissões (fls. 106 e 107, por exemplo). Às fls. 103 claramente o Sr. Vanderlei proíbe o reclamante de folgar no domingo solicitado, estando nítida a subordinação com relação a dias e horários trabalhados pelo reclamante, que eram determinados pela primeira ré.

Assim, da análise de todas as provas produzidas nos autos é possível depreender-se que a primeira reclamada detinha poderes típicos do empregador, ressaltando-se a presença dos direitos subjetivos deste, como o poder disciplinar, sendo imprescindível ressaltar que as punições eram efetuadas pela primeira reclamada diretamente ao prestador de serviços, sem a interferência da segunda reclamada. Entretanto, o trajeto de entrega era fixado pela segunda reclamada por meio do seu aplicativo, não sendo possível alteração da rota sob pena de punição, **evidenciando a presença da subordinação direta e por algoritmo**, nos termos do art. 6º, parágrafo único, da CLT, que equipara os meios telemáticos e informatizados de

comando, controle e supervisão para fins de subordinação jurídica aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Diante do exposto, em razão do desvirtuamento do contrato civil de prestação de serviços e considerando estarem presentes todos os requisitos fático jurídicos, **julgo procedente** o pedido principal de reconhecimento de vínculo de emprego entre o reclamante e a primeira reclamada, de **18/01/2020 a 25/04/2021, na função de “motoboy/entregador”, com salário mensal de R\$ 2.116,12**, conforme comprovado em extrato bancário de fls. 85 e não impugnado pelas rés.

Por fim, deverá a primeira reclamada proceder às **anotações** na CTPS do reclamante, devendo fazer constar que a admissão ocorreu em **18/01/2020** e a dispensa em **25/04/2021**, a função de **motoboy/entregador** e o último salário de **R\$ 2.116,12**.

Para viabilizar o registro, deverá, a Secretaria da Vara, intimar as partes para comparecerem em data e horário designados para este fim. Na ausência da ré, autorizo a Secretaria a proceder às anotações. Na ausência do autor, sem justificativa e comprovação, presume-se resolvida a obrigação.

Caso o autor noticie possuir Carteira de Trabalho Digital, intime-se a reclamada para que proceda a reclamada às anotações, nos termos desta decisão, por meio de atualização dos registros eletrônicos do reclamante no e-Social, no prazo de 10 dias, sem necessidade de comprovação nos autos;

Não tendo a reclamada obrigação legal do uso do e-Social, deverá comunicar nos autos, em 05 dias, quando então deverão ser observados os procedimentos estabelecidos no parágrafo anterior.

2.2. Verbas contratuais e rescisórias. Multas dos artigos 467 e 477 da CLT. Depósitos de FGTS.

Por consequência do reconhecimento do vínculo de emprego, considerando a admissão em 18/01/2020 e a despedida por iniciativa do autor em 25/04/2021, **julgo procedente** e condeno a primeira reclamada a pagar ao reclamante as seguintes verbas rescisórias, **observando-se como base de cálculo o salário do reclamante de R\$ 2.116,12.**

- a) saldo de salário de 25 dias de abril de 2021;
- b) 13º salário proporcional de 2021 (04/12 avos)
- c) férias simples referentes ao período aquisitivo 2020/2021, acrescidas do 1/3 constitucional e;
- d) férias proporcionais de 2021 (3/12 avos), acrescidas do 1/3 constitucional.

Diante da ausência de quitação, **julgo procedente** o pedido de pagamento do 13º salário proporcional do ano de 2020 (11/12).

Julgo improcedente o pedido de pagamento do aviso prévio indenizado, da multa de 40% do FGTS, bem como entrega das guias para soerguimento do FGTS, pois não houve desemprego involuntário.

Por fim, também **julgo improcedente** o pagamento da multa do artigo 477 da CLT, pois havia controvérsia a respeito da forma de contratação e rescisão do contrato. Da mesma forma, **julgo improcedente** o pedido de pagamento da multa do artigo 467, pois não havia verbas incontroversas a serem quitadas na primeira audiência.

Autorizo a dedução de valores comprovadamente pagos sob o mesmo título até a fase de liquidação, a fim de não causar o enriquecimento sem causa da parte autora.

Não havendo qualquer comprovação de regular depósito dos valores de FGTS, mormente por não haver registro em CTPS, **julgo procedente** o pedido de depósitos do FGTS durante todo o período contratual, no importe de 8% de sua remuneração mensal, bem como sobre os valores das verbas rescisórias deferidas que possuem natureza salarial (saldo de salário e gratificação natalina).

Os valores de FGTS devidos deverão ser depositados pela primeira ré na conta vinculada da parte autora, e comprovado o recolhimento no prazo de 10 dias contados da intimação da reclamada para pagamento (após o trânsito em julgado), sob pena de converter em obrigação de indenizar o valor correspondente, que será executado juntamente com as demais verbas ora deferidas.

2.3. Do adicional de periculosidade.

Requer o reclamante o pagamento de adicional de periculosidade em razão de laborar com motocicleta, nos termos do art. 193, §4º, da CLT.

A função de motoboy é uma atividade de risco, basta observar o trânsito caótico das nossas cidades para logo perceber o grande número desses profissionais que, com ultrapassagens arriscadas, passando pelas pequenas brechas no trânsito, procuram driblar o tempo, colocando em risco a própria vida, já que, para a sua proteção, contam apenas com o capacete e vestimentas próprias. Não por acaso, a lei garante aos empregados que usam a motocicleta em suas atividades diárias o direito ao adicional de periculosidade de 30% do salário base.

Diante disso, a Lei n.º 12.997/2014 acrescentou o § 4º ao art. 193 da CLT, dispondo que: *"São consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta"*.

A Lei expressa foi regulamentada cerca de quatro meses após a sua publicação, pela Portaria nº 1565/2014 do MTE, que acrescentou o Anexo 5 à NR-16 (Portaria 3.214/78), estabelecendo como perigosas as atividades profissionais *"com utilização de motocicleta ou motoneta no deslocamento de trabalhador em vias públicas"*. O anexo prevê, ainda, que o trabalho não será considerado perigoso apenas nas seguintes situações: a) quando o trabalhador utiliza a motocicleta exclusivamente no percurso da residência para o local de trabalho ou vice-versa; b) em atividades em veículos que não necessitem de emplacamento ou que não exijam carteira nacional de habilitação para conduzi-los; c) em atividades com o uso de motocicleta ou

motoneta em locais privados; d) e nas atividades com uso de motocicleta ou motoneta de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, ocorre por tempo extremamente reduzido.

Dessa forma, sendo reconhecido que o reclamante exerceu a função de motoboy por todo o período contratual com a reclamada, **julgo procedente** o pedido de pagamento do adicional de 30% sobre o salário básico, que será calculado respeitada a evolução salarial do autor, com incidência nas férias mais 1/3, 13º salários e depósitos de FGTS.

O adicional de periculosidade é calculado com base no salário fixo mensal, não repercutindo nos RSR's (artigo 7º, § 2º, da Lei 605/49).

2.4. Da jornada de Trabalho. Horas Extras e Reflexos. Intervalo Intrajornada.

Afirma o autor que durante os três primeiros meses de trabalho laborou das 10h às 18h, com 20 minutos de intervalo a cada 4 horas trabalhadas. Após, passou a trabalhar das 10h às 00h por 5 meses e, por fim, laborou das 11h às 00h até a demissão. Afirma que não usufruía de intervalo para repouso e alimentação aos finais de semana e que usufruía de uma folga por semana. Requer o pagamento das horas extras e do intervalo intrajornada suprimido, bem como seus reflexos legais.

Tratando-se de empregado externo, que realizava entregas, é do reclamante o ônus de provar o labor extraordinário, eis que se trata de fato constitutivo do seu direito (art. 818 da CLT, c/c art. 333, I, do CPC), não sendo obrigatório o registro da jornada nesse caso específico.

Ainda que tenha sido reconhecida a subordinação com relação à exigência de labor em determinados dias e turnos, não há provas de que a primeira ré controlava a jornada (horas trabalhadas diárias) do autor, não havendo provas de que ele era obrigado a laborar em vários turnos ocasionando o labor extraordinário, isto é, acima do limite legal.

O próprio autor confessa em depoimento pessoal que geralmente as escalas observavam o período/turno escolhido por ele, afirmando que apenas posteriormente optou por trabalhar em mais turnos. Ou seja, nos períodos em que o autor laborou em apenas um turno, sequer configuraria labor extraordinário.

Dessa forma, **julgo improcedente** o pedido de pagamento de horas extras e intervalo intrajornada, bem como reflexos.

2.5. Enquadramento Sindical. Benefícios Previstos da Norma Coletiva. Multa Normativa.

Requer o autor o pagamento de benefícios previstos na norma coletiva colacionada à petição inicial como **reposição do custo para manutenção da motocicleta** (cláusula 7ª), **auxílio alimentação** (cláusula 16ª), **cesta básica** (cláusula 17ª), **seguro de vida complementar** (cláusula 19ª) e **multa por falta do registro em CTPS** (cláusula 28ª), **bem como a imposição da multa por descumprimento de cláusula normativa.**

Tem-se que o enquadramento sindical do empregado (art. 570 e 581, § 2º, da CLT), via de regra, é determinado pela atividade preponderante da empresa (empregadora), devendo-se considerar, ainda, a base territorial onde ocorreu a prestação de serviços, de acordo com os princípios da territorialidade e da unicidade sindical (artigo 8º, II, da CR/88).

Compulsando os autos, verifico que a norma coletiva colacionada aos autos pelo reclamante, celebrada entre o SINDIMOTO/SP – SINDICATO DOS MENSAGEIROS MOTOCICLISTAS, CINCLISTAS E MOTO-TAXISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO e o SIMPI – SINDICATO DA MICRO E PEQUENA INDÚSTRIA DO TIPO ARTESANAL DO ESTADO DE SÃO PAULO não abrange o município de São Caetano do Sul (fls. 51), local em que houve a efetiva prestação dos serviços, fato incontroverso nos autos.

Assim, como a norma coletiva aos autos não é aplicável ao caso em análise, **julgo improcedentes** todos os pedidos nela baseados como o pagamento de reposição do custo para manutenção da motocicleta, auxílio alimentação, cesta básica, seguro de vida complementar, multa por falta do registro em CTPS, bem como a imposição da multa por descumprimento de normativa.

2.6. Relação entre as Reclamadas. Responsabilidade subsidiária da Segunda reclamada.

O reclamante pretende a condenação subsidiária da 2ª reclamada sob a alegação de que contratado pela primeira teria prestado seus serviços à segunda, citando em seu favor a Súmula 331, inciso IV do C. TST.

A segunda reclamada afirmou, em sede de contestação, que: *“inexiste no caso em comento qualquer relação de intermediação de mão de obra, eis que esta Contestante mantém somente contrato de intermediação de NEGÓCIOS, nos termos já elucidados, com a primeira reclamada, contrato este de natureza puramente civil.”*

Cumprе salientar que a segunda ré passou a fazer parcerias com empresas para que essas sejam intermediadoras entre os entregadores e o IFOOD.

A própria segunda ré afirma que no contrato havido entre as litisconsortes, o IFOOD “figura como prestadora de serviços (serviços de intermediação), pelos quais foi pactuada remuneração correspondente a R\$ 1,00 (um real) por entrega intermediada pela iFood e cumprida pela Co-Ré, ao teor da Cláusula 2.1 da avença.

Logo, não há como negar que as rés possuem uma relação jurídica tal como ocorre com as empresas tomadoras e intermediadoras de mão de obra.

Ainda que a segunda ré IFOOD não se trate exatamente de tomadora direta dos serviços dos entregadores, é ela quem se beneficia, em última análise, dos serviços destes, já que quem seleciona e contrata a empresa intermediadora de mão de obra

(empresa OL que cadastra os entregadores) é a empresa IFOOD, visando mais entregas, sendo a empresa IFOOD que inclusive remunera a empresa OL por cada entrega realizada, e a OL recebe os valores e repassa o percentual devido aos entregadores cadastrados. Por essa razão, sendo uma empresa escolhida pela empresa IFOOD, a empresa OL, em verdade, age em nome e como se fosse a própria plataforma IFOOD.

Caberia a empresa IFOOD fiscalizar a organização e execução dos contratos firmados entre ela e as empresas OL, como forma de evitar a existência de fraude trabalhista.

Veja que o próprio autor afirmou em depoimento pessoal que posteriormente se cadastrou em outra empresa OL e que nessa nova empresa tinha liberdade de trabalhar nos dias e horários por ele escolhidos, com nítida autonomia e sem qualquer punição.

Logo, esclareço que cada caso concreto deve ser analisado especificamente, sendo verificadas as provas produzidas para se chegar a conclusão de existência ou não de fraude trabalhista e do vínculo de emprego, sendo que nem todas as empresas OL trabalham de forma fraudulenta.

Por todo o exposto, entendo que a segunda ré IFOOD não pode se escusar da responsabilidade por eventual inadimplemento da primeira ré, pois primeiramente agiu com culpa *in eligendo* quando da contratação da primeira ré e posteriormente com culpa *in vigilando*, uma vez que deixou de fiscalizar a contento a primeira ré, que acabou agindo com nítida subordinação para com os entregadores.

Ademais, de acordo com a prova colhida nos autos infere-se que o aplicativo disponibilizado pela segunda reclamada era o único meio eletrônico utilizado para a realização das entregas pelo reclamante, que lhe prestava serviços com exclusividade.

Ademais, analisando-se o nível de ingerência da segunda reclamada IFOOD no trabalho do reclamante, observa-se que este era consideravelmente alto já que, nos

casos de atraso ou recusa, o entregador ficava bloqueado por um período, como punição, sendo essa permitida pelo aplicativo.

A respeito do assunto, colaciona-se a seguinte jurisprudência:

“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).

Por todo o exposto, reputo que a segunda reclamada IFOOD foi beneficiária dos serviços prestados pelo reclamante no contexto do contrato de trabalho mantido com a primeira reclamada e, por consequência, reconheço a responsabilidade subsidiária daquela em relação às verbas decorrentes da condenação, por todo o período contratual.

2.7. Da litigância de má-fé.

Rejeito a arguição de litigância de má-fé apresentada pela parte autora em audiência, por não se configurar nenhuma das hipóteses previstas no artigo 80 do CPC/2015.

2.8. Justiça Gratuita.

Defiro ao autor os benefícios da justiça gratuita, nos termos do artigo 790, parágrafos 3º e 4º da CLT, pois presentes os requisitos, sendo certo que não somente faz jus a tal benefício aqueles que possuem salário em valor igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, mas também aqueles que comprovarem não possuir condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

2.9. Honorários Advocatícios de sucumbência.

Com fundamento no artigo 791-A da CLT, no caso dos autos, são devidos honorários de sucumbência ao advogado da parte vencedora (autor), no importe de 10% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, referente aos pedidos procedentes.

Ressalte-se que o percentual fixado se afigura proporcional à complexidade da causa, ao trabalho despendido pelo causídico, assim como coerente com os demais parâmetros previstos no §2º do art. 791-A da CLT.

Saliente-se que, considerando que a parte autora decaiu em parte mínima da demanda, não se cogita a aplicação do §3º do art. 791-A da CLT, porque descaracterizada a sucumbência recíproca, conforme inteligência do parágrafo único do art. 86 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (arts. 769 da CLT e 15 do CPC). Por essa razão, reputo indevidos honorários sucumbenciais em favor do patrono da parte ré.

Por fim, esclareço que as contribuições previdenciárias referidas pela OJ 348 da SDI-1 do TST e que se incluem na base de cálculo dos honorários advocatícios são apenas aquelas referentes à cota parte do trabalhador.

2.10. Juros e Correção Monetária.

Correção monetária tomando-se por época própria o mês subsequente ao da prestação de serviços, a partir do dia 1º (art. 459, parágrafo 1º, da CLT e Súmula 381 do C. TST), excepcionando-se as verbas rescisórias, caso em que a correção monetária será devida após o prazo estabelecido no art. 477, parágrafo 6º, da CLT.

Ressalta-se, de início, que a jurisprudência do STF é no sentido de reconhecer a aplicação imediata das decisões, não sendo necessário aguardar o trânsito em julgado ou até mesmo a sua publicação: “A existência de precedente firmado pelo

Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. DJe 18.09.2017).

A modulação estabelecida pelo STF, ao julgar as ações ADI 5.867/DF, ADI 6.021/DF, ADC 58/DF, ADC 59/DF, aduz que “devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês.”

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.025.298), a taxa Selic já prevê juros de mora.

Logo, não há como cindir a decisão do Supremo Tribunal Federal para combinar os juros de 1% ao mês com o índice Selic de correção monetária, sob pena de ocorrer evidente anatocismo (juros sobre juros).

Diante da decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 58 e 59, com eficácia “erga omnes” e efeito vinculante, a atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial na Justiça do Trabalho, até que sobrevenha alteração legislativa, deverá observar os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam, na fase pré-processual o IPCA-E, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês *pro rata die* (artigo 39, §1º, da Lei n. 8.177/1991), e, a partir da citação, a taxa SELIC, que já abrange juros e correção monetária (art. 406 do Código Civil).

Da data do ajuizamento da demanda até a efetiva citação, hipótese não contemplada pela decisão mencionada, não faz sentido que o crédito fique em uma espécie de hiato, sem a aplicação de nenhum dos índices (IPCA-E ou SELIC). Embora o tempo entre ajuizamento da ação e a citação do réu possa ser ínfimo em alguns casos, em outros pode haver grande distanciamento entre tais marcos temporais, como, por exemplo, na hipótese em que o réu se oculta e há necessidade de investigação de seu

paradeiro, ou situações em que a demora é imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

Logo, considerando que a decisão do E. STF determinou que a taxa Selic somente deve ser aplicada após a citação, é pertinente que seja aplicado, entre o ajuizamento da ação e a citação, o IPCA-E, acrescido de juros de mora de 1% ao mês *pro rata die* (artigo 39, §1º, da Lei n. 8.177/1991 e art. 883, parte final, da CLT c/c Súmula 200 do TST), tal como na fase pré-processual.

Para fins de incidência da taxa Selic, considera-se realizada a citação/notificação inicial por carta, 48 (quarenta e oito) horas depois da efetiva postagem, nos termos do entendimento pacificado na Súmula 16 do C. TST. Caso efetuada a citação por Oficial de Justiça, a data a ser considerada será a data do efetivo cumprimento do mandado, independente da existência de litisconsórcio passivo. Havendo necessidade de utilização de edital, a citação considerar-se-á realizada 48 (quarenta e oito) horas depois da publicação do edital, em analogia ao entendimento acima referido.

2.11. Imposto de Renda e Contribuições Previdenciárias.

Procederá a reclamada ao recolhimento do imposto de renda (arts. 7º, I e 12 da Lei n. 7.713/88, art. 3º da Lei n. 8.134/90 e arts. 624 e 649 do Decreto n. 3.000/99), estando autorizada a dedução da quota parte do(a) reclamante (OJ 363 da SDI-I do C. TST). O cálculo do Imposto de Renda (contribuição fiscal) deve observar o regime de competência - Súmula 368, II, TST e art. 12-A da Lei 7713/88, acrescentado pela MP 497/2010.

Não incide Imposto de Renda sobre indenização por danos morais, férias indenizadas (Súmula 125 STJ) e juros de mora (OJ 400, SDI-1).

Caso incidentes, depois de apurados os valores devidos, deverão ser descontados do crédito do reclamante.

Autorizo os descontos previdenciários (quota patronal e empregado), na esteira dos artigos 43 e 44 da Lei nº 8.212/91, com as alterações posteriores e, nos termos do Decreto nº 3.048/99, observância do Decreto nº 3.668/00, devendo a(s) reclamada(s) efetuar-los e recolhê-los no prazo e forma estabelecidos em lei, mediante comprovação nos autos, sob pena de execução, nos termos do artigo 114, inciso VIII, da Constituição da República, e por força do contido na Lei nº 10.035/2000.

Frise-se, quanto à quota parte do empregador, que estão isentas deste recolhimento aquelas empresas que requererem e comprovarem nos autos a opção pelo regime de tributação "simples" (Lei 9.317/96, art. 3º).

Autorizo, ainda, os descontos da quota parte do trabalhador, com cálculo mês a mês, observados os limites máximos do salário de contribuição e a alíquota correspondente, conforme dispõe o artigo 276 do Decreto 3.048/99, a teor de entendimento consubstanciado na Súmula 368 do E. TST. Ressalto que não há previsão legal para que os descontos sejam suportados exclusivamente pelo empregador, nos termos da OJ 363 da SDI-1 do C. TST, pois os descontos fiscais da quota parte do trabalhador são autorizados por força da Lei nº 8.541/92, Lei nº 12.350/10, Decreto nº 3.000/99 e Instrução Normativa da SRF nº 1127/2011, devendo incidir sobre parcelas de cunho remuneratório, no momento em que o crédito ficar disponível à parte reclamante, excluídos os juros de mora, que possuem nítida natureza indenizatória (OJ 400, SDI-1).

As contribuições previdenciárias (quotas patronal e empregado) devem incidir sobre as parcelas da condenação que integram o salário de contribuição (parcelas salariais), conforme previsão na Lei nº 8.212/91 (art. 28). Observo que, para efeitos de liquidação, possuem natureza indenizatória as parcelas constantes nesta sentença que se enquadrem entre aquelas previstas no art. 214, §9º do Decreto 3.048/99 (ou no equivalente art. 28, § 9º, da lei 8.212/91), bem como o FGTS (art. 28 da Lei

8.036/90), e eventuais indenizações por dano moral ou por férias (férias indenizadas - Súmula 125 STJ), sendo consideradas salariais as demais parcelas.

III - DISPOSITIVO

Isso posto, decido rejeitar as preliminares e:

- **julgar parcialmente procedentes** as pretensões de **HISAEEL FERNANDES BARBOSA** (reclamante) em face de **INGRID DOS SANTOS SOUZA** (primeira reclamada) e **IFOOD AGÊNCIA DE SERVIÇOS DE RESTAURANTES LTDA** (segunda reclamada), para o fim de **reconhecer o vínculo de emprego com a primeira reclamada de 18/01/2020 a 25/04/2021** e condenar as reclamadas a pagar ao autor e cumprir as eventuais obrigações de fazer determinadas, sendo a segunda de forma subsidiária por todo o período contratual, tudo conforme a fundamentação supra que integra esse decisum como se nele estivesse inserida, observados os limites da inicial:

1. verbas rescisórias, **observando-se como base de cálculo o salário do reclamante de R\$ 2.116,12:**

a) saldo de salário de 25 dias de abril de 2021;

b) 13º salário proporcional de 2021 (04/12 avos);

c) férias simples referentes ao período aquisitivo 2020/2021, acrescidas do 1/3 constitucional e;

d) férias proporcionais de 2021 (3/12 avos), acrescidas do 1/3 constitucional;

2. 13º salário proporcional do ano de 2020 (11/12);

3. depósitos do FGTS durante todo o período contratual, no importe de 8% de sua remuneração mensal, bem como sobre os valores das verbas rescisórias deferidas que possuem natureza salarial (saldo de salário e gratificação natalina);

4. adicional de periculosidade de 30% sobre o salário básico, que será calculado respeitada a evolução salarial do autor, com incidência nas férias mais 1/3, 13º salários e depósitos de FGTS.

Absolvo as reclamadas dos demais pedidos por ausência de amparo fático e legal.

Autorizo a dedução de valores comprovadamente pagos sob o mesmo título até a fase de liquidação, a fim de não causar o enriquecimento sem causa da parte autora.

Deverá a primeira reclamada proceder às **anotações** na CTPS do reclamante, devendo fazer constar que a admissão ocorreu em **18/01/2020** e a dispensa em **25/04/2021**, a função de **motoboy/entregador** e o último salário de **R\$ 2.116,12**.

Para viabilizar o registro, deverá, a Secretaria da Vara, intimar as partes para comparecerem em data e horário designados para este fim. Na ausência da ré, autorizo a Secretaria a proceder às anotações. Na ausência do autor, sem justificativa e comprovação, presume-se resolvida a obrigação.

Caso o autor noticie possuir Carteira de Trabalho Digital, intime-se a reclamada para que proceda a reclamada às anotações, nos termos desta decisão, por meio de atualização dos registros eletrônicos do reclamante no e-Social, no prazo de 10 dias, sem necessidade de comprovação nos autos;

Não tendo a reclamada obrigação legal do uso do e-Social, deverá comunicar nos autos, em 05 dias, quando então deverão ser observados os procedimentos estabelecidos no parágrafo anterior.

Os valores de FGTS devidos deverão ser depositados pela primeira ré na conta vinculada da parte autora, e comprovado o recolhimento no prazo de 10 dias contados da intimação da reclamada para pagamento (após o trânsito em julgado), **sob pena de converter em obrigação de indenizar o valor correspondente, que será executado juntamente com as demais verbas ora deferidas.**

Com fundamento no artigo 791-A da CLT, no caso dos autos, são devidos honorários de sucumbência ao advogado da parte vencedora (autor), no importe de 10% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, referente aos pedidos procedentes.

Defiro à parte autora os benefícios da justiça gratuita.

O *quantum debeatur* será apurado em liquidação por cálculos na forma da fundamentação supra que integra esse *decisum*.

Incidência dos juros de mora, correção monetária, imposto de renda e contribuições previdenciárias tudo nos termos da fundamentação.

Ficam as partes cientes que a execução desta sentença processar-se-á nos termos do artigo 880 e seguintes da CLT, aplicando-se o CPC, quando compatível.

Nos termos do Artigo 17 da IN 39 do TST, sem prejuízo da inclusão do devedor no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (CLT, art. 642 - A), aplicam-se à execução trabalhista as normas dos artigos 495, 517 e 782, §§ 3º, 4º e 5º do CPC de 2015, que tratam respectivamente da hipoteca judiciária, do protesto de decisão judicial e da inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

Por analogia da aplicação do art. 828 do CPC de 2015, a sentença trabalhista vale também para fins de averbação nos registros de bens móveis (penhor judiciário de móveis). Por conseguinte, fica autorizada a averbação de hipoteca sobre imóveis livres e desembaraçados da parte acionada, bem como o penhor de móveis (veículos, por exemplo), mediante a simples apresentação desta sentença, visando a garantia futura do cumprimento da decisão, nos termos dos dispositivos citados (Precedentes: TST-AIRR-955/2004-103-03-40.4; TST-E-RR-874/2006-099-03-00; TST-RR-571/2006-092-03-00; TST-RR-874/2006-099-03-00.7).

A fim de evitar embargos declaratórios incabíveis, esclareço às partes que somente se admite essa modalidade recursal em casos de real contradição (aquela que ocorre entre os termos da própria decisão, e não entre a decisão e a prova dos autos),

obscuridade ou omissão (somente em relação aos pedidos formulados pelas partes, e não referente aos argumentos das peças processuais que hajam sido rechaçados, ainda que de forma implícita, pelos fundamentos da sentença). Eventual inconformismo em relação ao decidido deve ser objeto de recurso apropriado perante a instância superior, dotado de efeito devolutivo amplo (CPC/2015, art. 1013, parágrafo 1º), sob pena de caracterização de embargos com propósito protelatório e aplicação das sanções processuais cabíveis (art. 80, 81 e 1.026 do CPC de 2015).

Ressalto, ademais, que é completamente desnecessária a interposição de Embargos Declaratórios para prequestionamento em primeira instância, pois se trata de requisito recursal exigido apenas nos apelos de índole extraordinária.

Destaca-se, ainda, que erros materiais não exigem embargos declaratórios para serem sanados, conforme art. 897-A, parágrafo único, da CLT.

Custas processuais a cargo das reclamadas no importe de R\$ 1.000,00, calculadas sobre o valor arbitrado provisoriamente à presente condenação de R\$ 50.000,00, sujeitas posteriores majorações.

Intimem-se as partes desta decisão.

Nada mais.