

PROCESSO nº 0000294-88.2023.5.09.0125 (RORSum)

“PRINTS” DE CELULAR. CAPTURAS DE TELA. MEIO DE PROVA. NECESSÁRIO REGISTRO CLARO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS MÍDIAS. A juntada de “prints” de telas de conversa de aplicativo “Whatsapp”, a exemplo de qualquer prova digital, por si só, não configura meio de convencimento eficaz. Embora as capturas de telas e de áudios sejam frequentemente utilizadas como meio de prova, podendo ser uma prática viável e útil ao processo trabalhista nos tempos atuais, é imprescindível que seja produzida de maneira adequada e em conformidade com as regras e procedimentos legais. Na situação dos autos, não é possível confirmar a autenticidade dessas evidências, na medida em que desprovidas de um registro claro da cadeia de custódia das mídias, capaz de demonstrar o inteiro teor da conversa, como e quando foram coletadas. Recurso da ré que se dá provimento.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO - RITO SUMARÍSSIMO (11886)**, provenientes da **MM. 02ª VARA DO TRABALHO DE PATO BRANCO**.

Relatório dispensado, nos termos do art. 852-I da CLT.

FUNDAMENTAÇÃO**ADMISSIBILIDADE**

Regularmente interposto, **CONHEÇO** do recurso ordinário das rés, assim como das contrarrazões.

PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE DE PARTE - CONTRATO LEGAL DE TRANSPORTE DE CARGAS

Recorrem as rés pleiteando *"que essa C. Corte reconheça a ilegitimidade de parte das Recorrentes na presente demanda, vez que, não existiu qualquer fraude no trato comercial havido entre a empresa contratada - J. H. A. T. para fazer a distribuição das cargas das Recorrentes e estas. Ademais, caso seja outro o entendimento dessa N. Corte, o que apenas se argumenta, como medida de justiça que as Recorrentes somente sejam responsabilizadas na impossibilidade de arcar a J. H. A. T. com suas obrigações empregatícias, já que devidamente pactuado no contrato havido entre as Recorrentes e a J. H. A. T. . Ante o exposto, pugna pela reforma da sentença de piso, a fim de inserir no polo passivo a verdadeira empregadora do Recorrido - J. H. A. T. , eximindo as recorrentes de quaisquer obrigações trabalhistas."*

De acordo com a teoria da asserção, a aferição da legitimidade passiva deve ser feita, sem vinculação com o mérito dos pedidos formulados, em abstrato.

Em existindo pretensão dirigida em face da parte, esta detém legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual.

A questão de ser ou não possível a condenação das rés ao adimplemento da obrigação apontada, ou se o pedido formulado deve ser julgado procedente são temas atrelados ao mérito da causa, não às condições da ação.

A propósito, José Frederico Marques:

"A legitimação ativa para agir está ligada àquele que invoca a tutela jurisdicional; a legitimação passiva, àquele em face do qual a pretensão levada a Juízo deverá produzir efeitos, se acolhida. Pela bilateralidade que se caracteriza a ação é "problema de dupla face", como falou LIEBMAN: pertinência do autor, do interesse de agir, e pertinência ao réu do interesse em defender-se, uma vez que a tutela jurisdicional, por aquele invocada, destina-se a incidir sobre situação jurídica ou de fato relativa a este último." (Manual de Direito Processual Civil, Vol. I, Editora Saraiva, 11ª ed, p. 187/188).

A esse respeito, o TST:

“RECURSO DE REVISTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. A pertinência subjetiva da ação se faz presente na hipótese diante do pleito de responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, pelos elementos de fato e de direito deduzidos. Segundo a teoria da asserção, adotada pelo ordenamento processual pátrio, a legitimidade, por ser condição da ação, deve ser examinada em abstrato, por isso sequer pressupõe a existência real da relação de direito substancial. Basta que o autor afirme ser o titular de um direito em face de um suposto responsável, desde que os fatos alegados na inicial tenham uma correspondência lógica com a relação processual formada. Assim, eventual vulneração ao artigo 3º, consolidado, bem como inaplicabilidade da Súmula nº 331/TST, somente é possível no exame do mérito. Não conhecido, no particular.” (TST - 5ª Turma - RR 77400-27.2006.5.06.0022 - Rel. Min. Emmanoel Pereira - DEJT 27/11/2009).

A legitimidade passiva das recorrentes para integrar o polo passivo da presente relação processual resulta da circunstância de terem sido elas apontadas, na petição inicial, como responsáveis pelo pagamento das parcelas postuladas pelo reclamante.

A análise da pertinência de sua responsabilização pelo pagamento de tais parcelas é matéria alheia ao exame das condições da ação, que diz respeito ao mérito.

Por fim, não prospera a pretensão da parte reclamada de chamamento ao processo da empresa J. H. A. T. , uma vez que não estão preenchidas quaisquer das hipóteses estipuladas no art. 130 do CPC, considerando que os polos da demanda são definidos conforme indicação da petição inicial e não da defesa.

Rejeita-se a prefacial.

CERCEAMENTO DE DEFESA - INFORMANTE OUIDO COMO TESTEMUNHA - FUNDAMENTO DA SENTENÇA

Aduzem as rés "O Recorrido trouxe em audiência de instrução seu cunhado para servir como testemunha", "Em que pese, a Patrona das Recorrentes tenha protestado a oitiva da referida testemunha, o juízo de primeiro grau decidiu o ouvir como informante, declarando que o peso de tais alegações não iriam interferir na fundamentação da sentença a ser proferida. Todavia, diverso do exarado pelo juízo de piso em audiência de instrução, para surpresa das Recorrentes o depoimento do cunhado do Recorrido foi utilizado como fundamentação da sentença", "Por ter sido cerceada no seu amplo e constitucional direito de defesa, tem-se que tal depoimento deve ser retirado dos autos e ser totalmente desconsiderado como meio de prova."

Em audiência de instrução, gravada através do sistema PJE Mídias, contraditada a testemunha da parte autora, Leandro dos Santos, por ser cunhado do autor, fato reconhecido pela parte autora, este foi ouvido como informante.

O Código Civil define cunhado como sendo parente por afinidade em segundo grau, na linha colateral. Desse modo, tendo a testemunha confirmado ser cunhado do reclamante, encontra-se impedida para depor em favor da parte com a qual tem relação de parentesco, pois tal situação se enquadra no artigo 405, parágrafo segundo, I, do CPC, que veda o depoimento **como testemunha** de parentes até o terceiro grau, inclusive por afinidade.

Outrossim, considerando-se que foi o mesmo ouvido na audiência tão somente **como informante**, não há se falar em cerceamento de defesa, inclusive, face à possibilidade de formulação de perguntas formuladas por ambas as partes litigantes.

Frise-se que inexistente vedação legal no uso do depoimento do informante para a formação do convencimento do julgador, a quem cabe atribuir a valoração necessária, nos termos do art., 447, § 5º, do CPC. No caso dos autos, denota-se que o convencimento do Juiz está alicerçado das diversas provas documentais constantes dos autos, além de áudios juntados pelo reclamante, e não apenas no depoimento do informante, razão pela qual não se constata qualquer nulidade.

REJEITO.

MÉRITO

Recurso das rés

INEXISTÊNCIA DE VINCULO EMPREGATÍCIO - RESCISÃO

INDIRETA - VERBAS RESCISÓRIAS

Irresignadas, recorrem as reclamadas da r. sentença que reconheceu o vínculo de emprego com o autor e a rescisão indireta com o pagamento das verbas rescisórias decorrentes, sustentando que *“as Recorrentes comprovaram através de documentos que se tratou de um contrato de trato comercial para transporte de carga, devidamente respaldado na lei, bem como, pela jurisprudência consolidada tanto do TST como do STF, não havendo que se falar em fraude. Outrossim, o Recorrido em seu depoimento diz que foi contratado por uma pessoa de nome Divonei via WhatsApp e que posteriormente, outra pessoa de nome A. confirmou a contratação também via WhatsApp, o colocando para dirigir caminhões de propriedade da “Dellys Food” (1min46seg a 2min24seg). A “Dellys Food” é uma marca, conforme aduzido em contestação, sendo que, não possui personalidade jurídica, portanto, inverídica a afirmação do Recorrido sobre o fato de que o caminhão que dirigiu possuía documento em nome da marca. Ademais, ninguém sabe quem é esse Divonei, toda suposta contratação girou em torno de conversas via WhatsApp, situação por si só incoerente, já que as Recorrentes são empresas de porte considerável, que mantém todos seus colaboradores registrados conforme determinações legais, inclusive comprovado em juízo com as fichas de registro do motorista A. e Marcelo, únicas pessoas que dirigiam os caminhões das Recorrentes.”*, *“Ademais, os referidos prints e conversas utilizadas como fundamentação da sentença de piso não se sustenta, vez que, não podem ser usados como provas, porque não têm autenticidade, por não apresentarem a cadeia de custódia da prova. Provas digitais devem ser apresentadas na íntegra, de modo a possibilitar elementos tais como a sua autenticidade, integridade e cadeia de custódia.”*, *“Ademais, o Sr. A. provavelmente lhe emprestava dinheiro o que justifica os depósitos na conta do obreiro, tanto é verdade que se tratam de depósitos de R\$ 100,00”, “O depoimento do preposto, confirma que jamais conheceu o Recorrido, que nunca fez parte dos quadros de colaboradores das Recorrentes, bem como, todos os colaboradores são devidamente registrados.”*

A r. sentença concluiu:

“1. RELAÇÃO de EMPREGO. CTPS. TERCEIRIZAÇÃO.

Segundo a **prova documental**:

a) **V.e A.** depositaram na conta corrente do reclamante os valores discriminados nas rubricas **“PIX T. V./A.”** dos extratos de fls. 71/73;

b) a **H. T. LTDA** celebrou com o **empresário individual V. G. M.**, que atua sob o **nome fantasia J. H. A. T.**, com **capital social de R\$1.000,00** - fl. 204), o **contrato de “prestação de serviços” de fls. 187/202**, com o objeto de **“... transporte de carga, compreendidos os serviços de coleta, remessa e entrega de encomendas e cargas...”** (fl. 187), e o prazo **“...12 (doze) meses, iniciados a partir da assinatura do contrato...”** (fl. 201), ou seja, **de 29.jun.2022 a 29.jun.2023**;

c) **A. Pedroso da Cruz** detém o *status* jurídico de **empregado (motorista de distribuição) da H. T. LTDA desde 08.nov.2019** (fl. 291);

d) **M. F. D. S.** ostenta a qualidade de empregado (motorista de distribuição) da **H. T. LTDA desde 14.dez.2020** (fl. 292).

Por outro lado, os **áudios** anexados aos autos evidenciam o seguinte (em resumo):

1) 16:54:20 - Reclamante: *“...Fabrício...bom dia...me dê um posicionamento se vão assinar a minha carteira ou não...caso não...amanhã nem apareço mais”;*

2) 16:54:14 - Reclamante: *“quase certeza que vocês não irão assinar... acertar os dias que ficaram para trás”;*

3) 16:54:08 - Reclamante: *“assinar a carteira...se não, não vou mais”;*

4) 16:54:02 - Reclamante: *“Fabrício...depositaram o dinheiro?”;*

5) 16:53:55 - Reclamante: *“Fabrício...aí estão os meus dias da semana”;*

6) 16:53:49 - Reclamante: *“Fabrício...estou mandando as fotos dos meus dias que estão no caderno”;*

7) 16:53:44 - Pessoa não identificada: *“quantas notas faltam ainda?”;*

- 8) 16:53:38 - A. :** *“mandei 100 pila pra você meu guri, você viu aí, positivo?”;*
- 9) 16:53:31 - A. :** *“(inaudível) está abaixado a nota, só ir lá que vai descarregar, eles estão precisando de mercadoria...vai lá em Mariópolis e vem no centro”;*
- 10) 16:53:25 - A. :** *“beleza, assim que você finalizar essas duas me avisa, que eu dou baixa no sistema”;*
- 11) 16:53:20 - A. :** *“oh Adriano, o teu pix é o teu telefone mesmo?”;*
- 12) 16:53:14 - A. :** *“assim que eu chegar em casa já faço o pix para você”;*
- 13) 16:53:07 - A. :** *“1.500 vou depositar para você”;*
- 14) 16:53:01 - A. :** *“vou pagar você esse mês, já me manda teu pix que eu te mando depois”;*
- 15) 16:52:55 - Reclamante:** *“o meu pix é o número do meu telefone celular”;*
- 16) 16:52:49 - A. :** *“vou pagar dos dias que vocês começaram até o dia 1º, provavelmente vão assinar a carteira do dia 2 para frente”;*
- 17) 16:52:43 - A. :** *“assim A. e A., amanhã vamos dar o melhor de nós, fazer a praça de vocês, vamos fazer umas 8/10 cada um de manhã cedo, para chegar de tarde e terminar a praça de Pato Branco, funciona do mesmo esquema que a outra vez lá, eu dou R\$100,00 para cada um de vocês”;*
- 18) 16:52:37 - Reclamante:** *“oh A. , será que cai os pila hoje, não sei como funciona, se é por pix ou depósito?”;*
- 19) 16:52:31 - A. :** *“é que provavelmente ainda não está cadastrada a tua habilitação no sistema deles, essa semana volta tudo assinadinho já”;*
- 20) 16:52:25 - Reclamante:** *“blz então, e outras levamos aquelas mercadorias no interior, vocês viram a cor que ficou o caminhão, não sei se vai precisar lavar ou não”;*
- 21) 16:52:18 - Reclamante:** *“que horas, às cinco e meia?”;*
- 22) 16:52:13 - A. :** *“vocês trabalham no sábado”;*
- 23) 16:52:06 - Reclamante:** *“opa, A. , pega e vê para mim amanhã cedo que horas o homem da auto-elétrica pode mexer no caminhão, que daí eu levo o caminhão”;*

para ele”;

24) 16:52:00 - A. : *“estou vendo aqui com o Fabricio, acha bom ajudar o Divonei, para ir aprendendo e pegar o jeito mais rapidão”;*

25) 16:51:54 - Reclamante: *“beleza então, amigo, eu já tinha conversado com o Divonei para levar um currículo meu para vocês, mas então me passa o horário que eu tenho que estar amanhã aí cedo...já dirigi caminhão estrada fora...fazendo entrega de merenda escolar, mas é a mesma coisa...só confirmar o horário que no horário estamos lá”;*

26) 16:51:48 - A. : *“fala aí meu amigo, aqui é o A. da OESA, conversei com o Divonei agora e precisando de alguém para nos dar um apoio, uns dias, se gostar do serviço é teu o brick, entendeu, veja aí, me dá um ok para começar amanhã já, daí durante essa semana já vamos organizar a papelada, documentação, para assinar a tua carteira”;*

27) 16:51:54 - A. : *“não precisa se preocupar questão de entrega, porque vai o ajudante, que conhece toda a praça, conhece toda a mercadoria, é só você querer abraçar o serviço mesmo”.*

Por outro lado, nos seus depoimentos as pessoas inquiridas em Juízo prestaram as seguintes informações:

- **Reclamante:** a) fiquei sabendo do trabalho por um conhecido, que até hoje trabalha com eles, o Divonei; ele me indicou e depois o A. e o Fabrício ligaram para mim; b) o D. trabalhava para a OESA, do grupo DELLY’S; b) conversei com o A. e depois com o F.; essas conversas se desenvolveram por WhatsApp; c) o meu teste era sair e voltar com o caminhão; busquei o caminhão no depósito da empresa, que fica ao lado do posto Ocidental, um barracão onde os caminhão ficam guardados, em Pato Branco; d) o A. me recepcionou e entregou as chaves do caminhão; e) um caminhão era de propriedade da OESA e outro do grupo DELLY’S; não recordo das placas; em um caminhão está escrito OESA e no outro DELLY’S, ambos da Volkswagen; f) o A. tinha um grupo da empresa, no qual transmitia as escalas, as viagens e os horários de chegar na empresa, 4h30min/5h30min; g) o A. abria o barracão; h) V. era o irmão da mulher do A. ; eu não recordo o nome da mulher do A. ; não lembro o nome completo do V. ; alguns pagamentos foram feitos pelo A. , outros pelo V. ; i) Fabrício chegava 8h/8h30min, ele que cuidava da

parte de computador, trocar informações com a empresa; o A. era o responsável pelos motoristas; então para entrar na empresa conversava com o A. e depois com o Fabrício; o A. também viajava com o caminhão dele, por isso ele incluiu essa empresa; ele também é motorista, o caminhão dele é fretado para a empresa; j) não sei se a CTPS do A. foi assinada, mas ele tem contrato com a empresa; k) não sei se o V. é dono, mas ele trabalha para o A. (PJe Mídias 09s em diante);

- **Preposto da reclamada:** a) OESA e a H. têm um ponto de atendimento em Pato Branco, perto do posto, um barracão; nesse barracão há uma paleteira e um computador; há dois caminhões 3/4, acredito que um Cargo e um Volkswagen; um deles tem um logotipo; b) esses dois caminhões pertencem à H. Transportes; c) realizamos entrega/varejo, entrega para clientes; d) não sei quem trabalhava com a paleteira; o computador fica com o Mozart; houve uma época em que o Mozart não trabalhou e outro colaborador trabalhou com o computador; **não me recordo o nome desse outro colaborador, mas acredito que seja Fabrício;** e) **A. é um motorista; é empregado da H. Transporte;** o outro veículo era conduzido pelo Marcelo Fogaça, que trabalha há 5 anos para a empresa; f) o A. e o Marcelo viajam na companhia de outros colaboradores registrados pela H. ; g) a rotina de roteirização é diária, o que muda são as cidades, a escala é definida pela torre de controle, que fica em Jaguará do Sul; a escala é transmitida pela roteirização, repassada pelo supervisor, que, por sua vez, comunica aos motoristas; h) **no ano passado o supervisor era o Fabrício;** i) esses motoristas registram os horários em ponto eletrônico, digitalmente; quando estão viajando, registram os horários no aplicativo de celular; j) quando o motorista inicia a viagem, a carga está pronta, retiram da carreira e colocam no caminhão; k) não conheço o reclamante, não sei se ele dirigiu algum caminhão; l) **as entregas são feitas por terceiros, contratamos terceirizados; a empresa contratou terceirizados de Pato Branco, a JA e a Rufato;** m) **a rotina desses terceirizados é igual à nossa; usam veículos deles; as cargas são feitas no mesmo local onde são feitas as nossas; a definição dos locais das viagens é feita pela torre de controle/roteirização passa para eles, eles recebem a informação;** n) **conheço o V. , que é o proprietário da JA Transportes;** o V. disponibilizou um veículo; não sei a marca desse veículo, não sei quem dirigiu esse veículo; o) os veículos das terceirizadas não tem o logo da OESA ou da DELLY'S (PJe Mídias 16min22s em diante).

- **Leandro (informante):** a) trabalhei conduzindo veículos para a OESA

e H., por 4/5 meses, de abril a agosto de 2022; depois de ago.2022 não presenciei outros fatos nas dependências da OESA e da H. ; b) prestei serviços sem registro na CTPS; c) fiquei sabendo da vaga de trabalho pelo A. , que era o encarregado do setor dos motoristas; d) eu entrei automaticamente na empresa, ou seja, sem entrevista; e) no documento do veículo que eu conduzia constava OESA, era um caminhão 3/4, Volkswagen, com logos da OESA e da DELLY's; f) viajava direto; não havia horário de intervalo, começava de madrugada e trabalhava até terminar todas as entregas, 14h/15h de trabalho; g) viajava na companhia de um ajudante; alguns ajudantes trabalhavam sem carteira assinada, outros com carteira assinada, os ajudantes revezavam; h) as viagens eram repassadas "de fora", a OESA, o A. e o Fabricio transmitiam essa informação; i) na época havia 4/5 motorista, cada um com o seu caminhão; havia os terceirizados; o A. também tem caminhão terceirizado; j) o V. mantinha caminhão terceirizado; k) que eu saiba o V. não explora empresa, é parente do A. e não tem carteira; l) nunca conduzi veículos dos terceirizados; m) não trabalhei na época do reclamante; n) o local onde eu busco/levo o caminhão fica perto do posto Ocidental (PJe Mídias 29min08s em diante).

Em suma, de **12.fev.2023 a 22.mai.2023**:

a) a **H. T. LTDA transferiu parte da sua atividade principal** ("*...49.30-2-02 - Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional...*" - vide cadastro na Receita Federal) para o **EMPRESÁRIO INDIVIDUAL V. G. M.** , tanto que depositou na sua conta bancária os valores discriminados nos comprovantes de fls. 205/218;

b) o **reclamante aparentemente foi contratado por V. G. M. para prestar serviços exclusivamente em proveito da H. T. LTDA**, a fim de dar cumprimento ao contrato de "prestação de serviços de transporte de cargos" de fls. 187/202.

Independentemente de quaisquer outras divagações, dito cenário por si só evidencia **inegável terceirização ILÍCITA**, na medida em que a **Lei 6.019/74 só permite a subcontratação de pessoa jurídica de direito privado, assim não considerado legalmente simples empresário individual** (artigos 4º-A da Lei 6.019/74 e 44 do Código Civil), e desde que **observadas as condições do seu art. 4º-B** ("*...prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ)...registro na Junta Comercial...capital social compatível com o número de empregados, observando-*

se os seguintes parâmetros: **a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00...**").

Além disso, em **flagrante violação ao §1º do art. 4º-A da Lei 6.019/74**, o conjunto probatório evidencia que as **ordens e instruções** relacionados ao trabalho, a exemplo da definição das rotas das viagens (**vide áudios** anexos e **depoimento pessoal do preposto das reclamadas** - "...a rotina desses terceirizados é igual à nossa; usam veículos deles; as cargas são feitas no mesmo local onde são feitas as nossas; a definição dos locais das viagens é feita pela torre de controle/roteirização passa para eles, eles recebem a informação..." -), sempre foram **transmitidas ao reclamante por mensagens, ligações telefônicas e comandos pessoais dos empregados da reclamada A. e Fabrício** (PJe Mídias 23min5ss em diante), o que sem sombra de dúvida caracteriza a sua subordinação jurídica à tomadora dos serviços, ao arrepio legal.

Enfim, diante da **ilicitude da terceirização** outra saída não resta senão concluir que o **reclamante ostentou a qualidade de empregado da H. T. LTDA no período de 12.fev.2023 a 22.mai.2023**.

Afinal, cuida-se de **pessoa física** que prestou serviços com **personalidade**, até porque o conjunto probatório não se presta a evidenciar que o reclamante detinha a possibilidade de substituir-se na execução das tarefas que lhe foram confiadas por terceiros, sobretudo em virtude de ato volitivo próprio.

Por outro lado, a **natureza permanente (não eventual) dos serviços** desenvolvidos pelo reclamante resta inegável diante da **atividade econômica empreendida pela H. T. LTDA**, a saber, "...49.30-2-02 - **Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional...**" (**vide** cadastro na Receita Federal).

Logo, independentemente do número de dias laborados no curso de cada semana (frequência), é evidente que os **serviços prestados pelo reclamante (motorista) encaixam-se no rol das necessidades normais, comuns e ordinárias da contratante**, dado o segmento no qual é desenvolvida a sua atividade econômica, o que por si só desfigura a **eventualidade**, que se associa à ideia do serviço excepcional, extraordinário e incerto no âmbito da organização empresarial.

De outra sorte, não paira qualquer dúvida acerca da **onerosidade**,

na medida a em que o reclamante recebeu pelos serviços prestados os valores discriminados nas rubricas **"PIX TRANSF V. /A."** dos extratos de fls. 71/73.

Resta a **subordinação jurídica**, que se revela nitidamente pelo **enfoque subjetivo**, dada a submissão do reclamante ao comando, à direção e à fiscalização dos representantes e/ou prepostos (**A. e Fabrício**) da H. T. LTDA.

É o que se declara para todos os efeitos legais."

Passo a apreciar.

A configuração da relação de emprego depende do preenchimento dos requisitos esculpidos nos arts. 2º e 3º da CLT, ou seja, prestação de serviços por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, de forma onerosa e subordinada. Por outro lado, empregador é conceituado no artigo 2º, desse mesmo diploma, como a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

Na peça de ingresso o autor narra que *"foi contratado pelas empresas reclamadas em 12.02.2023, para laborar na função de motorista de caminhão, porém as empresas reclamadas não realizaram a anotação em sua CTPS", "Como forma de remuneração de seu labor, o Reclamante recebeu os seguintes valores, conforme comprovante de extrato bancário em anexo: Mês de Março/2023 R\$ 1.8000,00; Mês de Abril/2023 R\$ 3.325,00; Mês de Maio/2023 R\$ 2.850,00", "as reclamadas, em que pese o reclamante ter laborado em horas extraordinárias jamais realizaram o pagamento de tais horas.", "pleiteia o reclamante, rescisão do contrato de trabalho de forma indireta, tendo como último dia trabalhado a data de 22/05/2023."*

As reclamadas, por sua vez, negam a prestação de serviços pelo autor, afirmando que a real contratante do obreiro foi J. H. A. T. , sob o nome empresarial do microempreendedor V. G. M. (fl. 203), com quem a segunda ré H. T. LTDA firmou contrato de prestação de serviços de cargas (fl. 187).

Negada a prestação de serviços pelas rés, o ônus da prova do vínculo de emprego é do reclamante, por tratar-se de fato constitutivo do seu direito (artigos 818 da CLT c/c 373, II, do CPC).

De acordo com os depoimentos colhidos em audiência e transcritos na

sentença, cujo teor não foi impugnado pelas partes recorrentes, infere-se que o reclamante afirma ter sido contratado por A. e Fabricio, através de conversas de “*whatsapp*”. O Sr. A. Pedroso da Cruz é, de fato, empregado da segunda ré H. T. LTDA, conforme comprova a ficha de registro de empregados de fl. 291.

Todavia, os documentos de fls. 29 e seguintes, consistentes em *prints* de tela de celular, que não estão acompanhados da respectiva ata notarial, não comprovam a contratação do autor ou o vínculo de emprego entre as partes.

Frise-se que a juntada de *prints* de telas de conversa de aplicativo “*Whatsapp*”, a exemplo de qualquer prova digital, por si só, não configura meio de convencimento eficaz, mormente sem a apresentação da necessária cadeia de custódia ou da integridade da comunicação, não sendo possível aferir a autenticidade necessária.

Nesse mesmo sentido são os áudios apresentados pelo obreiro, colacionados através do PJE Mídias, reproduzidos integralmente na sentença acima, prova esta que não transmite a credibilidade necessária ao Juízo, porquanto consistem, em sua maioria, de falas unilaterais do reclamante em que o mesmo questiona, a uma pessoa de nome Fabricio, a assinatura da sua carteira de trabalho ou algum pagamento, porém não estão acompanhados da correspondente resposta, nem tampouco comprovam serem dirigidas a um preposto ou funcionário da ré.

Embora as capturas de telas e de áudios sejam frequentemente utilizadas como meio de prova, podendo ser uma prática viável e útil ao processo trabalhista nos tempos atuais, é imprescindível que seja produzida de maneira adequada e em conformidade com as regras e procedimentos legais. Na situação dos autos, repita-se, não é possível confirmar a autenticidade dessas evidências, na medida em que desprovidas de um registro claro da cadeia de custódia das mídias, capaz de demonstrar o inteiro teor da conversa, como e quando foram coletadas.

De toda forma, analisando o conteúdo dos poucos áudios deste terceiro interlocutor, supostamente “A. da OESA”, conforme este se identifica no áudio de n. 26, não há comprovação da efetiva contratação do autor, nem tampouco a prestação de serviços de forma subordinada e não eventual, mas apenas uma tratativa inicial, a título de experiência, com a oferta de alguns fretes, ao valor de R\$ 100,00 cada, para suprir uma demanda temporária, com a “possibilidade” de posterior contratação.

Destaco aqui as seguintes declarações: "...funciona do mesmo esquema que a outra vez lá, eu **dou R\$ 100,00 para cada um de vocês**", "estou vendo aqui com o Fabricio, acho bom ajudar o Divonei, **para ir aprendendo e pegar o jeito** mais rapidão", "*fala aí meu amigo, tranquilo? Aqui é o A. da OESA. Conversei com o Divonei aí e tamo **precisando de alguém para dar um apoio aí pra nós por uns dias, se gostar do serviço é teu** o brick, entendeu? Veja aí, me dá um ok para começar amanhã já, daí durante essa semana já vamos organizar a papelada, documentação, para assinar a tua carteira" (g.n.).*

No caso, das conversas transcritas, não se evidencia a existência de trabalho prestado de forma habitual, ou seja, de maneira contínua. Tampouco a subordinação, que se caracteriza pelo recebimento de ordens, está presente. Ainda que o autor tenha afirmado em seu depoimento que "A. era o responsável pelos motoristas", "o A. tinha um grupo da empresa, no qual transmitia as escalas, as viagens e os horários de chegar na empresa", não trouxe aos autos uma escala sequer de viagens e horários que teriam sido encaminhadas por A. , a comprovar a subordinação jurídica necessária.

Por sua vez, em relação ao informante Leandro, considerando que afirmou ter trabalhado para as rés **de abril a agosto de 2022** e que, depois de agosto de 2022, não presenciou os fatos nas dependências da OESA e da H. , nada pode contribuir para o deslinde da causa, tendo em vista a alegação obreira de contratação no período de **12.02.2023 a 22/05/2023**.

Sendo assim, ainda que a onerosidade se faça presente, conforme o extrato bancário juntado às fls. 69-73, contendo algumas transferências realizadas ao autor pelos depositantes "A. " e "V. " (v.g. "10/03 PIX TRANSF A. 10\03 R\$ 100,00", "29/03 PIX TRANSF A. 29\03 R\$ 100,00", "10/04 PIX TRANSF V. G07\04 R\$ 2.400,00", "29/04 PIX TRANSF V. G20\04 R\$ 775,00"), os pagamentos apenas indicam que o reclamante recebeu pelos serviços avulsos prestados, não sendo suficientes para comprovar a existência de vínculo de emprego, que demanda o preenchimento de todos os pressupostos previsto no art. 3 da CLT, inexistentes na espécie.

Em virtude de todo o exposto, por não ter o autor logrado comprovar os pressupostos para a caracterização do vínculo de emprego, impõe-se REFORMAR a r. sentença para afastar o reconhecimento do vínculo empregatício, bem como

a rescisão indireta sendo, via de consequência, indevidas as verbas rescisórias deferidas na origem, FGTS e multa, horas extras, bem como anotação da CTPS.

ACOLHO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Constou da r. sentença:

“(...) Partindo-se dessas premissas e na esteira dos critérios e parâmetros estabelecidos nos § 2º do art. 791-A da CLT impõe-se a condenação das reclamadas ao pagamento de honorários de sucumbência aos advogados identificados na procuração de fl. 21 (ID. 573a960), arbitrados (no total) em montante equivalente a 10% (dez por cento) do proveito econômico obtido pela reclamante, assim entendido o crédito bruto de sua titularidade (aí incluídas as contribuições fiscais e previdenciárias de sua responsabilidade), com a inclusão dos juros e correção monetária.”

Aduzem as reclamadas “com a reforma da sentença e aplicação do Direito, todos os pedidos do Recorrido serão indeferidos, tornando-se o obreiro sucumbente integral da demanda, portanto, inviável a condenação das Recorrentes em honorários advocatícios sucumbenciais. Outrossim, caso entenda de forma diversa essa E. Corte, o que se argumenta por amor ao debate, requer que tais honorários sejam minorados, observando-se justamente os critérios do § 2º do art. 791-A da CLT.”

Pois bem.

O instituto da sucumbência processual, inclusive recíproca, aplica-se ao caso em exame, uma vez que a ação foi ajuizada após a vigência da Lei n.º 13.467/17.

O art. 791-A da CLT, introduzido pelo referido diploma legal, estabelece as seguintes balizas para o pagamento de honorários de sucumbência no processo do trabalho:

“Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.”

Conjugando a inteligência do § 3º do art. 791-A da CLT com a regra geral prevista no “caput” do art. 85 do CPC (“A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”), extrai-se que os honorários advocatícios devidos pelo trabalhador sucumbente devem ser calculados sobre a soma dos valores dos pedidos que **forem julgados totalmente improcedentes**.

Essa E. Turma vinha entendendo que mesmo que houvesse concessão do benefício da justiça gratuita à parte autora, como no caso dos autos, a parte seria condenada a pagar honorários de sucumbência, nos termos do art. 791-A, § 4º, da CLT e, também, do art. 98, § 2º, do NCPC (“Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na

forma da lei. (...) § 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.”), que prevê textualmente que a concessão da gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas decorrentes da sucumbência, aplicando-se, todavia, a condição suspensiva da exigibilidade do pagamento de honorários advocatícios ao advogado da ré, nos termos do art. 791-A, § 4º, da CLT caso o crédito obtido fosse insuficiente.

Ocorre que, com o julgamento da ADI 5.766 pelo Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 20.10.2021, houve a suspensão da eficácia da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, do art. 791-A, §4º, prevalecendo o entendimento de que é inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário.

Diante da improcedência dos pedidos e ausência de sucumbência das rés, deve ser afastada a condenação destas ao pagamento de honorários advocatícios.

Por sua vez, tendo em vista a necessidade de os honorários da parte ré serem fixados sobre os pedidos improcedentes, fixo honorários no percentual de 10% sobre o valor da causa, pois atende ao disposto no art. 791-a, § 2º, da CLT, respaldado nos ditames da razoabilidade, especialmente considerando o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, os quais devidos aos procuradores da reclamada, mas que ficarão sob condição suspensiva da exigibilidade, em conformidade com a decisão proferida na ADI 5.766 pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto beneficiário da justiça gratuita.

DOU PROVIMENTO, nestes termos.

ACÓRDÃO

Em Sessão Virtual realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Luiz Alves; presente a Excelentíssima Procuradora Andrea Ehlke, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Claudia Cristina Pereira, Luiz Alves e Rosemarie

Diedrichs Pimpao; convocada a Excelentíssima Juíza Rosiris Rodrigues De Almeida Amado Ribeiro (Portaria SGP nº 5, de 23 de fevereiro de 2024); **ACORDAM** os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **ADMITIR O RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELAS RECLAMADAS**, bem como as respectivas contrarrazões. Por igual votação, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO** para: a) afastar o reconhecimento do vínculo empregatício, bem como da rescisão indireta e demais verbas deferidas; b) excluir a condenação das rés ao pagamento de honorários de sucumbência, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, fixando-se a condição suspensiva de exigibilidade, tudo nos termos da fundamentação.

Custas invertidas, pelo reclamante, sobre o valor da causa (R\$ 25.505,76), de cujo pagamento fica isento, por ser beneficiário da justiça gratuita.

Intimem-se.

Curitiba, 23 de abril de 2024.

CLAUDIA CRISTINA PEREIRA
Relatora