



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

Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo 1000963-33.2019.5.02.0005

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 05/11/2019

Valor da causa: \$22,518.16

Partes:

RECORRENTE: TERCIO DERCULE RAPOSO

ADVOGADO: ELIO MARTINS

RECORRIDO: RAPPI BRASIL INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS LTDA

ADVOGADO: JOANA DOIN BRAGA MANCUSO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
14ª Turma

6

PROCESSO TRT/SP nº 1000963-33.2019.5.02.0005
ESPÉCIE DO PROCESSO: RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO
RECORRENTE: TERCIO DERCULE RAPOSO
ADV. (A/S): ELIO MARTINS
RECORRIDO: RAPPI BRASIL INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS LTDA
ADV. (A/S): JOANA DOIN BRAGA MANCUSO
ORIGEM: 5ª VT DE SÃO PAULO
JUIZ(A) DA SENTENÇA: GESSICA OSORICA GRECCHI AMANDIO

RAPPI BRASIL. SERVIÇO DE ENTREGAS. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE OPERADORA DA PLATAFORMA E ENTREGADOR. Existe vínculo empregatício entre a operadora da plataforma virtual Rappi e os entregadores. Há personalidade, haja vista a necessidade da realização de cadastro pessoal e intransferível, não podendo o trabalhador substabelecer a execução do serviço (entrega) a outrem. Há onerosidade, porquanto a relação não se assenta na gratuidade, existindo entre as partes direitos e obrigações de cunho pecuniário. Não-eventualidade, há fixação jurídica do trabalhador perante a tomadora, com continuidade na prestação de serviços, o qual, por sua vez, é essencial ao desenvolvimento da atividade econômica vendida pela empresa (comércio e entrega de bens). Em relação à subordinação, na economia 4.0, "sob demanda", a subordinação se assenta na estruturação do algoritmo (meio telemático reconhecido como instrumento subordinante, consoante art. 6º, CLT), que sujeita o trabalhador à forma de execução do serviço, especificamente, no caso da Rappi, impondo o tempo de realização da entrega, o preço do serviço, a classificação do entregador, o que repercute na divisão dos pedidos entre os trabalhadores. Presentes os requisitos da relação jurídica empregatícia. Recurso autoral provido.

De acordo com o art. 852-I da CLT tem-se a dispensa do relatório.



VOTO

I - Conhecimento.

Sentença proferida às fls. 258/264, a qual julgou o feito improcedente.

Recurso ordinário pelo Reclamante às fls. 264/268, em que discute vínculo empregatício. O subscritor do apelo tem poderes a fl. 17. O apelo é tempestivo, pois interposto em 15 de outubro de 2019. Não houve o pagamento de custas processuais, face à concessão do benefício de assistência judiciária gratuita.

Contrarrazões pela Reclamada às fls. 271/287, em que rebate as razões recursais.

O recurso ordinário é conhecido ante o preenchimento dos seus pressupostos de admissibilidade.

II-MÉRITO.

II.1. Vínculo empregatício.

O Reclamante aduziu na petição inicial que foi admitido pela Reclamada em 1º de setembro de 2018 para exercer as funções de motoboy, sem que houvesse o registro do contrato de trabalho.

Alegou a existência de pessoalidade, pois além de ter de realizar um cadastro com seus dados, para prestação de serviços era-lhe fornecido cartão corporativo pré-pago de uso intransferível, além de ser necessário para iniciar o aplicativo enviar uma foto de próprio rosto. Quanto à habitualidade, disse que estava à disposição de segunda a sexta-feira, das 12 h. às 19 h., sendo que havia a orientação de dias e horários para a prestação e caso a taxa de aceitação de pedidos fosse baixa, haveria a punição com a redução de pontuação ou até bloqueio de novos pedidos. A onerosidade estaria configurada pelo recebimento pelos serviços prestados e a subordinação ante a punição, configurada pelo rebaixamento de nível, perda de pontos e até bloqueio de novos pedidos, em razão do número de recusas,



reclamação de clientes, não entrega de produtos; também pela necessidade de pedido de aprovação para finalizar pedidos, apresentação de colaborador ("shopper") para auxiliar nas compras, direção quanto à forma de se portar e interagir com os clientes.

A Reclamada, em defesa, negou a existência de vínculo empregatício, sustentando ser mera plataforma intermediadora entre cliente e entregador. Negou a pessoalidade, articulando que feito o pedido, qualquer entregador pode executar o serviço, que a prestação de serviços se dava sob autonomia do prestador. Quanto à habitualidade, aduziu que o prestador tinha liberdade para ativar-se nos dias e horários que lhe aprouvesse, sem qualquer imposição. Em relação à onerosidade, afirmou que a retribuição financeira é feita por meio da plataforma digital "smartmei", que gerencia o pagamento pelo cliente e o seu repasse ao entregador, sem que ela fique com qualquer comissão. No tocante à subordinação, defendeu que o Autor aderiu por livre vontade aos termos de prestação de serviços, que inexistia controle ou direção do trabalho.

No ato da formulação da contestação, o réu tem como ônus da manifestação precisa sobre os fatos narrados na fundamentação da exordial, ou seja, presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, nos termos do art. 341 do CPC. A impugnação do réu pode ser pela: a) negativa do fato constitutivo do direito do autor; b) oposição de outros fatos, os quais impedem, extinguem ou modificam as consequências jurídicas da base fática arguida pelo autor. Diante da negativa do réu, o *onus probandi* é do autor (arts. 373 do CPC e 818 da CLT) quanto ao fato constitutivo do seu direito.

A experiência forense trabalhista indica que é comum a discussão judicial quanto à existência ou não da relação jurídica trabalhista. Em defesa, o empregador poderá adotar duas linhas distintas: a) negativa da existência do vínculo empregatício, aduzindo que nunca houve a prestação de serviços pelo trabalhador, sendo que nesse caso o encargo probatório é do autor; b) reconhecer a prestação de serviços com a negativa total ou parcial da presença dos requisitos do trabalho subordinado (art. 3º da CLT). Isto significa que o réu admite a base constitutiva do direito do autor, contudo, lhe opõe um fato impeditivo. Nesse caso o encargo probatório é do réu.

A r. sentença julgou o feito improcedente por entender inexistir subordinação jurídica, vez que o Autor tinha autonomia para os dias e horários a serem trabalhados e liberalidade na recusa de pedidos.

A relação jurídica trazida à análise provoca novas reflexões acerca do Direito de Trabalho em relação a essa nova modalidade de interação na prestação de serviços em tempos de economia 4.0 (1).



No dissídio em apreço, está-se diante da relação entre trabalhador, empresa de tecnologia e cliente.

A empresa reclamada opera aplicativo de compra, transporte e entrega de produtos, por intermédio do qual o cliente realiza o pedido de mercadoria, a empresa direciona o pedido a um trabalhador cadastrado em banco de dados e esse realiza a execução física do serviço (deslocamento, compra, retirada, transporte e entrega).

Trata-se de moderna modalidade de serviço, que vem sendo denominada economia "sob demanda", na descrição de Adrián Odolí Signes:

"O que se vem descrevendo até o momento é chamado 'on-demande economy' ou economia sob demanda. O termo faz referência a um modelo de negócio em que as novas tecnologias na Internet permitem que as plataformas virtuais disponham de grandes grupos de prestadores de serviços, os quais ficam à espera de uma solicitação de serviço de um consumidor" (ODOLÍ, Adrián Signes et al. O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: Ltr, 2017. p. 28-43).

Outro conceito importante nesse novo cenário socioeconômico é o "*crowd sourcing*":

"O chamado Crowdsourcing (também chamado de Crowdword) consiste em tomar uma prestada de serviço, tradicionalmente realizada por um trabalhador e descentralizá-la indefinidamente e, normalmente, envolvendo grande número de pessoas em forma de chamada ou convocatória. Esse modelo conta com três elementos; i) os 'solicitantes', que são empresas ou indivíduos que solicitam a prestação de um serviço; ii) os trabalhadores que prestam o serviço; iii) e as plataformas virtuais que utilizam as tecnologias de informação para unir oferta e demanda, e que recebem uma porcentagem por serviço realizado". (ODOLÍ, Adrián Signes. Ob. cit.).

Dentre as espécies desse tipo de serviços, duas interessam especialmente para fins de relação de trabalho:

"do ponto de vista das empresas que sustentam (ou que mantêm) plataforma virtual, onde se cruzam a oferta e a demanda, devem-se distinguir dois tipos. De um lado, têm-se as plataformas genéricas e, de outro lado, as específicas. Do primeiro tipo, encontramos por exemplo, Amazon Turk, Microtask, Clickwork, Task Rabbit, Fild Agent, em que os 'solicitantes' podem requerer qualquer tipo de trabalho. Do segundo, encontramos plataformas específicas de um



setor de atividade como Uber - para transporte de passageiros; Sademan - para guias turísticos; Fly Cleaners - lavanderia pessoal; Myfixpert - reparação de aparatos eletrônicos; CHefly - cozinheiro a domicílio; Helpplig - limpeza de casa; Sharingacademy - professores particulares.

A diferença é importante, visto que as plataformas que aderem a uma atividade concreta, na maioria dos casos, exercem um controle muito maior sobre os seus trabalhadores. Ou seja. Como se fosse uma empresa tradicional, uma companhia que se dedica ao transporte de passageiros deseja manter sua marca em alta consideração, para isso, deve fornecer um bom serviço e assegurar que seus trabalhadores/microempresários assim o façam. Pelo contrário, plataformas virtuais genéricas funcionam mais como um quadro de anúncios, onde qualquer atividade pode ser divulgada e onde a reputação da empresa não depende de como é realizada essa atividade (já que a empresa não está vinculada a nenhuma atividade em concreto. Isso faz com que as plataformas virtuais exerçam um menor controle sobre como os prestadores de serviço realizam suas atividades - menor subordinação. Nesse sentido, conclui-se que as plataformas genéricas atuam como uma agência de recolocação que fornece mão de obra a terceiros" (ODOLÍ, Adrián Signes. Ob. cit.).

Os parâmetros acima delineados são importantes para se entender a espécie de serviço oferecido pela Ré e sua relação com os entregadores.

A Ré se autodenomina como intermediadora de negócios. O foco de sua atividade está em apresentar aos clientes/consumidores por intermédio da plataforma virtual produtos de consumo de parceiros comerciais (fls. 149), que, segundo ela, remuneram todo o seu funcionamento (fls. 122 e 132). Além desses produtos, o cliente pode encomendar outros produtos de empresas não parceiras, pagando para tanto um percentual sobre o valor do produto.

Dessa forma, a atividade econômica seria a intermediação de negócios, comércio (compra/venda) e entrega dos produtos.

Embora promova a venda de produtos de terceiros, a Ré apresenta ao cliente/consumidor o serviço de entrega do produto, como se verifica a partir dos próprios anúncios: "**Na Rappi entregamos rápido e bem feito**" (fls. 195).

Disso extrai-se que a plataforma não funciona como mera ferramenta de contato entre indivíduos e prestadores de serviços (entregadores). O próprio serviço (entrega) é o objeto econômico - é o produto fornecido pela Reclamada. Tanto que em seus anúncios a Ré garante a qualidade dos serviços de entrega: "**Na Rappi entregamos em bom estado**" (fls. 193); "**A Rappi sempre cumpre**"(fls. 195).



Dadas essas características, primeira conclusão a que chegamos ser a Ré empresa de crowdsourcing de plataforma específica, ou seja, ela vende um serviço que demanda ação física, o que, por consequência, exige o trabalho humano para ser feito.

Fixadas tais premissas, passa-se à análise dos elementos identificadores da relação de emprego, quais sejam, pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação, destacando que todos devem estar presentes na forma do art. 2º, combinado com o art. 3º, da CLT.

Nesse ponto, cumpre destacar que a relação jurídica empregatícia encontra descrição legal, de forma que havendo relação material, cujos aspectos fáticos se enquadrem no descritivo fático-legal há imposição quanto à configuração na espécie jurídica, inexistindo liberdade às partes de convencionarem a simulação de outro negócio jurídico. Vale dizer, a dados os aspectos materiais, a qualificação jurídica da relação interpessoal é cogente e não dispositiva.

Para Maurício Godinho Delgado, a relação empregatícia, como espécie do gênero relação de trabalho, "*resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático-jurídico), sem os quais não se configura a mencionada relação. Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: (a) a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; (b) a prestação de serviços efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; (c) também efetuada com não eventualidade; (d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador de serviços; (e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade*". (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 5. Ed., p. 289).

Quanto aos elementos identificadores da relação empregatícia, tem-se nos autos:

(i) Pessoalidade.

Somente pode ser caracterizado como empregado o ser humano. A essência do Direito do Trabalho consiste na proteção e valoração da dignidade do ser humano.

A relação empregatícia é pessoal, visto que o empregado não se pode fazer substituir por outra pessoa durante a prestação dos serviços, denotando o caráter de uma obrigação personalíssima. Assevere-se, porém, que o aspecto "intuitu personae" não implica a exclusividade de possuir um único tomador de seus serviços. O trabalhador subordinado pode ter vários empregadores, desde que tenha tempo e de acordo com as peculiaridades de cada relação.



Américo Plá Rodríguez, ao realçar o fato de que o contrato de trabalho seja "intuitu personae" quanto à pessoa do trabalhador, pondera: *"Deve-se levar em conta que a obrigação principal que o trabalhador contrai, como consequência da celebração do contrato, é a de colocar sua energia pessoal a serviço do empregador. Por conseguinte, a este, não lhe pode ser indiferente à pessoa cujas energias são colocadas à sua disposição, dado que a quantidade, a qualidade e a modalidade dessa energia podem variar de uma pessoa para outra"* (RODRÍGUEZ. Américo Plá. Princípios do direito do trabalho. 3. Ed. Tradução Wagner Giglio e Edílson Aikimim Cunha. São Paulo: Ltr, 2000, p. 178.)

Quanto ao empregador, o contrato de trabalho, como regra, não assume o caráter de ser *intuitu personae*.

Segundo Américo Plá Rodríguez, o referido fenômeno explica-se *"pela circunstância de que ao trabalhador o que interessa fundamentalmente é que se lhe conceda uma oportunidade de pôr suas energias à disposição de alguém, mediante o pagamento de um salário determinado. O fato de que a empresa pertença a uma pessoa física ou jurídica não interessa em absoluto ao trabalhador. Pelo mesmo motivo, não se preocupa o trabalhador que a pessoa moral modifique sua composição jurídica ou que os possuidores das ações ou das quotas sociais sofram mudanças [...] A falta de contato pessoal entre o proprietário da empresa e cada um dos trabalhadores; a possibilidade de que o contrato de trabalho subsista nas mesmas condições apesar das variações produzidas na pessoa do empregador; o fenômeno da despersonalização do empregador; a tendência manifesta do Direito do Trabalho de procurar dar estabilidade à relação de emprego torna perfeitamente explicável essa posição de indiferença do trabalhador frente às alterações ocorridas na pessoa do empregador. Por isso, podemos dizer, em termos gerais, que, se o trabalhador não pode continuar o contrato de trabalho, este termina; todavia, se o empregador não pode prosseguir, pode ser substituído por outro, sem que o contrato de trabalho se altere"* (RODRÍGUEZ. Américo Plá. Ob. Cit.).

Como descrito na r. sentença *"encontra-se presente, uma vez que não há provas de que em algum momento o reclamante foi substituído por pessoa por ele indicada e alheia ao quadro de prestadores de serviços"*.

(ii) Onerosidade.

Não há contrato de trabalho a título gratuito, ou seja, sem encargos e vantagens recíprocas. O contrato de trabalho é bilateral e oneroso, isto é, o empregado, ao prestar os serviços, tem direito aos salários. Representa o ganho periódico e habitual percebido pelo trabalhador que presta serviços continuados e subordinados a outrem.



O contrato de trabalho subordinado é inexistente quando o esforço se dá por simples caridade, religião, amizade, solidariedade humana etc. Por exemplo: o serviço voluntário, o qual não gera vínculo empregatício, nem obrigações de natureza trabalhista, previdenciária ou afim (art. 1º, parágrafo único, Lei 9.608/98).

Esse requisito foi aferido r. sentença nos seguintes termos:

"Incontroversa a onerosidade, uma vez que a reclamada não alega que os serviços eram gratuitos. Note-se que, embora incontroverso que o pagamento era realizado por meio da plataforma digital SmartMEI; e que, assim como afirmado em defesa e não impugnado especificamente pelo reclamante, os valores eram pagos diretamente pelos consumidores "no que tange a taxa de entrega e eventuais gorjetas", não tendo a reclamada ingerência no "pagamento dos entregadores", não há como entender tais fatos como ausência de onerosidade."

(iii) Não-eventualidade.

Para a compreensão do que vêm a ser serviços não-eventuais (habituais) (art. 3º, CLT), é necessário entender o significado do que é "eventual". A doutrina nos aponta quatro correntes, a saber:

a) descontinuidade - eventual é o trabalho descontínuo e interrupto com relação ao tomador dos serviços. Vale dizer, a prestação de serviços é fragmentada, com a existência de afastamentos razoáveis entre um período de trabalho e outro para o mesmo tomador. Para Mauricio Godinho Delgado, a Lei Consolidada teria rejeitado a teoria da descontinuidade ao adotar a expressão "serviços de natureza não eventual" (art. 3º, *caput*), portanto, **"um trabalhador que preste serviço ao tomador, por diversos meses seguidos, mas apenas em domingos ou fins de semana (caso de garçons de clubes campestres, por exemplo), não poderia se configurar como trabalhador eventual, em face da não absorção, pela CLT, da teoria da descontinuidade"** (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5ª ed. São Paulo: Ltr, p. 294);

b) evento - a prestação de serviços ocorre por um fato determinado e esporádico para o tomador. A eventualidade está atrelada à duração do evento. Contudo, a teoria não é razoável quando se têm eventos que resultem em uma dilação temporal mais ampla;

c) fins do empreendimento - o lapso de tempo para caracterizar ou não o vínculo empregatício não possui critérios numéricos exatos. A não eventualidade se fará em função de cada caso concreto e de acordo com as particularidades do mesmo. Por isso, para fundamentar essa ideia, há uma parte da doutrina que atrela a eventualidade aos fins da empresa, aduzindo que serviços não



eventuais são os exercidos de acordo com a finalidade da empresa. A justificativa está incorreta, pois existem várias empresas que possuem empregados que exercem atividades não condizentes com a sua finalidade. Como exemplo, temos: uma empresa prestadora de serviços na área de vigilância pode possuir um pedreiro, registrado como empregado, que lhe preste serviços na área de manutenção;

d) fixação jurídica - eventual é o trabalhador que não se fixa de forma contínua a nenhuma fonte de trabalho, tendo vários tomadores simultâneos quanto aos seus serviços. Amauri Mascaro Nascimento ensina: eventual é *"aquele que presta a sua atividade para múltiplos destinatários, sem se fixar continuamente em nenhum deles. Eventual é um subordinado de poucas horas ou pouco tempo que vai realizar um serviço especificado, findo o qual terminará a sua obrigação. Não é autônomo porque está sob o poder diretivo de outrem, o destinatário do serviço, enquanto o executar"* (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, p. 629).

Na caracterização do trabalho eventual, Mauricio Godinho Delgado afirma que não é razoável partir de um único critério e sim da combinação de todas as teorias, propondo, assim, os seguintes elementos característicos: *"(a) descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo; (b) não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços; (c) curta duração do trabalho prestado; (d) natureza do trabalho tende a ser concernente a evento certo, determinado e episódico no tocante a regular dinâmica do empreendimento tomador dos serviços; (e) em consequência, a natureza do trabalho prestado tenderá a não corresponder, também, ao padrão dos fins normais do empreendimento"*. (DELGADO, Mauricio Godinho. Ob. cit., p. 297).

Também está verificada nos autos: *"eventual entende-se a correspondência entre o trabalho realizado e o atendimento das atividades normais do empreendimento econômico. A tipificação da não eventualidade, portanto, não está atrelada ao conceito de trabalho diário, cotidiano, bastando que seja não ocasional*.

Conquanto a reclamada não tenha por atividade fim o serviço de entrega, disponibiliza - ou, conforme consta em sua defesa, intermedia - esse serviço por meio de sua plataforma. E, ainda que a entrega realizada não seja fonte direta de lucro para a reclamada, assim como informado pela testemunha Gabriela ao afirmar que "a reclamada não retém taxa de entrega", a existência de entregadores é essencial à consecução dos fins da empresa, uma vez que não há como "conectar" virtualmente o consumidor e o entregador (fls.122), sem a existência de entregadores.

"Nesse contexto, depreende-se que a prestação de serviços não era esporádica, restando, portanto, caracterizada a não eventualidade."



(iv) Subordinação.

Nesse ponto, a r. sentença afastou a pretensão autoral, repousando a controvérsia objeto da insurgência recursal.

Eis o fundamento de decidir:

"Os depoimentos, pessoal e das testemunhas ouvidas, demonstram que o reclamante tinha autonomia na sua prestação de serviços, podendo estipular horários e dias a serem trabalhados, escolhendo, inclusive, a entrega a ser feita, uma vez que poderia recusar esta, antes ou após a aceitação."

No âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, a subordinação é primordial na caracterização da relação de emprego, como ponto de distinção entre o trabalhador autônomo e o subordinado (art. 3º, CLT).

A doutrina brasileira, assim como internacional, procura caracterizar a subordinação como:

a) econômica - o empregado, como tem o salário como principal fonte de subsistência, tem uma dependência econômica em relação ao empregador. É uma visão insatisfatória. Há trabalhadores que detêm uma condição econômica superior à do empregador e, mesmo, assim, são considerados empregados. Por outro lado, pode haver dependência econômica, sem que se tenha a condição de empregado, como são as hipóteses do representante comercial e do empreiteiro;

b) técnica - como o empregador detém a exploração da atividade econômica, o empregado dependeria das suas orientações técnicas para o desempenho de suas atividades laborais. Atualmente, é inaceitável esta tese. Com a expansão do conhecimento e qualificação do trabalhador, há situações nas quais o conhecimento técnico do trabalhador é importante para a consecução da atividade econômica, logo, o empregador seria o dependente;

c) jurídica - o empregado, além de estar obrigado a trabalhar, deverá fazê-lo sob as ordens do empregador. Trata-se de uma vinculação jurídica, visto ser originária de um negócio jurídico (contrato de trabalho).

Nesse aspecto, leciona Maurício Godinho Delgado: ***"A subordinação classifica-se, inquestionavelmente, como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido***



entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do contrato" (Curso de direito do trabalho. 11ª ed. São Paulo: Ltr, 2012, p. 296).

Como fenômeno jurídico, a subordinação é vista por três prismas:

a) o subjetivo, no qual se evidencia a sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador. Trata-se da visão clássica da subordinação. A subordinação tem destaque pela intensidade das ordens emanadas pelo empregador em relação à prestação dos serviços por parte do empregado. *"O empregado não atua de livre vontade, estando sujeito às ordens do empregador. Esta subordinação, no entanto é jurídica, e não pessoal, pois originada de um negócio jurídico (contrato de trabalho), em que uma parte assume o dever de trabalhar para outra, que a remunera. Por outro lado, notamos que esta subordinação é necessária em virtude da estrutura capitalista da empresa moderna. O critério da subordinação baseia-se portanto no fato de que o empregado não está obrigado apenas a trabalhar, mas a fazê-lo sob as ordens do empregador. Essa concepção ficou conhecida como a da subordinação subjetiva, ou modelo da subordinação-controle. Porém, com o passar do tempo e a crescente complexidade das relações de emprego e de trabalho, bem como as novas modalidades de prestação de trabalho, essa orientação demonstrou ser perigosamente simplista, atraindo distorções e revelando as falhas naturais da concepção"* (ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2008, t. 2, p. 434).

b) o objetivo, em que a subordinação está no modo em que se dá a prestação de serviços e não no tocante à pessoa do empregador. O empregado está vinculado aos fins e objetivos da atividade desenvolvida pelo empregador. *"Na visão moderna, o vínculo que une o empregado ao empregador é a atividade do primeiro, que se exterioriza por meio da prestação do trabalho. E é sobre a atividade do trabalhador, e não sobre a sua pessoa, que o empregador exerce seu poder de direção e comando. Evidentemente, quando o empregador admite o empregado, busca nele mais suas habilitações particulares que traços de sua personalidade. No entanto, como o trabalho não existe per se, é impossível dissociá-lo da figura do trabalhador. Daí se dizer que na relação de emprego existe uma relação imediata com a atividade do emprego (trabalho), e uma atividade mediata com a pessoa do mesmo. A subordinação gravita em torno da atividade imediata, e não da mediata. Exercita-se a subordinação, porém, sobre comportamentos de recíproca expressão, que se definem pela integração da atividade do empregado na organização empresarial"*(ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Ob. cit., t. 1, p. 434).

c) estrutural, em que o trabalhador está inserido na atividade econômica do empregador. Não é necessário que receba ordens diretas ou que o seu trabalho esteja relacionado com



os fins da empresa. A subordinação repousa na inserção do trabalhador na dinâmica de organização e funcionamento da empresa.

Os diversos prismas do fenômeno jurídico da subordinação não devem ser aplicados de forma excludente e sim com harmonia. Nesse aspecto, concordamos com as palavras de Mauricio Godinho Delgado: *"A conjugação dessas três dimensões da subordinação - que não se excluem, evidentemente, mas se completam com harmonia - permite superaram-se as recorrentes dificuldades de enquadramento dos fatos novos do mundo do trabalho ao tipo jurídico da relação de emprego, retomando-se o clássico e civilizatório expansionismo do Direito do Trabalho. Na essência, é trabalhador subordinado desde o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa pleora de ordens do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação clássica ou tradicional), como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços, nem exatamente realizar os objetivos do empreendimento (atividades-meio, por exemplo), acopla-se, estruturalmente, à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviços realizada (subordinação estrutural)."*(Ob. cit., p. 298).

Em contraponto está a autonomia na prestação de serviços:

"A diferença entre trabalhador autônomo e subordinado baseia-se num suporte, o modo como o trabalho é prestado.

O modo como o trabalho é prestado permite distinguir melhor entre trabalho subordinado e trabalho autônomo desde que seja percebido que há trabalhos nos quais o trabalhador tem o poder de direção sobre a própria atividade, autodisciplinado-se segundo seus critérios pessoais, enquanto há trabalhadores que resolvem abrir mão do poder de direção sobre o trabalho que prestarão, fazendo-o não coativamente como na escravidão, mas volitivamente como exercício de uma liberdade, transferindo, por contrato, o poder de direção para terceiros em troca de um salário, portanto, subordinando-se.

Aqueles que detêm o poder de direção da própria atividade são autônomos e aqueles que alienam o poder de direção sobre o próprio trabalho para terceiros em troca de remuneração são subordinados.

Como se manifesta o poder de direção e quais as suas dimensões?



O poder de direção desenvolve-se em tríplice dimensão.

Compreende o poder de organização, o poder de controle e o poder disciplinar.

O subordinado, não detendo o poder de direção, submete-se ao poder de organização de terceiro, e sabemos que quem organiza os meios de produção ou a prestação de serviços no exercício de uma atividade, cujos resultados são próprios, é o empresário. O subordinado abre mão do poder de organização. Pertence ao empresário. Se o trabalhador auto-organizar-se será 'piccoli imprenditori' do art. 2.083 do Código Civil da Itália (1942), não será empregado.

Segundo aspecto do poder de direção está no poder de controle, que é resultado de uma organização hierárquica na qual o trabalho de alguém pode ser fiscalizado dirigido por outrem. A lei brasileira considera empregador aquele que dirige a prestação de serviços de outrem.

O terceiro ângulo do poder de direção consiste no poder disciplinar, de fundamento para uns contratual, para outros institucional, reconhecido pela doutrina predominante, daí por que no trabalho subordinado sujeita-se o trabalhador às sanções disciplinares que segundo as normas jurídicas são previstas ou toleradas."(NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho - 21ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2006 - pág. 435/436.

Definidos tais marcos conceituais, no âmbito do no dissídio em apreço, nos termos e condições definidos pela Ré, consta no item 5:

"A oferta e seleção das entregas ao ENTREGADOR dependem do âmbito territorial de operação que ele se encontre e da capacidade de entrega dos PRODUTOS requisitados pelo CONSUMIDOR. Cabe à OPERADORA definir o melhor meio de entrega" (fls. 151).

Deflui haver direção total da operadora (Ré) na definição do melhor meio de entrega, o que determina a escolha do entregador que efetuará o serviço.

Importante salientar que não havia possibilidade do cliente escolher o entregador prestador de serviços, tal como afirmado pela Ré em defesa *"no momento em que o consumidor solicita pedido no aplicativo, uma mensagem automática é enviada aos entregados mais próximos do consumidor a fim de otimizar a entrega, não havendo a opção pelo cliente de escolher o seu entregador"* (fls. 129).

Tal afirmação leva por terra a tese defensiva de ser mera intermediadora entre o cliente e o prestador de serviços, uma vez que no processo de intermediação, o agente meio apenas



apresenta possíveis prestadores ao consumidor e esse último escolherá dentre aqueles o de sua preferência. Na plataforma operada pela Ré, essa direciona a prestação aos trabalhadores, de acordo com seus critérios.

Requisito basilar em uma relação jurídica de prestação de serviço, em molde não empregatício, é que o tomador escolha o profissional que executará o serviço, de forma que ambos negociem os termos da obrigação e co-obrigação e entabulem o negócio (princípio da simetria entre contratantes).

Difere da relação jurídica em que o tomador (cliente) contrata o serviço de uma empresa e essa (dado o seu poder de direção) nomeia um preposto seu para executar o serviço.

Do ponto de visto do trabalhador, no primeiro caso, há verdadeira relação de autonomia, pois os termos da obrigação são negociados entre prestador autônomo e cliente tomador. No segundo, o trabalhador é mero preposto executor do serviço.

Outro ponto basilar para a análise da existência de autonomia por parte do trabalhador é que esse precifique o seu serviço.

Na sociedade capitalista, os produtos ou serviços fornecidos no mercado têm um preço. Esse valor é ofertado pelo produtor/prestador do serviço.

Seja o serviço de natureza intelectual, artísticas ou física aquele que o fornece o precifica tendo em vista o esforço a ser despendido, o tempo necessário, os seus atributos qualitativos, além de atributos personalíssimos, tais como, tempo de experiência, qualificação técnica, perfeição etc.

Essa característica inafastável está presente em profissionais liberais (autônomos), desde aqueles que desempenham atividades braçais, exemplo, pedreiros, eletricitas, marceneiros; quanto profissionais que desempenham atividades intelectuais-científicas, ex. médicos, advogados, arquitetos.

Precificar o próprio trabalho é característica fulcral do profissional autônomo.

Em contrapartida, o tomador-cliente, poderá aceitá-lo, recusá-lo (bem como ao serviço) ou negociá-lo, seja quanto ao valor, seja quanto à forma de pagamento (integral -à vista-, parcelado etc.).

Entre as partes prestador-tomador há liberdade comercial de negociação.



Entretanto, no modelo de trabalho por demanda através de aplicativo (crowdsourcing de plataforma específica), o preço é imposto pela operadora.

De acordo com fls. 184 e 189, o preço do serviço era fornecido pela própria plataforma, retirando tanto do cliente, quanto do entregador qualquer hipótese de negociação. A liberdade entre as partes é inexistente.

No mesmo sentido, o depoimento da testemunha Sra. Gabriela

"que o valor de entrega é feito pelo algoritmo, variando de acordo com o tempo e distância" (fl. 239).

Portanto, nesse ponto da análise já é possível concluir, não há relação direta de prestação de serviços entre entregador e cliente. Igualmente, que a operadora não funciona como mera intermediária ou facilitadora do contato entre cliente e entregador.

A Reclamada mantém forte ingerência na classificação dos entregadores. Aqueles que recusassem pedidos lhe direcionados ficariam com baixa taxa de aceitação (fls. 181), o que resultava em punição quanto ao bloqueio de envio de novos pedidos: **"que depois que aceito o pedido pode haver cancelamento, mas fica por algumas horas bloqueado (...) que o depoente não poderia não aceitar entregas pois seria bloqueado por duas ou três horas de bloqueio"** (depoimento da testemunha sr. Victor, fls. 239), no mesmo sentido (sanção em caso de recusas) fl. 182.

Incontroverso também que a Reclamada classificava os entregadores em níveis - (1, 2, 3, 4) (fls. 47/49, 164/165, 167) **"que tem do nível 1 ao 4"** (depoimento da testemunha sr. Victor, fl. 239) - quanto mais alto, maiores os benefícios auferidos.

A fixação de níveis, de forma indireta, implica direção e controle da forma de prestação de serviços, inclusive, no quesito assiduidade, na medida em que o número de entregas e a quantidade de dias trabalhados eram critérios de elevação:

"que se o depoente não fosse trabalhar ou baixava de nível ou era bloqueado e tinha em contato com o suporte para conseguir ser desbloqueado e ficar on line; com o nível mais baixo não pegava todas as entregas ou com frete menor (...) que se trabalhasse menos ia ganhar menos e baixar de nível (...) que tem que fazer entrega para subir de nível (...) que não há especificação de horário de trabalho, mas quanto mais trabalha mais se mantém no nível" (depoimento da testemunha sr. Victor, fl. 239).



Nesse ponto, afasta-se a suposta autonomia do entregador em relação à possibilidade de recusa de pedidos ou liberdade quanto aos dias e horários a serem trabalhados. A direção, nesse aspecto, não é direta pela imposição quanto aos serviços a serem executados (entrega) ou à jornada a ser cumprida (assiduidade), mas indireta, pois caso o entregador exercesse a autêntica autonomia (livre escolha da entrega a ser feita ou do número de dias trabalhados) seria preterido em relação aos demais, ou seja, os entregadores que menos exercessem a autonomia (os "mais subordinados") eram beneficiados com maior número de ofertas e maiores ganhos.

Nesse especial, em relação ao "poder dos algoritmos", como novo elemento fático caracterizador da subordinação no seio da indústria 4.0, destaca-se o estudo de Daniela Muradas e Eugênio Delmaestro Corassa intitulado "Aplicativos de transporte e plataforma de controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos", do qual se aponta o seguinte trecho:

"No que diz respeito especificamente ao trabalho sob demanda via aplicativos (work on-demand via apps), o poder empregatício tende a um maior grau de concentração por controle de trabalhadores em massa e por gestão algorítmica de dados coletados pelos aplicativos." (MURADAS, Daniela; CORASSA, Eugênio Delmaestro. Aplicativos de transporte e plataforma de controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: Ltr, 2017. p. 157-165).

Ademais, a rígida submissão do empregado ao cumprimento de jornada de trabalho fixa não é, por si só, requisito para a configuração da subordinação jurídica, isso porque, a legislação admite a existência de empregados, os quais não cumprem jornada rígida ou predefinida, veja-se as figuras jurídicas arroladas no art. 62, CLT.

No mesmo panorama está a espécie dos empregados em domicílio, previsto no *caput* do art. 6º, da CLT.

A circunstância de o trabalhador prestar os serviços fora do estabelecimento do tomador, seja em ambiente aberto (rua), seja em seu domicílio - não estando, a princípio, sob o controle direto da empresa -, não significa que o empregador não exerça a direção do trabalho (subordinação), na medida em que a direção pode ocorrer por controle da produção, quantidade e qualidade, determinação da forma com que o serviço será prestado etc.



Outro fator a indicar a presença de direção da Reclamante quanto à prestação de serviços, está na imposição de tempo no qual a entrega deve ser executada, conforme fls. 183 /185.

Ainda, tem-se a admissão pelo ordenamento jurídico do trabalhador cuja remuneração ocorre por produção/tarefa, modalidade que se enquadra na relação jurídica em análise.

O salário pago por tarefa possui como base a produção do trabalhador, o qual após cumprir a obrigação de produzir um determinado número de peças por dia estará dispensado do cumprimento do restante da jornada diária.

Para Amauri Mascaro Nascimento, *"forma de caráter misto, por excelência, é o salário por tarefa, que resulta da engenhosa combinação entre o salário por unidade de tempo e o salário por unidade de obra (Orlando Gomes). É o salário que se paga a um operário em consideração ao tempo, mas com a obrigação de produzir, dentro dele, um resultado mínimo determinado (Evaristo de Moraes Filho). Pela economia de tempo, há uma vantagem atribuída ao trabalhador. Pode consistir essa vantagem ou num sobre-salário, pelas unidades produzidas no tempo economizado ou na dispensa de cumprir o restante da jornada de trabalho, tão logo concluídas as tarefas do dia. Portanto, a ideia básica desse sistema é a seguinte: num dado tempo, uma determinada produção e pela economia de tempo uma recompensa"* (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 8ª edição, 1982, p. 174).

A legislação consolidada permite o salário por tarefa, como se depreende do pagamento das férias (art. 142, § 2º) e da rescisão indireta (art. 483, "g").

Nessa modalidade, o empregador não contrata a disposição o empregado por determinado módulo temporal (art. 4º, CLT), mas a execução do serviço (produção). Consequentemente, a remuneração não tem como parâmetro o número de horas à disposição, mas sim cada tarefa executada.

A Lei n. 13.467/17 criou a espécie jurídica do contrato de trabalho intermitente (art. 452-A, CLT), dentre as características dessa modalidade, a legislação faculta ao empregado a recusa quanto à aceitação da oferta de trabalho lhe dirigida, sem que isso implique descaracterização da subordinação (parágrafos segundo e terceiro do art. 452-A).

A interpretação sistemática dos dispositivos da legislação consolidada permite segunda conclusão:



- a caracterização do contrato de emprego, mesmo na prestação de serviços fora do ambiente do empregador, com a configuração da subordinação jurídica por intermédio do uso de meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão da execução do trabalho (art. 6º e parágrafo único, CLT);

- a possibilidade do empregado (também aquele que exerça atividade na forma do art. 6º, acima) receber por tarefa;

- a possibilidade do empregado recorrer o serviço (o que equiparamos à tarefa) sem que isso desconfigure a subordinação jurídica (art. 452-A, §§ 2º e 3º, CLT).

A Ré também exercia o poder diretivo e punitivo sobre os colaboradores, conforme demonstrado às fls. 52/53, 195/196 e no depoimento da testemunha sra. Gabriela:

"que caso ocorra algum imprevisto e o entregador não consiga efetuar a entrega o valor deste produto gera uma dívida ao entregador e o reclamante acabou tendo dívidas por este motivo; que o motivo da entrega deve ser reportada à reclamada; que o débito é gerado quando o entregador não se reporta ao cliente ou ao suporte o problema da não entrega do produto; que a depoente não sabe informar se o entregador se reporta somente ao cliente sobre a não possibilidade de entrega se a dívida será gerada; que dívida não bloqueia permanentemente; que assim que quitar a dívida o reclamante consegue continuar na plataforma" (fl. 239).

Na economia 4.0, a subordinação está na estruturação do algoritmo, meio telemático (art. 6º, CLT), que impõe ao trabalhador a forma de execução do serviço. Vale dizer, a ordem não advém de pessoa natural, tal qual no passado (gerente, supervisor, encarregado), mas da telemática, que por meio de seus complexos cálculos dirige como o serviço deve ser efetuado para o resultado mais eficiente, bem como precifica tal serviço.

O caso sob análise foge à tradicional correlação sócio-econômica empregador-empregado, de origem fabril, fonte sociológica da definição jurídica do vínculo empregatício, em especial, no que se refere à subordinação. Dadas às novas características de trabalho da era digital em que o empregado não está mais no estabelecimento do empregador, a clássica subordinação exercida pela direção direta do empregador, por intermédio de seus prepostos da cadeia hierárquica, é dissolvida.

Cite-se a advertência de Wanessa Mendes de Araújo em seu trabalho "Reflexões sobre a subordinação jurídica na era da economia sob demanda":



"o conceito clássico de subordinação jurídica tem se mostrado ineficaz na aferição das novas formas de trabalho, advindas das inovações tecnológicas e da reestruturação produtiva ocorrida na era digital" (ARAÚJO, Wanessa Mendes de. Reflexões sobre a subordinação jurídica na era da economia sob demanda. Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo : Ltr, 2017. p. 180-184).

As novas relações de trabalho advindas da economia 4.0 exigem do operador do direito uma perspectiva diferente quanto aos elementos fáticos-jurídicos caracterizadores da relação empregatícia:

"Porém, quando se analisam mais de perto os moldes em que se realiza da prestação de serviços, constata-se a existência de exigência impostas pelo titular da plataforma digital, como o padrão de atendimento, a forma de pagamento, o preço do serviço, sugerem a existência de controle e avaliação, ainda que, de forma difusa, que afastam a noção de trabalho genuinamente autônomo" (ARAÚJO, Wanessa Mendes de, ob. cit.).

Para finalizar essa parte do estudo, transcrevemos os ensinamentos de Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante:

"o desenvolvimento econômico e a concentração de renda acentuada em alguns setores da economia não podem estar "desconectados" dos novos desafios de uma empresa sustentável e com seu papel social no cenário global e interno das economias.

Com essa preocupação, a Declaração do Milênio das Nações Unidas adotada pela ONU e pelos seus 191 Estados-membros (2000) traz os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), dentre os quais, tem-se o de "estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento" (Objetivo 8). Alguns anos após resultado de intensos trabalhos, no âmbito da Organização das Nações Unidas, foram adotados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), por ocasião da Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (2015). Entre os diversos objetivos (ODS), tem-se aquele de "promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos" (Objetivo 8) e o "construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação" (Objetivo 9).

O "papel sustentável e social" das empresas, no âmbito da OIT, foi enfatizado na Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social (Declaração EMN, 1977). A Declaração EMN sofreu algumas atualizações, sendo a mais recente em



2017, e está em sintonia com os princípios orientadores globais para as empresas (Comissão de Direitos Humanos da ONU, 2011) e com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) (ONU, 2015). Nesse contexto, também se destaca o Pacto Global (2013).

A Declaração Sociolaboral do Mercosul (1998, revisada em 2015), atribui aos Estados-membros o papel central no processo de desenvolvimento regional a partir de dois eixos, o trabalho decente (artigo 2º) e a empresa sustentável (artigo 3º). Além disso, reafirmam a centralidade do emprego nas políticas públicas, para o desenvolvimento sustentável e econômico da região (artigos 21 e 22). No linear da 4ª Revolução Tecnológica, a concepção de uma empresa sustentável, não pode estar "desconectada" da proteção do emprego e da empregabilidade, a qual está alicerçada em três pilares: a) no princípio da função social da empresa (aspecto principiológico); b) na negociação coletiva de trabalho como instrumento de proteção jurídica do emprego e dos postos de trabalho (aspecto formal); c) no direito de informação e de consulta dos representantes dos trabalhadores (aspecto material)[CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego. São Paulo, 2018, LTr, p. 100]" (CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A quarta Revolução Tecnológica: o desemprego tecnológico e os desafios para uma empresa sustentável. Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019).

Em razão dos pressupostos teóricos acima alinhavados, cotejados com os elementos fáticos existentes nos autos, declara-se a relação jurídica empregatícia entre as partes.

Ocupação: motociclista (CBO 5191).

Admissão: A data é fixada como sendo o dia 25 de fevereiro de 2019.

Fundamentos: (a) a Reclamada impugnou a data do início da prestação dos serviços (fl. 120), alegando ser 25.02.2019. As testemunhas nada esclareceram, sendo que o reclamante insistiu no início em setembro/18 conforme o depoimento de fl. 238; (b) da análise dos autos, verifica-se que o Reclamante não juntou um só documento que comprovasse qualquer prestação de trabalho em data anterior a 25.02.2019. Os documentos por ele juntados às fls. 58/79, dão conta de que o primeiro pagamento ocorreu no início de março. Milita em prol da Reclamada os documentos de fls. 208 e ss. onde não consta qualquer serviço, aceito ou recusado pelo Reclamante em data anterior a 26.02.2019. O documento de fls. 207 indica, ainda, que o Reclamante iniciou a prestação dos serviços em 25.02.2019; (c) assim, havendo a possibilidade de o Reclamante provar o período, quer por documentos ou testemunhas, não havendo esta prova, mister reconhecer que o início da prestação dos serviços se deu em 25.02.2019.



Encerramento: há controvérsia entre as partes, pois o Reclamante afirma que o seu cadastro foi bloqueado em 14 de junho de 2019 (o que equivaleria à demissão). Por sua vez, a Reclamada afirma que o cadastro está ativo (fl. 117). Considerando o princípio da continuidade, poderíamos dizer que o contrato estivesse ativo. Contudo, a convicção que emerge da prova é no sentido do término da prestação de serviços.

Fundamentos: (a) a Reclamada disse que o vínculo se encontra ativo (fl. 117), e juntou o documento de fls. 207 onde consta como ativo. Todavia, entende-se que não basta a declaração da Reclamada para concluir pela manutenção do vínculo do emprego. Milita em prol do reclamante: (1) a juntada do documento de fl. 39 que se trata de mensagem do SAC da Reclamada indicando o seu bloqueio no sistema; (2) o documento juntado pela reclamada que indica estar o reclamante ativo, mas não consta nenhuma ordem de pedido aceito ou recusado pelo reclamante em data posterior a 12.06.2019; (b) forçoso é concluir que o documento juntado pelo reclamante à fl. 39 é fidedigno e espelha o que realmente ocorreu. Se a reclamada reativou o seu cadastro em data posterior, isto não tem o condão de desconstituir o ato da dispensa já praticado. Então, devem ser deferidos os pagamentos rescisórios pleiteados. Houve o término do contrato em 12 de junho de 2019, de forma imotivada.

Remuneração: Há controvérsia entre as partes. O Autor declara média de R\$ 1.200,00, mensais. A Ré assevera a média de R\$ 467,06.

Decorre dos autos que a remuneração era por tarefa. Extrai-se, também, que o valor da entrega era variável, inexistindo parâmetro pré-ajustado, bem como a duração da jornada diária era variável, não significando, assim, que a jornada fosse a tempo integral nos moldes do art. 7º, XIII, CF.

No caso dos autos, o próprio Reclamante juntou prova de que não recebia a quantia alegada (fls. 58/79), o que é corroborado pela juntada do documento da Reclamada (fl. 207). Então, considerando o período de trabalho, de 25.02.2019 à 12.06.2019 (108 dias), os valores pagos constantes no documento de fl. 107 (R\$2.084,73), conclui-se pela média salarial no importe de R\$779,10 que deve ser considerado para efeitos rescisórios. Deixo de considerar a média apurada pela Reclamada eis que considerou os meses de julho e de agosto de 2019, meses que não houve prestação de serviços conforme prova o documento de fls. 208/235 juntado pela própria Reclamada.

Deverá Ré promover a anotação da CTPS do Autor, no prazo de 5 dias de sua intimação para tanto (após o trânsito em julgado), sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. Se nos 30 dias subsequentes a Reclamada não satisfizer a obrigação de fazer, a anotação será efetuada pela



Secretaria da Vara, sem prejuízo da multa cominada, cessando, contudo, o compute da multa, haja vista o cumprimento da obrigação por terceiro.

Nos termos do artigo 1.013, § 3º, I, do CPC os presentes autos não serão devolvidos à primeira instância, a causa está em condições de imediato julgamento.

O Código de Processo Civil prevê, no art. 1013, § 3º, I, que se a causa estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada em julgamento sem resolução do mérito; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

A leitura deste dispositivo permite constatar que novo diploma processual civil assegura a possibilidade de julgamento do mérito diretamente pelo Tribunal, sempre que a causa estiver em condições de imediato julgamento.

A expressão "**condições de julgamento imediato**" prevista no § 3º do art. 1013 assimila posição doutrinária e jurisprudencial já consolidada no sentido de que é possível julgamento ainda que haja matéria de fato, desde que a instrução probatória já existente seja suficiente.

A doutrina indica:

***"Em relação ao efeito devolutivo da apelação (art. 1013 do novo CPC), foram mantidas as previsões do caput, §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC anterior, com pequena modificação de redação e o acréscimo de que as questões a serem apreciadas e julgadas pelo tribunal limitam-se ao capítulo impugnado. Já em relação ao § 3º, houve significativa ampliação, indicando o novo dispositivo que 'se a causa estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito', nas seguintes situações: reformar a sentença com base no art. 485, que enumera os casos em que o órgão jurisdicional não resolverá o mérito; decretar a nulidade da sentença, quando não seja congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; constatar omissão no exame dos pedidos, podendo julgá-los; decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação. Quando reformar sentença que pronuncie a decadência ou prescrição, o tribunal prosseguirá no julgamento, examinando as demais questões, para resolver a matéria de fundo"* (O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho. Org. Élisson Miessa. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 581/582).**

Na mesma linha de raciocínio:

"O tribunal, em princípio, não deve avançar no exame das matérias não decididas ainda em primeiro grau, pois isso violaria o princípio do duplo grau de jurisdição. No



entanto, essa ideia cede espaço à regra do § 3º do art. 1.013, pela qual em determinadas hipóteses em que o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal fica autorizado a decidir desde logo o mérito da demanda, sem restituir o processo para novo julgamento pela primeira instância. Para tanto, é necessário que a causa esteja 'madura' para julgamento, ou seja, que verse questão exclusivamente de direito ou esteja em condições de imediato julgamento. Portanto, o tribunal não pode fazer uso da regra do § 3º do art. 1.013 se a causa exigir dilação probatória, sob pena de cerceamento de defesa. Contudo, quando já concluída a instrução probatória, poderá julgar desde logo o mérito" (RIBEIRO, Cristiana Zugno Pinto. Código de Processo Civil Anotado. OAB: Porto Alegre, OAB RS, 2015, p. 787/788).

A teoria da causa madura é plenamente aplicável ao Direito Processual do Trabalho, seja pela aplicação subsidiária do CPC, bem como pela própria celeridade inerente ao processo do trabalho.

O efeito devolutivo de que trata o artigo 1.013 do CPC permite ao Tribunal a análise imediata dos fundamentos da defesa, ainda que não examinados na sentença. Assim, não há que se falar em supressão de instância quando o Regional reconhece o vínculo de emprego e analisa o restante do mérito, cuja apreciação apenas é condicionada à necessidade de que a causa esteja pronta para tal finalidade (teoria da causa madura).

O artigo 1013, § 4º, prevê a possibilidade de julgamento imediato da causa mesmo quando a questão que impediu a apreciação de mérito seja a decadência ou a prescrição (art. 487, II, CPC) (decisão de mérito). Ao tribunal, caso afaste a questão prejudicial, caberá apreciar as questões de mérito, ainda que a sentença não as tenha julgado (Súmula 100, VII, TST), desde que o processo trate de questões de direito ou já tenha sido instruído.

Havendo previsão legal para que o Tribunal adentre no exame da pretensão de fundo em hipóteses nas quais, indiscutivelmente, não existiu exame meritório na instância de origem, não há que se falar em violação ao princípio do juiz natural ou mesmo supressão de instância, porquanto o juízo de primeira instância já havia sentenciado no processo, não havendo obrigação de proferir nova decisão.

II.2. Normas coletivas.

Com a inicial, o Autor apresentou Convenção Coletiva de Trabalho firmada entre o Sindicato dos trabalhadores mensageiros motociclistas e moto-taxistas do Estado de São Paulo - Sindimoto com o Sindicato de Restaurantes, bares e similares de São Paulo.



Desempenhando o Reclamante a atividade de motociclista (motoboy), certa é a sua vinculação ao sindicato profissional conveniente.

Entretanto, não há nada nos autos a indiciar que a Ré seja representada pelo sindicato das empresas bares e restaurantes.

Perante a Receita Federal, a Ré tem como atividade principal a intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral, exceto imobiliários (CNAE - 74.90-1-04).

A formação das categorias, por dispositivo constitucional, é atribuição aos seres coletivos, os quais integram a estrutura sindical brasileira, consoante inteligência do art. 8º, I e II, CF.

Enquanto os seres coletivos do trabalho não avançam na sistemática sociológica da criação de novos parâmetros para a formação das categorias, resta a aplicação dos critérios infraconstitucionais da atividade econômica preponderante, para fins de caracterização da categoria profissional, excetuando-se, é claro, as categorias profissionais diferenciadas (art. 511, CLT).

O art. 577, CLT, estabelecia que o quadro de atividades e profissões fixaria o plano básico de enquadramento sindical.

Contudo, como bem adverte Arnaldo Süssekind, citado artigo não foi recepcionado pela nova ordem constitucional (CF/88):

"O art. 570 da CLT alude, como vimos, ao 'quadro de atividades e profissões', que fora aprovado pelo art. 577. No entanto, porque sua dinâmica era determinada por atos do Ministro do Trabalho, mediante proposta da Comissão de Enquadramento Sindical, ele se tornou incompatível com o art. 8º, I, do Estatuto Fundamental de 1988. Neste sentido preleciona Amauri Mascaro Nascimento. O Ministério do Trabalho extinguiu a Comissão de Enquadramento Sindical, mas o quadro de atividades e profissões (enquadramento sindical) serve hoje apenas de modelo que, em geral, vem sendo respeitado pelos grupos interessados. Nos seus comentários ao art. 577 da CLT, que aprovara esse quadro, escreveu Eduardo Gabriel Saad que 'após a promulgação da Constituição Federal, a 5 de outubro de 1988, a criação não fica na dependência da existência, ou não, da respectiva categoria no enquadramento de que fala o artigo em epígrafe'" (Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovas, 1999, p. 339).

Apesar da liberdade dada às entidades (art. 8º, I, CF), para a formação das respectivas categorias, o critério de enquadramento previsto no art. 511, CLT e os conceitos legais de categoria continuam a ser aplicados.



Prossegue o ilustre jurista:

"Se o referido quadro de atividades e profissões serve apenas de modelo, mesmo porque não mais foi complementado por novas categorias resultantes da evolução socioeconômica e tecnológica, certo é que, em face da mencionada decisão do Pleno da Suprema Corte, os grupos de empregadores e de trabalhadores que pretenderem constituir sindicatos terão de observar os conceitos de categoria econômica, categoria profissional e categoria profissional diferenciada enunciados no art. 511 da Consolidação" (SÜSSEKIND, Arnaldo. Ob. cit., p. 339).

A estrutura dos sindicatos no Brasil apresenta: (a) sindicato por categoria econômica; (b) sindicato por categoria profissional; (c) sindicato por categoria diferenciada.

O enquadramento sindical do trabalhador em determinada categoria é dado pela atividade preponderante da empresa. Exceção a essa regra é o profissional de categoria diferenciada.

Tratando da categoria diferenciada, Amador Paes de Almeida afirma que: **"(...) integram tal categoria, pois, os empregados que estão sujeitos a regulamentação distinta ou a condições próprias, com relação aos demais empregados que trabalham na mesma empresa"** (CLT Comentada. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2005, p. 284).

Nas palavras de Valentin Carrion: **"(...) categoria diferenciada é a que tem regulamentação específica do trabalho diferente da dos demais empregados da mesma empresa, o que lhe faculta convenções ou acordos coletivos próprios, diferentes dos que possam corresponder à atividade preponderante do empregador, que é a regra geral"** (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 28ª ed., 2003, p. 409).

Contudo, o empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria (Súmula 374, TST).

Essa é a situação vertente no dissídio em apreço.

O sindicato patronal da empregadora não participou da formulação das normas coletivas as quais ele pretende incidentes.

O caso em apreço se amolda ao conteúdo da Súm. 374, TST.

Ante o exposto, a norma coletiva apresentada pelo Autor não tem incidência sobre a relação jurídica vigente entre as partes litigantes.



Dessa forma, improcedem os pedidos de indenização pelo uso do veículo, vale-refeição, multa pela não anotação da CTPS.

II.3. Direitos inerentes à relação jurídica declarada.

Em consequência do reconhecimento do vínculo empregatício, defere-se o pagamento das seguintes verbas:

a) décimo terceiro salário proporcional 5/12; férias proporcionais 5/12 + 1/3; aviso prévio.

b) recolhimentos fundiários, desde a admissão, incidentes sobre todos os meses do período reconhecido, a serem apurados por meros cálculos e acrescidos da multa de 40%.

A base de cálculo das verbas (férias, abono de férias, 13º salário e aviso prévio) será a média de R\$ 779,10, enquanto que o montante do FGTS + 40% será apurado face aos valores mensais apontados pela Reclamada.

II.4. Adicional de periculosidade.

Considerando a utilização diária da motocicleta como meio de prestação de serviço, o Reclamante almeja a condenação da Reclamada ao pagamento do adicional de periculosidade e seus reflexos.

A Ré opõe-se sustentando que o art. 193 dispõe hipóteses taxativas de incidência do adicional perseguido, inexistir regulamentação do parágrafo quarto e aduz ser obrigatória a realização de perícia.

Nos termos da CLT, são consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (a) inflamáveis; (b) explosivos; (c) energia elétrica; (d) roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial (Lei 12.740/12); (e) contato com radiação ionizante ou substância radioativa (OJ 345, SDI-I); (f) atividades de trabalhador em motocicleta (Lei 12.997/14).



O trabalho em condições perigosas dá direito ao empregado à percepção de um adicional, cujo valor é 30% sobre o seu salário contratual, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa (art. 193, § 1º, CLT).

Com a Lei n. 12.997/14, os trabalhadores em motocicleta passaram a ter direito ao adicional de periculosidade, nos termos da regulamentação do MTE.

A Portaria n. 1.565, do MTE, de 14 de outubro de 2014, aprovou o Anexo 5, da NR 16, o qual passou a disciplinar as atividades perigosas em motocicleta. Dois meses após sua publicação, a Portaria n. 1.565 teve seus efeitos suspensos pela Portaria n. 1.930, do MTE, de 17/12/2014, atendendo à determinação judicial proferida nos autos do processo 0078075-82.2014.4.01.3400, que tramita na 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal - Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Contudo, o MTE, com a edição da Portaria n. 5, de 7/1/2015, revogou a Portaria n. 1.930, bem como suspendeu os efeitos da Portaria n. 1.565 apenas para os associados da Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes de Bebidas não Alcoólicas e aos confederados da Confederação Nacional das Revendas AMBEV e das Empresas de Logística da Distribuição.

A Portaria MTE n. 220/2015, de 17/4/2015, suspendeu os efeitos da Portaria MTE n. 1.565/2014 quanto às empresas associadas à AFREBRAS, em razão de antecipação de tutela concedida nos autos do processo n. 5002006-67.2015.404.7000, que tramita na 1ª Vara Federal de Curitiba/PR, bem como em relação às empresas associadas às associações e sindicatos relacionados nos autos do processo n. 89075-79.2014.4.01.3400, que tramita na 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

A Portaria MTE n. 506/2015, também de 17/04/2015, suspendeu os efeitos da Portaria MTE n. 1.565/2014 em relação às empresas associadas à ABEPREST, em razão do processo n 0007506-22.2015.4.01.3400, que tramita na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Contudo, a Portaria MTE n. 506/2016 foi anulada pela Portaria MTB n. 458/2018, de 21/06/2018.

Já a Portaria MTE n. 946/2015, de 10/7/2015 suspendeu os efeitos da Portaria MTE n. 1.565/2014, em relação às empresas associadas à ABESE, em razão de liminar concedida no âmbito do processo n. 31822-02.2015.4.01.3400, que tramita na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

No ano de 2017, a Portaria MTE n. 137/2017, de 6/2/2017, suspendeu os efeitos da Portaria MTE n. 1.565/14 em relação às empresas associadas à Associação dos Distribuidores



de Produtos Schincariol do Centro Oeste e Tocantins - ADISCOT, atendendo a liminar concedida no âmbito do processo n. 0026220-30.2015.4.01.3400, que tramita na 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Em 2018, a Portaria MTB n. 440/2018, de 18/6/2018, suspendeu os efeitos da Portaria MTE n. 1.565/2014, em relação à COMPANHIA ENERGÉTICA DO MARANHÃO - CEMAR e outros, em razão do provimento do agravo de instrumento no âmbito do processo 0067966-87.2015.4.01.0000, pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

Isso equivale a dizer que a Portaria está em vigência, com exceção dos motociclistas vinculados a tais entidades.

Pela Portaria n. 1.565, o Anexo 5 foi acrescido aos termos da Portaria n. 3.214/78, com a seguinte redação: (a) as atividades laborais com utilização de motocicleta ou motoneta no deslocamento de trabalhador em vias públicas são consideradas perigosas; (b) não são consideradas perigosas: (1) a utilização de motocicleta ou motoneta exclusivamente no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela; (2) as atividades em veículos que não necessitem de emplacamento ou que não exijam carteira nacional de habilitação para conduzi-los; (3) as atividades em motocicleta ou motoneta em locais privados; (4) as atividades com uso de motocicleta ou motoneta de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

Com isso, somente com a Portaria n. 1.565, do MTE, de 14 de outubro de 2014, que aprovou o Anexo 5, da NR 16, é que o adicional passou a ser devido (princípio da legalidade).

No caso dos autos, o Reclamante utilizava motocicleta para realização das atividades laborais, razão pela qual o adicional é devido.

A jurisprudência indica:

"I. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELAS LEIS 13.015/2014 E 13.467/2017. ARTIGO 896-A, II, DA CLT. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. UTILIZAÇÃO DE MOTOCICLETA. HABITUALIDADE. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA CARACTERIZADA. De acordo com o artigo 896-A da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, deve examinar previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. Em face da aparente contrariedade à Súmula 364, I, do TST, impõe-se dar provimento ao agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II. RECURSO DE REVISTA REGIDO PELAS LEIS 13.015/2014 E 13.467/2017. ARTIGO 896-A,



II, DA CLT. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. UTILIZAÇÃO DE MOTOCICLETA. HABITUALIDADE. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA CARACTERIZADA. 1. De acordo com o artigo 896-A da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, deve examinar previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. 2. Hipótese em que, muito embora incontroverso que o deslocamento do Autor para o cumprimento de seu ofício ocorria, habitualmente, com o uso de motocicleta e com o consentimento da Reclamada, a Corte de origem entendeu que a possibilidade de utilização de outro meio de transporte pelo Reclamante é capaz de afastar o seu direito ao adicional de periculosidade e reflexos. 3. Dispõe a Súmula 364 do TST que "tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido". Logo, incontroversa a utilização de motocicleta em vias públicas, de forma habitual, para a realização do seu trabalho, faz jus o Reclamante ao adicional de periculosidade. Desse modo, ao não deferir o pagamento do referido adicional, a Corte de origem contrariou o disposto na Súmula 364, I, do TST, restando divisada a transcendência política do debate proposto. Julgados desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido" (TST - 5ª T. - RR 1625-94.2016.5.07.0032 - Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues - DEJT 26/4/2019).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. VENDEDOR EXTERNO. UTILIZAÇÃO DE MOTOCICLETA PARA DESLOCAMENTO DE VISITAS A CLIENTES. MÉDIA DE 30 POR DIA. PORTARIA 1.565/2014. ATENDIMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 193 DA CLT. NÃO CONFIGURAÇÃO. Nega-se provimento a agravo de instrumento quando suas razões, mediante as quais se pretende demonstrar que o recurso de revista atende aos pressupostos de admissibilidade inscritos no art. 896 da CLT, não conseguem infirmar os fundamentos do despacho agravado. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 10003-04.2016.5.03.0015 Data de Julgamento: 25/10/2017, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. MOTOCICLISTA. ARTIGO 193, §4º DA CLT. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. VIOLAÇÃO AO ART. 193, CAPUT, DA CLT. CONFIGURAÇÃO. I - Verifica-se do acórdão recorrido ter o Colegiado de origem mantido a sentença que determinou o pagamento do adicional perseguido e seus consectários legais, a partir de 20 de junho de 2014, data da promulgação da Lei 12.997/2014, entendendo que tal norma é autoaplicável. II - Como se constata do texto do caput do artigo 193 da CLT, o legislador previu expressamente que as atividades ou operações perigosas dependem de regulamentação aprovada



pele Ministério do Trabalho e Emprego, afastando a tese de aplicabilidade imediata do §4º do referido dispositivo. III - Nesse sentido, aliás, orienta-se a jurisprudência desta Corte. IV - Assim, o Tribunal Regional, ao concluir pela aplicabilidade imediata da Lei nº 12.997/2014, violou o artigo 193 da CLT. V - Portanto, é devido o adicional de periculosidade somente a partir de 14/10/2014, data da publicação da Portaria 1.565/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego, que aprovou o Anexo 5 da Norma Regulamentadora 16 - Atividades Perigosas em Motocicleta. VI - No entanto, registrado no acórdão regional que o reclamante laborou somente no período de 02/07/2013 a 14/10/2014, não há falar em direito ao referido adicional. VII - Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1951-16.2014.5.10.0008 Data de Julgamento: 04/10/2017, Relator Desembargador Convocado: Roberto Nobrega de Almeida Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/10/2017). **grifamos AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. USO DE MOTOCICLETA. A Corte de origem, última instância apta para o exame dos fatos e provas, consignou que o reclamante utilizava motocicleta, diariamente, para a realização das atividades inerentes à sua função de consultor de vendas, razão pela qual era devido o pagamento do adicional de periculosidade. Portanto, se a reclamada não obrigava ou exigia o uso da motocicleta, era permissiva quanto ao uso do referido veículo para o trabalho do reclamante. Diante desse contexto, não há como vislumbrar a indicada afronta literal ao artigo 193, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (...)**" (TST - 8ª T. - AIRR 761-10.2015.5.06.0003 - Relª Minª Dora Maria da Costa - DEJT15/6/2018).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. TRABALHO EM MOTOCICLETA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 193, §4º, DA CLT. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Dispõe o artigo 193, caput e §4º, da CLT, que o trabalho em motocicleta dá ensejo ao pagamento de adicional de periculosidade. O dispositivo foi regulamentado pela Portaria MTE 1.565/2014 que inseriu a atividade na NR16. No caso, o Tribunal Regional, ao consignar que o Reclamante trabalhava utilizando motocicleta e que a Portaria 1.565/2014 encontra-se plenamente válida, mantendo a condenação ao pagamento de adicional de periculosidade, proferiu decisão em consonância com o artigo 193, caput, da CLT, restando incólume o referido dispositivo. Agravo de instrumento não provido"(TST - 5ª T. - AIRR 491-83.2016.5.08.0006 - Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues - DEJT10/11/2017).

Entendemos que a Lei n. 12.997/14 ao estipular ser devido o adicional de periculosidade a determinada atividade profissional, diferentemente do inciso primeiro do art. 193, em que são arroladas condições ambientais de trabalho, faz com que a aferição prescindida de apuração técnica, bastando a verificação dos aspectos fáticos à prescrição normativa.



Portanto, tem-se o enquadramento fático e técnico, deferindo-se ao Autor a percepção do adicional de periculosidade, calculado a base de 30% sobre o salário auferido, com reflexos em férias + 1/3, décimo terceiro salário, FGTS + 40% e no aviso prévio.

II.5. Critérios de apuração.

Apuração por meros cálculos.

Correção monetária tendo como marco inicial o vencimento de cada obrigação, tal como definido em lei, assim considerado: o mês seguinte ao da prestação dos serviços, para as verbas integrantes do complexo salarial (Súmula 381, TST); as épocas próprias previstas na Lei 8.036/90, Leis 4.090/62 e 4.749/65, arts. 145 e 477, § 6º da CLT para parcelas de, respectivamente, FGTS, 13º salários, férias e verbas rescisórias. Deverá ser utilizado o índice IPCA-E. Devem ser observados os efeitos modulatórios da decisão do TST na Arguição de Inconstitucionalidade 479-60.2011.5.04.0231 para fixação do índice, ou seja, incide o IPCA-E para a atualização monetária dos débitos trabalhistas, a partir de 25 de março de 2015, observada, porém, a preservação das situações jurídicas consolidadas resultantes dos pagamentos efetuados nos processos judiciais, em andamento ou extintos, em virtude dos quais foi adimplida e extinta a obrigação, ainda que parcialmente.

Juros de mora a base de 1% ao mês, até o início da vigência da MP 905/19 (12/11/2019) e, posteriormente, equivalentes ao índice aplicado à caderneta de poupança, de forma não capitalizada e a partir do ajuizamento da demanda (art. 883, CLT; art. 39, § 1º, Lei 8.177/91, ambos com a redação dada pela MP 905/19). Os juros deverão incidir sobre o capital corrigido (Súmula 200, TST). A nova redação dada pela MP 905/19 deverá ser adotada a partir da publicação da norma (12/11/2019), sendo que, anteriormente, será observado o percentual de 1%, visto que a norma não tem aplicação retroativa. Outro percentual legal deverá ser observado, nos termos previstos em legislação futura, após a conversão ou não da MP em lei ordinária pelo Congresso Nacional

O cálculo do INSS observará: (a) a contribuição é devida quanto aos salários de contribuição gerados pela decisão, assumindo cada parte a responsabilidade da sua quota-parte; (b) as contribuições incidem sobre as verbas salariais deferidas (décimo terceiro salário, adicional de periculosidade e seus reflexos em décimo terceiro salário); (c) o cálculo é mês a mês e o valor será atualizado com base nos índices dos débitos trabalhistas (Súmula 368, III, TST); (d) a Reclamada deverá comprovar os recolhimentos no prazo legal após o pagamento do crédito trabalhista na liquidação de sentença; (e) a parcela previdenciária do trabalhador será descontada de seus créditos (Súmula 368, II, TST).



Imposto de Renda. Será deduzido na fonte, do empregado, quando o recebimento do crédito se tornar disponível. O cálculo será feito utilizando-se a IN da RFB 1.500, de 29 de outubro de 2014 por se tratar de rendimentos decorrentes do trabalho (art. 26 da IN nº 1.500/2014), aplicando-se a tabela progressiva para o recebimento de rendimentos acumulados (Súmula 368, VI, TST; art. 12-A da Lei 7.713/88). São tributáveis as verbas salariais deferidas (décimo terceiro salário, adicional de periculosidade e seus reflexos em décimo terceiro salário) devidamente atualizadas, deduzido o valor relativo à parcela previdenciária do empregado. Os juros de mora decorrentes de sentença judicial não são tributáveis (art. 46 e §§, da Lei 8.541/92; art. 404 e seu parágrafo único do CC de 2002; OJ 400 da SDI-I, Súmula 19 do TRT da 2ª Região).

II.6. Honorários sucumbenciais.

Considerando-se a essência do disposto nos artigos 84 a 86 do CPC, bem como o que dispõe o art. 791-A da CLT, são devidos honorários de sucumbência, a favor do advogado do Reclamante

O percentual é fixado, considerando-se os critérios estabelecidos no art. 791-A, § 2º, quais sejam: (a) o grau de zelo do profissional; (b) o lugar de prestação do serviço; (c) a natureza e a importância da causa; (d) o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Apesar de ser procedimento sumaríssimo, não se ter exigido vasta dilação probatória (ex. expedição de carta precatória, realização de perícia, diversas audiências), considerando-se a matéria nova, que exige longo tempo de estudo, arbitra-se a verba honorária no percentual de 10%.

A base de cálculo dos honorários será o valor da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença.

Em relação aos honorários sucumbenciais devidos pelo Reclamante, em razão dos pedidos julgados improcedentes, como o parágrafo 3º do art. 791-A adota a expressão "**na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrar honorários de sucumbência recíproca**", vamos adotar esse dispositivo legal para fixar que é válido para as hipóteses de:

(a) procedência em parte, quando o Reclamante deve honorários advocatícios para o advogado da Reclamada;

(b) de improcedência, quando o Reclamante deve honorários advocatícios para o advogado da Reclamada.



Neste caso, o percentual será de 5% a 15% (arbitrado de acordo com os critérios do art. 791-A, § 2º, para o advogado da Reclamada e a cargo do Reclamante.

A base de cálculo será arbitrada pelo magistrado.

Como a base de cálculo será arbitrada, desde que haja fundamentação específica, o juiz poderá: (a) fixar um valor pré-determinado; (b) adotar um dos critérios do art. 791-A, caput; (c) adotar a tabela da OAB.

O que não se pode admitir é calcular os honorários advocatícios devidos pelo Reclamante, como se fosse de forma automática as bases de cálculo do art. 791-A.

Sobre a temática, leciona Marcelo Wanderley Guimarães:

"A previsão legal é expressa no sentido de que haja a condenação do autor quando vencido, total ou parcialmente, mas não dita percentuais nem base de cálculo. Não há norma alguma determinando que seja utilizado o valor da diferença entre o pedido e o deferido, tampouco o valor do próprio pedido, nos casos de improcedência. Há que se utilizar, assim, critério diverso daquele previsto no caput para a condenação do reclamante nos honorários de sucumbência. É por isso que a regra do § 3º diz apenas que o juízo 'arbitrará' os honorários.

Não altera esse entendimento a simples afirmação de que os parágrafos são interpretados à luz do seu caput. Embora correta, não menos certo é que todo preceito normativo deve estar em consonância, antes com a Constituição Federal e o sistema jurídico no qual se insere.

Pois bem, em caso de improcedência, portanto, o juízo deve arbitrar os honorários de sucumbência trabalhista, conforme previsão do § 3º do art. 791-A da CLT, mas o faz com relativa liberdade, com prudência, proporcionalidade e razoabilidade, sem vinculação ao valor da causa, do pedido ou da condenação.

O § 2º do art. 791-A leva ao juízo os parâmetros gerais - mas não os únicos - para a fixação dos honorários de sucumbência devidos aos patronos ambas as partes. Levar em conta o valor da causa ou o valor do pedido para se fixar os honorários de sucumbência trabalhista nos casos de improcedência certamente transformará o instituto num obstáculo intransponível ao exercício do direito de ação. É dizer, utiliza-se o risco da condenação na verba honorária como arma apontada em direção ao trabalhador a ameaçá-lo, para não vir a juízo reclamar direitos que lhe tenham sido sonegados. E o pior, esta ameaça será tanto mais grave



quanto maior o valor econômico da violação trabalhista."(HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA TRABALHISTA: em busca de uma interpretação conforme a Constituição. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 52, 2018, p. 81/102).

As bases do art. 791-A somente poderão ser adotadas se houver a fundamentação adequada, visto que o § 3º menciona arbitramento, cabendo ao julgador atentar para a capacidade econômica do Reclamante vencido.

Nesse sentido:

"A solução que deve ser adotada, portanto, deve buscar a ponderação e o equilíbrio entre os valores envolvidos, sem excessos nem radicalismos: não se deve considerar inconstitucional a cobrança de honorários advocatícios do trabalhador no caso de sucumbência recíproca, porque as lides temerárias e os pedidos infundados realmente devem ser coibidos; de outro lado, não se pode inviabilizar o acesso à justiça e tornar incoerente o sistema judiciário de tutela de direitos.

Abre-se, então, a possibilidade de fixação de honorários advocatícios equitativos nas situações de sucumbência recíproca. Tal solução era adotada pelo Superior Tribunal de Justiça sob a égide do CPC/1973, o qual - exatamente como a CLT no cenário posterior à Reforma Trabalhista - não continha dispositivo que estabelecesse a fixação de honorários sucumbenciais necessariamente com base em percentuais, no caso de julgamento de improcedência do pedido.

Na fixação dos honorários equitativos, o juiz não está adstrito à observância de percentuais, podendo estipular um valor fixo, com base no bom senso e razoabilidade. Eventualmente, a estipulação do valor dos honorários com base na aplicação de percentuais até pode se revelar adequada, mas isso nem sempre ocorrerá, conforme já demonstrado.

No arbitramento do valor dos honorários advocatícios sucumbenciais relativos aos pedidos julgados improcedentes, ou extintos sem resolução de mérito, o juiz deve se pautar em diversos critérios, entre os quais se destacam:

- (i) a extensão do trabalho do advogado do réu, de modo a evitar o enriquecimento sem causa de quaisquer sujeitos processuais. Por exemplo, se houve simples oferecimento de contestação, o valor será mais baixo; se houve atuação do advogado até o grau recursal e também na execução, o valor será mais elevado etc.;



- (ii) o grau de zelo do profissional e o tempo exigido para o patrocínio da causa;

- (iii) o fato de que os honorários sucumbenciais têm o objetivo simultâneo de remunerar o trabalho do advogado, e também de coibir ações temerárias e pedidos infundados. Assim, se o julgamento de improcedência se der por falta de provas, os honorários devem ser fixados em patamar mais baixo; se o juiz constatar que se trata de lide temerária, o montante pode ser mais elevado etc."(BERNARDES, Felipe. Honorários advocatícios equitativos no caso de sucumbência recíproca. Disponível em <https://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/535271900/honorarios-advocaticios-equitativos-no-caso-de-sucumbencia-reciproca>, acesso em 11/09/2018).

Portanto, arbitro os honorários de sucumbência, a favor do(s) patrono(s) da Reclamada, em R\$ 300,00.

A verba honorária será atualizada a partir da data do ajuizamento da demanda e pelos créditos trabalhistas.

Juros de mora a base de 1% ao mês, até o início da vigência da MP 905/19 (12/11/2019) e, posteriormente, equivalentes ao índice aplicado à caderneta de poupança, de forma não capitalizada e a partir do ajuizamento da demanda (art. 883, CLT; art. 39, § 1º, Lei 8.177/91, ambos com a redação dada pela MP 905/19). Os juros deverão incidir sobre o capital corrigido (Súmula 200, TST). A nova redação dada pela MP 905/19 deverá ser adotada a partir da publicação da norma (12/11/2019), sendo que, anteriormente, será observado o percentual de 1%, visto que a norma não tem aplicação retroativa. A partir da conversão ou não da MP 905 em lei ordinário, será observado o que a legislação vier a dispor.

II.7. Hipoteca judiciária.

Epigrafado instituto não se trata de novidade no ordenamento jurídico pátrio, mas sim um dispositivo esquecido e praticamente sem uso, sendo pouco citado por advogados e mesmo pela jurisprudência.

A figura da hipoteca judiciária consiste um em efeito secundário do provimento condenatório (seja sentença ou acórdão), possuindo natureza jurídica de hipoteca legal ao lado daquelas listadas no art. 1.489 do Código Civil.



Por meio dela, o credor deverá indicar ao Juízo o imóvel sobre a qual penderá, com a sua descrição e especificação, para que, caso deferida, haja a expedição de mandado para sua inscrição no registro de imóveis.

Com isso, há a oneração do bem, com a constituição de uma garantia real, a qual, por via de consequência, dará origem ao direito de seqüela, permitindo ao credor perseguir-lo para a satisfação de seu interesse creditório.

O parágrafo único do artigo processual civil garante a subsistência do instituto ainda que a condenação seja genérica; penda arresto de bens do devedor ou haja a possibilidade de promoção de execução provisória da sentença.

A medida é salutar na medida em que visa a dar maior efetividade aos provimentos condenatórios, assegurando ao credor a faculdade de constituir garantia para o pagamento de seu crédito.

Frise-se que com o adimplemento voluntário da obrigação há a desconstituição da garantia real, não pendendo prejuízos para o devedor que cumpre com seu dever legal.

O entendimento deste E. TRT, consubstanciado na Súmula 32 (Resolução TP Nº 02/2015, DOELETRÔNICO de 26, 27 e 28 de maio de 2015) é no sentido de que a hipoteca judiciária é aplicável ao Processo do Trabalho:

"Hipoteca judiciária. Aplicabilidade ao Processo do Trabalho. A hipoteca judiciária pode ser constituída no Processo do Trabalho."

Anote-se, por oportuno, que o TST, através da Instrução Normativa 39 /2016, que dispõe sobre as normas do CPC de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, publicada no DEJT de 16/3/2016, fixou ser aplicável à execução trabalhista a norma do art. 495 (artigo 17 da IN).

O C. TST já teve a oportunidade de se pronunciar sobre a matéria e assim decidiu:

"RECURSO DE REVISTA. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EFEITO ANEXO DA SENTENÇA. CONSTITUIÇÃO DE OFÍCIO 1. Conforme se depreende das normas contidas nos arts. 495 do CPC de 2015 e 466 do CPC de 1973, a condenação da Reclamada ao pagamento de prestação pecuniária enseja, de imediato, a formação de título constitutivo de hipoteca judiciária. 2. Trata-se de efeito secundário ou anexo da sentença, plenamente compatível



com o Processo do Trabalho, destinado a dar efetividade à execução (CLT, art. 769). 3. Recurso de revista do Reclamante de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento, no particular, para declarar que a hipoteca judiciária não se encontra ao alvedrio do juiz (...)" (TST - 4ª T. - RR 177300-95.2009.5.03.0107 - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DEJT 12/5 /2017).

"(...) HIPOTECA JUDICIÁRIA. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. CONCESSÃO DE OFÍCIO. O entendimento desta Corte Uniformizadora é pacífico no sentido da possibilidade de o magistrado determinar de ofício a medida para o fim de garantia da execução, à luz do disposto no artigo 466 do CPC, de aplicação subsidiária no processo do trabalho. Precedentes (...)" (TST - 7ª T. - RR 1009-61.2010.5.03.0026 - Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão - DEJT 19/12/2016).

"(...) HIPOTECA JUDICIÁRIA. OMISSÃO DA CLT. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO CIVIL. DECRETAÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. A atual jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que: a) o art. 466 do CPC/1973 (art. 495 do NCPC) é plenamente compatível com o processo do trabalho, ante a omissão da CLT (art. 769 da CLT); b) a hipoteca judiciária é compatível com o depósito recursal, não obstante a idêntica natureza dos institutos de resguardar o juízo da execução; e c) pode ser declarada ex officio. Logo, a decisão regional, por meio da qual se concluiu pela aplicação do instituto na seara trabalhista e se declarou de ofício a hipoteca judiciária, não implica sonegação das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além de não exorbitar dos limites da lide. Incidência do óbice do art. 896, § 4º, da CLT (Lei 9.756/98). Recurso de revista não conhecido. CONCLUSÃO: Recurso de revista integralmente não conhecido" (TST - 3ª T. - RR 45000-39.2011.5.17.0131 - Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte - DEJT 25/11/2016).

Como efeito do provimento condenatório, independe de pedido exposto da parte, conforme deflui da leitura do art. 495, CPC.

"Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária."

Dessa forma, autoriza-se a formação de hipoteca judiciária a ser efetivada pelo Autor.



III - DISPOSITIVO.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO.

Tomaram parte do julgamento os Exmos. Srs. Magistrados: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO, MANOEL ARIANO e FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO.

Relator: o Exmo. Sr. Desembargador FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO.

Isto posto,

ACORDAM os Magistrados da 14ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho em: por unanimidade de votos,

a) CONHECER do recurso interposto;

b) no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL ao recurso e com isso julgar a ação PROCEDENTE EM PARTE para

b.1) reconhecer e declarar o vínculo empregatício, na ocupação de motociclista (CBO 5191), com data de admissão em 25 de fevereiro de 2019 a 12 de junho de 2019, com os salários mensais indicados pela empresa;

b.2) condenar a Ré ao pagamento de

b.2.1) décimo terceiro salário proporcional 5/12, férias proporcionais 5/12 + 1/3, aviso prévio, a serem calculados com base na média apontada na fundamentação;

b.2.2) recolhimentos fundiários, desde a admissão, incidentes sobre todos os meses do período reconhecido, com a multa de 40%, a serem calculados na forma da fundamentação acima;

b.2.3) adicional de periculosidade, calculado a base de 30% sobre o salário definido, com reflexos em férias + 1/3, décimo terceiro salário, FGTS + 40% e no aviso prévio, a ser calculado na forma da fundamentação acima.

Deverá Ré promover a anotação da CTPS do Autor, no prazo de 5 dias de sua intimação para tanto (após o trânsito em julgado), sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. Se nos 30



dias subsequentes a Reclamada não satisfizer a obrigação de fazer, a anotação será efetuada pela Secretaria da Vara, sem prejuízo da multa cominada, cessando, contudo, o computo da multa, haja vista o cumprimento da obrigação por terceiro.

Apuração por meros cálculos.

Correção monetária tendo como marco inicial o vencimento de cada obrigação, tal como definido em lei, assim considerado: o mês seguinte ao da prestação dos serviços, para as verbas integrantes do complexo salarial (Súmula 381, TST); as épocas próprias previstas na Lei 8.036/90, Leis 4.090/62 e 4.749/65, arts. 145 e 477, § 6º da CLT para parcelas de, respectivamente, FGTS, 13º salários, férias e verbas rescisórias. Deverá ser utilizado o índice IPCA-E. Devem ser observados os efeitos modulatórios da decisão do TST na Arguição de Inconstitucionalidade 479-60.2011.5.04.0231 para fixação do índice, ou seja, incide o IPCA-E para a atualização monetária dos débitos trabalhistas, a partir de 25 de março de 2015, observada, porém, a preservação das situações jurídicas consolidadas resultantes dos pagamentos efetuados nos processos judiciais, em andamento ou extintos, em virtude dos quais foi adimplida e extinta a obrigação, ainda que parcialmente.

Juros de mora a base de 1% ao mês, até o início da vigência da MP 905/19 (12/11/2019) e, posteriormente, equivalentes ao índice aplicado à caderneta de poupança, de forma não capitalizada e a partir do ajuizamento da demanda (art. 883, CLT; art. 39, § 1º, Lei 8.177/91, ambos com a redação dada pela MP 905/19). Os juros deverão incidir sobre o capital corrigido (Súmula 200, TST). A nova redação dada pela MP 905/19 deverá ser adotada a partir da publicação da norma (12/11/2019), sendo que, anteriormente, será observado o percentual de 1%, visto que a norma não tem aplicação retroativa. Após a conversão ou não da MP 905, será observado o que a legislação dispuser.

O cálculo do INSS observará: (a) a contribuição é devida quanto aos salários de contribuição gerados pela decisão, assumindo cada parte a responsabilidade da sua quota-parte; (b) as contribuições incidem sobre as verbas salariais deferidas (décimo terceiro salário, adicional de periculosidade e seus reflexos em décimo terceiro salário); (c) o cálculo é mês a mês e o valor será atualizado com base nos índices dos débitos trabalhistas (Súmula 368, III, TST); (d) a Reclamada deverá comprovar os recolhimentos no prazo legal após o pagamento do crédito trabalhista na liquidação de sentença; (e) a parcela previdenciária do trabalhador será descontada de seus créditos (Súmula 368, II, TST).

Imposto de Renda. Será deduzido na fonte, do empregado, quando o recebimento do crédito se tornar disponível. O cálculo será feito utilizando-se a IN da RFB 1.500, de 29 de outubro de 2014 por se tratar de rendimentos decorrentes do trabalho (art. 26 da IN nº 1.500/2014), aplicando-se a tabela progressiva para o recebimento de rendimentos acumulados (Súmula 368, VI, TST;



art. 12-A da Lei 7.713/88). São tributáveis as verbas salariais deferidas (décimo terceiro salário, adicional de periculosidade e seus reflexos em décimo terceiro salário) devidamente atualizadas, deduzido o valor relativo à parcela previdenciária do empregado. Os juros de mora decorrentes de sentença judicial não são tributáveis (art. 46 e §§, da Lei 8.541/92; art. 404 e seu parágrafo único do CC de 2002; OJ 400 da SDI-I, Súmula 19 do TRT da 2ª Região).

Honorários sucumbenciais devidos pela Reclamada de 10% do valor da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença e devidos pelo Reclamante arbitrados em R\$ 300,00.

A verba honorária será atualizada a partir da data do ajuizamento da demanda e pelos créditos trabalhistas.

Juros de mora a base de 1% ao mês, até o início da vigência da MP 905 /19 (12/11/2019) e, posteriormente, equivalentes ao índice aplicado à caderneta de poupança, de forma não capitalizada e a partir do ajuizamento da demanda (art. 883, CLT; art. 39, § 1º, Lei 8.177/91, ambos com a redação dada pela MP 905/19). Os juros deverão incidir sobre o capital corrigido (Súmula 200, TST). A nova redação dada pela MP 905/19 deverá ser adotada a partir da publicação da norma (12/11 /2019), sendo que, anteriormente, será observado o percentual de 1%, visto que a norma não tem aplicação retroativa. Após a conversão ou não da MP 905, será observado o que a legislação dispuser.

Autoriza-se a formação de hipoteca judiciária a ser efetivada pelo Autor.

Arbitra-se à causa o valor de R\$ 5.500,00.

Custas do processo, pela Reclamada, no valor de R\$ 110,00.

Desembargador Fernando Álvaro Pinheiro junta declaração de voto convergente.

**FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO
DESEMBARGADOR RELATOR**

Voto do(a) Des(a). FERNANDO ALVARO PINHEIRO / 14ª Turma - Cadeira 4



Assinado eletronicamente por: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO - 05/03/2020 19:02:13 - 98aa8d7
<https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19120210281293900000057740266>
Número do processo: 1000963-33.2019.5.02.0005
Número do documento: 19120210281293900000057740266

RECURSO ORDINÁRIO - RITO SUMARÍSSIMO

RORSum 1000963-33.2019.5.02.0005

RECORRENTE: TERCIO DERCULE RAPOSO - CPF: 293.116.578-67

ADVOGADO: ELIO MARTINS - OAB: SP0294298

RECORRIDO: RAPPI BRASIL INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS

LTDA - CNPJ:

26.900.161/0001-25

ADVOGADO: JOANA DOIN BRAGA MANCUSO - OAB: RJ0124148

Relator: Des. FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

Acompanho o entendimento do Ilustre Relator, e entendo que a questão deva, também, ser abordada em face da natureza da atividade desenvolvida pela reclamada, a fim de verificar se o reclamante era um cliente de uma plataforma digital, se valendo dos serviços oferecidos pela reclamada, ou se era o executor dos serviços prestados pela reclamada, sendo inserido na sua cadeia produtiva. Assim, acrescento ao voto os seguintes fundamentos:

Inicialmente, identifico que embora a reclamada se apresentasse como mera intermediadora, invocando o seu objeto social previsto nos seus atos constitutivos (fl. 114, terceiro parágrafo), o que identifico da análise da sua real atividade é a prestação de serviços de entrega. Analiso as alegações e as provas:

a) Na fl. 121, segundo parágrafo, a reclamada explica como se dá a relação existente. Diz ser "tridimensional", sendo sujeitos a reclamada por meio de uma plataforma digital, o consumidor, o restaurante/mercado parceiro e o entregador. O cliente (consumidor) procura a reclamada por meio da plataforma para realizar a compra "on line" dos produtos do restaurante/mercado parceiro. Realizada a compra, a reclamada disponibiliza na sua plataforma aos entregadores "autônomos" a oferta dos fretes disponíveis, que são aceitos.

Realmente, do que foi dito, uma relação de direito civil absolutamente estranha à relação de emprego, pois o motofretista seria apenas um usuário de uma plataforma digital,



vale dizer, de um rol de fretes que lhe é oferecido, ele aceita uma proposta. Fizesse apenas isto, não teria dúvidas de que a reclamada seria mera intermediadora.

Contudo, a análise dos autos não comprova as alegações prestadas na defesa, acerca do ramo de atividade da reclamada.

Em sendo a reclamada mera intermediadora, o contrato de transporte seria celebrado entre o consumidor e o reclamante (motofretista), ou entre o estabelecimento e o reclamante (motofretista). E, ainda, sendo a reclamada intermediadora, não assumiria a responsabilidade pelo serviço prestado, pois não agiria em nome próprio, sendo que seu trabalho se encerraria com a aproximação das partes. Todavia, não é o que se denota dos autos.

A reclamada age em nome próprio, assumindo a atividade de transporte, se responsabilizando perante terceiros e gerenciando a atividade dos motofretistas.

Chama a atenção o uso de uniformes, cores e distintivos com o logotipo da reclamada (fls. 198), que são utilizados pelos entregadores (e isto é de conhecimento público e notório), deixando transparecer que o serviço de transporte seja por ela prestado.

Veja que o item 7, inciso XIII do contrato (fl. 152) contém previsão de que os motofretistas usem as malas entregadas pela reclamada. O motofretista deve respeitar a integridade visual destas malas, pois contém cores, marcas e expressões da reclamada. Mas, isto, por si, não permite concluir a inexistência da prestação de serviços de intermediação, porém, é indício de que o reclamante não exerce atividade de "motofretista" em nome próprio. Aliás, a adesão a este contrato de "intermediação" contém até mesmo uma sintomática cláusula de cessão de direito uso de imagem do motofretista (fl. 154, item 13 do contrato - sic!).

Todavia, a análise da fotografia contida na fl. 184 do PDF encerra a questão acerca do tipo de serviço prestado pela reclamada. Na foto, se vê o "bag" fornecido pela reclamada para que o motofretista transportasse os produtos, que contém a seguinte frase: "Rappi / DELIVERY DE TUDO EM MINUTOS / BAIXE O APP.

Não há dúvida de que a clientela seja da reclamada, e que ela se apresenta como empresa de delivery aos seus clientes, o que se distancia da idéia de mera intermediadora como alegado na defesa.

A reclamada faz uma apresentação da sua atividade, esclarecendo existir 4 níveis de "colaboradores" (fl. 164).



No nível inicial (1), o motofretista apenas entrega produtos prontos, que poderão ser recebidos de um empregado da reclamada que já preparou o pedido para ser entregue pelo motofretista. O fato de um empregado da reclamada permanecer no estabelecimento para despachar um pedido feito pelo cliente, que será entregue por um motofretista, já distancia a sua atividade como mera intermediadora de negócios. Esta atividade não é de representação, nem de comércio, pois ela não adquire os produtos para revenda. Tão somente presta um serviço de entrega cumulada com a compra da mercadoria, atividade esta não descrita no seu objeto social, conforme se vê na fl. 97 (Cláusula 3ª do Contrato Social):

"CLAUSULA 3ª: A sociedade tem por objeto:

- (a) intermediação de contratos, serviços e negócios em geral;
- (b) treinamento de pessoal relativo às atividades desenvolvidas pela sociedade;
- (c) intermediação de negócios utilizando plataforma de software específico;
- (d) desenvolvimento e licenciamento de programas de computador customizáveis;
- (e) comércio varejista de equipamentos eletrônicos, incluindo, mas não se limitando, a tablets;
- (f) comércio varejista de vestuário e acessórios;
- (g) comércio varejista de vestuário e acessórios publicitários;
- (h) locação de equipamentos eletrônicos em comodato.
- (i) aluguel de imóvel de terceiros e serviços de intermediação;
- (j) gestão e administração de propriedade imobiliária;
- (k) intermediação de contratos de serviços e negócios em geral, inclusive imobiliários; e
- (l) emissão e administração de vale refeição, restaurante e transporte."



Existe uma patente dissintonia entre o objeto social previsto no contrato, e a atividade efetivamente prestada pela reclamada.

No nível (2), o motofretista poderá comprar os produtos para o cliente, e realizar a entrega. Porém, quando a compra é realizada pelo motofretista, alegou o reclamante (fl. 5), que as etapas eram gerenciadas pela reclamada, o que não foi refutado na contestação.

Ao que tudo indica, a reclamada também oferece serviços de compra de produtos através dos motofretistas, que se dirigem ao estabelecimento comercial (um supermercado, por exemplo), efetua a compra dos produtos escolhidos pelo cliente, faz o pagamento utilizando o cartão de fls. 42 e 43, e realiza a entrega. Todavia, a reclamada não efetuou a mera intermediação, pois efetuou o controle da atividade desde o início, recebendo, inclusive, a restituição da mercadoria em caso de devolução pelo cliente.

Então, a análise da causa não deve impor as limitações das operações realizadas pela reclamada segundo seu contrato social, pois está provado que a reclamada exerce atividades estranhas às previstas no seu estatuto.

À guisa de conclusão, fica afastada a alegação de que a reclamada era mera intermediadora (fl. 121, segundo parágrafo).

Do que acima se concluiu, decorre a consequência lógica que o contrato de motofrete não é firmado entre o motofretista (o reclamante) e o consumidor. Trata-se de uma atividade desenvolvida pela reclamada que assume um dos pólos da relação contratual com o cliente que receberá a mercadoria. O motofretista é mero realizador do trabalho, seja de entrega simples, seja de compra de um produto para entrega ao cliente da reclamada. Aliás, o contato do reclamante com o cliente é apenas para execução do contrato, e não para a sua constituição ou resolução. Disso deduz-se, não se tratar de trabalho por conta própria que será melhor explicado no tópico abaixo.

b) A existência de controle da atividade desempenhada pelo reclamante.

Não obstante os fundamentos dados pelo MM. Relator que muito bem identificou a subordinação, observo que a reclamada proíbe o reclamante de estacionar seu veículo nas dependências do estabelecimento comercial por tempo superior a 10 minutos, conforme se vê no item 16 dos "Termos e Condições de Uso de Plataforma Virtual 'Entregador Rappi' " (fl. 155), que impõe ao entregador as seguintes obrigações, dentre outras:



"III - Não estacionar por tempo superior a 10 (dez) minutos nas dependências do estabelecimento comercial...

Fosse mero entregador, o motofretista estaria sujeito às normas do estabelecimento comercial, e não às normas ditadas do intermediário.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, e ratificando integralmente o voto do MM. Sr. Relator, acrescento às razões de decidir os fundamentos acima expostos

Era o que tinha a considerar, e como voto.

FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO

Desembargador do Trabalho - 3º Votante

