



**PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO**

PROCESSO nº 0000927-30.2019.5.12.0037 (RORSum)

RECORRENTE: JULIANA BATISTA DE ALMEIDA LICINIO 06967742914

RECORRIDO: TIAGO ANSCHAU MARTINS

RELATOR: GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO nº 0000927-30.2019.5.12.0037**, provenientes da 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis, SC, sendo recorrente **JULIANA BATISTA DE ALMEIDA LICINIO** e recorrido **TIAGO ANSCHAU MARTINS**.

### **VOTO**

Conheço do recurso ordinário e das contrarrazões, pois preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

### **MÉRITO**

#### **1 - VÍNCULO DE EMPREGO. MOTOBOY**

O reclamante distribuiu esta ação em 04.11.2019 alegando ter trabalhado de 08.01.2019 a 18.10.2019 para a reclamada como Motoboy, sem o reconhecimento do vínculo de emprego. Argumentou que trabalhava na atividade-fim da empresa, a entrega de marmitas, e pugnou pelo reconhecimento do vínculo de emprego, com os títulos dele decorrentes.

A ré, em sua peça de defesa, informou a prestação de serviços pelo autor de forma autônoma, indicando a inexistência de vínculo de emprego. Afirmou inexistir pessoalidade ou subordinação na prestação dos serviços.

Em sentença foi reconhecido o vínculo de emprego entre as partes como Motoboy de 08.01.2019 a 16.09.2019, pelos seguintes fundamentos:

No caso em tela, resta clara a presença dos elementos da pessoalidade, eis que contratado os serviços do profissional que é o reclamante, e não de seu serviço ou do resultado de seu trabalho; a habitualidade da mesma forma, pelo prolongamento no tempo da relação havida entre eles - no mínimo de 7 meses, e dentre os quais a testemunha do autor afirmou que o labor se dava diariamente - ainda que aqui tenha havido discordância entre as alegações do autor e da testemunha Fabiano, já que aquele afirma em depoimento que trabalhou por quatro a cinco meses de segunda a

sábado e depois, com a queda nas entregas, apenas de segunda a sexta-feira, enquanto que o Sr. Fabiano afirmou que sempre trabalharam de segunda a sábado, por outro lado, a testemunha da Reclamada não soube sequer informar a frequência de trabalho do autor como prova, mas afirmou que ele próprio trabalhava em média três a quatro dias da semana, frequência tal apta a afastar qualquer dúvida de falta de habitualidade.

A onerosidade também não se contesta diante da própria afirmação da parte reclamada quanto ao pagamento "por entrega realizada".

Resta apenas uma análise mais acurada do elemento subordinação, que, por sua vez, é uma forma de conduta instrumentalmente voltada para um procedimento produtivo, sendo indispensável face às ordens/regras ditadas pelo empregador nos limites do contrato e das normas que regem a relação mantida entre as partes acordantes, correspondendo, pois, a um estado de dependência potencial, facultando ao empregador a intervenção dependência potencial nas atividades prestadas pelo empregado.

(...)

Ora, a reclamada, como ela mesma afirmou, trabalhava fazendo marmitas para entregas, não havendo nenhum tipo de serviço no local, ou seja: sem as entregas, não havia completude de sua atividade principal, de onde inquestionável que as entregas faziam parte de todo o sistema produtivo, ou seja, os entregadores, dentre eles o reclamante, era um verdadeiro colaborador essencial da reclamada, com continuidade em sua prestação de serviços, de forma onerosa e com traços de subordinação, não clássica, exclusivamente jurídica, mas sobretudo estrutural, reticular, até diria financeira, considerando que sem a atividade empresarial, não poderia o reclamante exercer sua função e vice-versa, de forma que esse elemento "subordinação" deve ser considerado, então, como uma forma de conduta instrumentalmente voltada para um procedimento produtivo, sendo indispensável face às ordens/regras ditadas pelo empregador nos limites do contrato e das normas que regem a relação mantida entre as partes acordantes, correspondendo, pois, a um estado de dependência potencial (fl. 145, grifo no original).

Pois bem.

Para a configuração do vínculo empregatício, necessário o preenchimento dos elementos da relação de emprego dispostos no art. 3º da CLT, quais sejam, a personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica. Ainda, deve estar presente o requisito do art. 2º da CLT, que define o empregador como a parte que assume os riscos da atividade econômica. Na ausência de qualquer um deles, não há reconhecer que a relação havida entre as partes seja de emprego.

Nesse esteio, uma vez admitida a relação entre as partes pela ré, mas controvertida a sua natureza, compete-lhe de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão, nos termos do art. 373, II, do CPC e art. 818 CLT.

Análise.

Primeiramente, lembro que a Lei no 13.467/17 não alterou apenas a CLT, mas também a Lei nº 6.019/74, autorizando a terceirização na atividade-fim da empresa:

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 (grifei).

Assim, o fato da ré vender apenas marmitas para entrega, sem consumo no local, não impede a terceirização das atividades de entrega das marmitas.

Cabe ressaltar também que nesta Especializada vige o princípio da primazia da realidade, pelo qual a realidade fática se sobrepõe a formalidades documentais.

Isto posto, verifico que o conjunto probatório foi favorável à ré.

O autor na inicial alegou que recebia R\$ 70,00 (setenta reais) por dia de trabalho ("*O demandante percebia um salário fixo diário de R\$ 70,00 (setenta reais), totalizando uma média remuneratória mensal de R\$ 1.500,00 (um mil setecentos e cinquenta reais*" (sic), fl. 04). Já em réplica alegou perceber R\$ 70,00 (setenta reais) por dia, mais uma remuneração variável, conforme a produção (número de entregas):

Também falta com a verdade a ré quando afirma que o autor recebia tão somente o valor de R\$ 3,50 para cada entrega, isto porque, conforme arguido na inicial, além do valor variável que seria proporcional à produção laboral (número de entregas), o autor também recebia o valor fixo diário de R\$ 70,00 (setenta reais). Este pagamento do valor fixo que, ressaltamos, era pago independentemente do número de entregas, é mais um traço característico da relação de emprego, já que o risco da atividade econômica era do empregador que tinha que remunerar o trabalho de seus empregados mesmo se não houvesse nenhuma entrega a ser realizada no dia (fl. 73, grifei).

Verifico que a reclamada é uma empresária individual de entrega de refeições para consumo domiciliar, com capital social de R\$ 2.000,00 (dois mil reais, fls. 17), ou seja, a ré, pessoalmente, confeccionava em sua residência marmitas para entrega, conforme fotografia de fls. 56. A ré não é uma empresa de motoboys, não sendo crível que tivesse à sua disposição diariamente sete motoboys, como alegado pelo autor em seu depoimento, ou mesmo cinco motoboys, como afirmado pela testemunha do autor, pagando R\$ 70,00 por dia a cada um, mais um valor variável, conforme a produtividade (número de entregas) de cada um, valor muito superior ao salário costumeiramente pago a essa categoria, como verifico na CTPS do autor a fls. 16, onde consta que foi contratado mediante salário fixo de R\$ 1.315,00 (mil, trezentos e quinze reais).

Assim, tendo em vista a contradição entre as alegações da inicial, da réplica, e a prova oral, considero válida a tese defensiva de que era pago um valor fixo de R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos) por entrega, e que seria alterado para um valor variável, conforme a distância das entregas, que cada motoboy realizava cerca de quinze entregas por dia, e recebia esse valor ao sair da reclamada para as entregas, sem precisar retornar ao final.

Ainda, o autor afirmou em seu depoimento que no início eram sete motoboys, depois cinco, e que a quantidade foi reduzindo até a reclamada encerrar suas atividades. Afirmou ainda que, no início, trabalhava de segunda a sábado, porém optou por não trabalhar aos sábados quando caiu o movimento, demonstrando a sua autonomia na escolha dos dias em que queria trabalhar.

Não bastasse, perguntado se parou de trabalhar para a ré porque conseguiu emprego de carteira assinada, o autor afirmou que entre o labor para a reclamada e o labor para a empresa constante de sua CTPS (fls. 16) permaneceu um tempo trabalhando como **freelancer**, sendo que afirmou ter trabalhado para a ré de 08.01.2019 a 18.10.2019, e o vínculo de emprego foi anotado em 16.08.2019, caindo mais uma vez em contradição, ante a concomitância dos períodos do alegado labor para a ré e do contrato assinado em sua CTPS.

Soma-se a isso os fatos incontroversos de que o autor utilizava motocicleta própria, arcando com as despesas de deslocamentos e assumindo os riscos da atividade (alteridade), e que foi indicado para trabalhar por outro motoboy, o que reforça a inexistência de personalidade, pois um motoboy que não ia trabalhar simplesmente indicava outro para realizar as entregas.

A prova oral confirmou a autonomia na prestação dos serviços, pois a testemunha do autor, Sr. Fabiano, afirmou que os motoboys poderiam faltar ao trabalho, sem ser punidos (apenas não recebiam o dia não trabalhado), e que podiam se fazer substituir, inclusive o autor. **A testemunha confessou que indicou outro motoboy para trabalhar em seu lugar num dia em que não pode comparecer, confirmando assim a ausência de personalidade na prestação dos serviços (minutos 37 a 39 da audiência).**

O Sr. Fabiano afirmou ainda que realizavam cinco a seis saídas por dia, entregando cerca de vinte e cinco marmitas em cada um deles, pelo valor fixo de R\$ 70,00 (setenta reais) dia, independente do número de entregas, em contradição com as alegações do autor em réplica, de que recebia R\$ 70,00 (setenta reais) por dia, mais um valor variável.

Questionada mais de uma vez pelo juízo, a testemunha do autor não soube explicar como a alteração na forma de pagamento lhe seria desfavorável, pois afirmou que passaria a receber R\$ 30,00 (trinta reais) fixos por dia, mais R\$ 2,00 (dois reais) por entrega, o que não lhe traria nenhum prejuízo, pois afirmou que realizava no mínimo vinte entregas por dia (R\$ 30,00 + 20 x R\$ 2,00 = R\$ 70,00), ou seja, ou ganharia o mesmo valor, ou ganharia mais, caso realizasse mais de vinte entregas no dia.

A testemunha do autor declarou ainda que trabalhou com o reclamante de segunda a sábado durante todo o contrato, e que trabalharam até outubro/19, porém o reclamante afirmou na inicial que trabalhava de segunda a sexta-feira (o que inclusive constou da sentença), e em seu depoimento declarou que iniciou trabalhando aos sábados, porém optou por não trabalhar para a ré nesse dia. Entendo que a testemunha demonstrou o nítido intuito de beneficiar quem a arrolou, o que retira a força probatória do seu depoimento.

A testemunha da reclamada, Sr. Jaderson, de sua vez, passou mais segurança em seu depoimento ao afirmar que recebiam R\$ 3,50 (três reais e cinquenta) por entrega, que realizavam de dez a vinte entregas por dia, que trabalhava nos dias que queria, pois também trabalhava para um "aplicativo de entregas", e que cada motoboy comparecia num horário diferente, entre 10:30 horas e 14:00 horas, e que se precisasse de mais motoboys, a reclamada chamava outro pelo aplicativo WhatsApp, onde havia um grupo com outros motoboys que poderiam ser chamados. A testemunha do autor não soube afirmar a frequência dos outros motoboys ou o horário exato de chegada ou saída de cada um deles, ao contrário da testemunha do autor, que apesar de trabalhar realizando entregas, sabia a hora que os colegas chegavam e saíam, e inclusive se faltaram ao serviço, o que não é crível, tendo em vista que prestavam serviços externos.

Tudo examinado, entendo que a ré se desincumbiu do ônus de prova da ausência do preenchimento simultâneo dos requisitos da relação de emprego, pois inexistentes a pessoalidade e a subordinação jurídica nas atividades do autor e, ainda, por ele assumir os riscos da sua atividade.

Nestes termos, **dou provimento** ao recurso da reclamada para afastar o vínculo de emprego reconhecido na origem, excluindo da condenação os títulos a ele referentes, inclusive adicional de periculosidade, reembolso de despesas com o uso de motocicleta, multa normativa, honorários de sucumbência e as obrigações de anotar a CTPS e de fornecimento de guias, bem como a determinação de expedição de ofícios e, em consequência, julgar improcedentes os pedidos da inicial.

Prejudicada a análise do pedido subsidiário acerca da modalidade da rescisão contratual.

## **2 - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA**

O reclamante ajuizou esta ação em 04.11.2019 e, de acordo com o art. 6º da IN nº 41 do TST, na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios

sucumbenciais deve ser aplicada às ações propostas após 11.11.2017, data de vigência da Lei nº 13.467/2017. Assim, aplica-se ao caso o art. 791-A e parágrafos da CLT.

Com efeito, o dispositivo em questão estabelece que "*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*". Logo, não há previsão no processo do trabalho para isentar a parte autora dos honorários, independentemente da concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, conforme previsão expressa disposta no § 4º do art. 791-A da CLT.

Quanto ao assunto, não observo afronta aos dispositivos constitucionais invocados na peça inicial, os quais dizem respeito ao acesso ao Poder Judiciário e à assistência do Estado a quem comprovar insuficiência de recursos, já que a sucumbência tem por intuito moralizar os pedidos dirigidos a esta Justiça, impondo responsabilidade às partes no que forem sucumbentes.

Destarte, rejeito a postulação do autor de declaração de inconstitucionalidade e condeno-o no pagamento de honorários de sucumbência aos patronos da reclamada, no importe de 15% do valor retificado da causa (R\$ 25.955,15, fl. 46), observando-se o § 4º do art. 791-A da CLT.

### **3- CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Custas pelo reclamante no importe de R\$ 519,10 (quinhentos e dezenove reais e dez centavos), calculadas sobre o valor da causa de R\$ 25.955,15 (vinte e cinco mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e quinze centavos, dispensadas face à Justiça gratuita que lhe foi concedida.

### **ADVERTÊNCIA AOS LITIGANTES**

Alerto aos litigantes que a propositura de embargos declaratórios fora das hipóteses processualmente admitidas ensejará a aplicação das penalidades previstas em lei.

Pelo que,

**ACORDAM** os membros da 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade, **CONHECER DO RECURSO DE RITO SUMARÍSSIMO**. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO** para afastar o vínculo de emprego reconhecido na origem, excluindo da condenação os títulos a ele referentes e, em consequência, **JULGAR IMPROCEDENTES** os pedidos da inicial. Condenar o reclamante no pagamento de honorários de sucumbência aos patronos da reclamada, no importe de 15% do valor retificado da causa (R\$ 25.955,15, fl. 46), observando-se o § 4º do art. 791-A da CLT. Custas pelo reclamante no importe de R\$ 519,10 (quinhentos e dezenove reais e dez centavos), calculadas sobre o valor dado à causa de R\$ 25.955,15 (vinte e cinco mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e quinze centavos, dispensadas face à Justiça gratuita que lhe foi concedida. Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 28 de outubro de 2020, sob a Presidência do Desembargador do Trabalho Marcos Vinicio Zanchetta, os Desembargadores do Trabalho Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira e Gracio Ricardo Barboza Petrone. Presente a Procuradora Regional do Trabalho Ângela Cristina Santos Pincelli.

**GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE**  
Relator