

## SENTENÇA

### 17ª Vara do Trabalho de São Paulo

#### I – RELATÓRIO

(...) ajuizou, em 08/12/2020, reclamação trabalhista em relação a (...) (1ª Reclamada) e (...) (2ª Reclamada), afirmando violações contratuais e pedindo o que consta na petição inicial (ID. 8525756), especialmente reconhecimento de vínculo de emprego com a 1ª Reclamada e de responsabilidade subsidiária ou solidária da 2ª Reclamada, registro em CTPS, pagamento de verbas resilitórias, FGTS, multa do art. 477, §8º da CLT, guia para saque de FGTS e habilitação para o seguro-desemprego ou indenização equivalente, horas extras excedentes e intrajornada, gratuidade de justiça. Atribuiu à causa o importe de R\$ 59.266,31 e juntou documentos.

Citadas, conciliação recusada, as Reclamadas, em resposta (ID. 117020d e 4125af2), suscitarão inépcia da petição inicial e ilegitimidade de parte passiva da 2ª ré, como objeções processuais; impugnação ao valor da causa, como questão processual; e, no mérito, negaram as violações contratuais afirmadas, de modo que improcedem os pedidos, alegaram litigância de má-fé do autor e juntaram documentos.

Impugnação escrita (ID. 1d96cad) dos documentos anexados e das alegações de defesa.

Determinada à Secretaria a alteração do endereço da 1ª Reclamada conforme inserido em contestação (ID. 3dfbafa).

Em prosseguimento (ID. 3dfbafa), fixados como pontos controvertidos vínculo de emprego, salário, entrada, saída e intervalo, responsabilidade subsidiária/solidária, foram ouvidas as partes, cindindo-se a instrução. Na audiência subsequente, presente apenas a patrona da 2ª Reclamada, sem outras provas a serem produzidas, encerrou-se a instrução com razões finais por memoriais, prejudicada as razões finais das demais partes ausentes.

Manifestação das partes quanto à ausência, justificando-a por problemas de acessibilidade e equívoco quanto ao link, conversão do processo em diligência para oitiva das testemunhas pretendidas, evitando-se nulidades, em pró da celeridade e economia processuais (art. 765 da CLT). Encerrou-se a instrução com razões finais escritas.

#### II – FUNDAMENTAÇÃO

##### 1. Preliminarmente

## 1.1. Pressupostos processuais

### 1.1.1. Inépcia da petição inicial

A 2ª Reclamada suscita inépcia da petição inicial, ao argumento de que o pedido de responsabilidade solidária não tem causa de pedir, que não é especificado a que Reclamada se refere e que o valor dos pedidos não foi devidamente liquidado.

Nas palavras de COUTURE, a petição inicial deve ser o projeto de sentença que se pretende do juiz, daí a exigência de certeza e determinação dos pedidos (art. 840 e 832 da CLT).

A petição inicial observou os requisitos do art. 840, §1º, da CLT, que exige apenas breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio e os pedidos decorrentes, certos, determinados e com indicação de valor por estimativa, nos moldes do art. 12, §2º da Instrução Normativa nº 41 do TST, editada pela Resolução nº 221/2018, sem o formalismo dos elementos elencados no art. 319 do CPC c.c. art. 769 da CLT, não sendo requisito a liquidação. Verifica-se que possibilitou o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa pelas Reclamadas. Houve delimitação dos pedidos em relação à responsabilidade de cada ré, de modo que a decisão a esse respeito é de mérito e depende da análise probatória. **Rejeita-se a preliminar.**

### 1.1.2. Comissão de Conciliação Prévia – CCP

O STF, em interpretação conforme ao art. 625-D da CLT, considerou facultativa a submissão prévia da lide à CCP (mesmo sentido da Súm. 2 do E. TRTSP). No caso da lide, o Reclamante optou pelo acesso direto à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB), **não havendo qualquer prejuízo às Reclamadas**, mormente porque as tentativas de conciliação em juízo mostraram-se infrutíferas.

## 1.2. Condições da ação

### 1.2.1. Ilegitimidade de parte passiva

A 2ª Reclamada suscita sua ilegitimidade para figurar no polo passivo.

A legitimação passiva para a relação processual é aferida da mera alegação abstrata do reclamante quanto a existência de dever jurídico da reclamada (teoria da asserção).

Dessa forma, eventual dever jurídico decorrente da relação material é aferido após a análise meritória, não se confundindo com a relação jurídica processual.

No caso da lide, uma vez que o Reclamante afirma a contratação pela 1ª Reclamada para prestar serviços à 2ª, da qual qual pleiteia responsabilidade subsidiária ou solidária, ambas são partes legítimas para figurarem no polo passivo. **Rejeita-se a preliminar.**

## 2. Questão processual

### 2.1. Impugnação ao valor da causa

A estimativa dos valores foi regularmente observada, nos moldes do art. 12, §2º da Instrução Normativa nº 41 do TST, editada pela Resolução nº 221/2018, equivalendo às pretensões do Reclamante. No processo do trabalho as custas são calculadas ao final com regramento específico, art. 789 da CLT, não sendo possível a importação de normas do Código de Processo Civil. **Indefere-se.**

## 3. Prejudicial de mérito

### 3.1. Direito intertemporal – Lei n.º 13.467/2017

**Aplicam-se as normas de direito material e processual posteriores à reforma produzida pela Lei n.º 13.467**, com vigência em 11/11/2017, data anterior ao afirmado contrato de trabalho do Reclamante (28/01/2019) e, conseqüentemente, do ajuizamento da ação, ocorrido em 08/12/2020 (art. 6ª do Decreto-Lei n.º 4.657/1942).

### 3.2. Responsabilidade das Reclamadas, vínculo de emprego e o trabalho em plataformas digitais

O Reclamante afirma que foi admitido pela 1ª Reclamada (...) em 28/01/2019, para prestar serviços exclusivos à 2ª (...), na função de entregador, mediante último salário mensal de R\$ 3.900,00, em 26/04/2020. Sustenta que, embora presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, com subordinação aos Srs. (...) e (...) e dependência da estrutura física da 1ª ré, não houve registro em sua CTPS. Pleiteia o reconhecimento de vínculo empregatício com a 1ª Reclamada e de responsabilidade subsidiária ou solidária da 2ª ré, que afirma ter sido sua tomadora de serviços, ao longo de todo o pacto laboral e ter agido com culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Apresenta notícias (ID. d89d55c e 46048dd) sobre o reconhecimento de vínculo empregatício entre motoboy entregador e (...), embora, nos autos, alegue que esta era sua tomadora de serviços.

A 1ª Reclamada nega os fatos. Alega ser empresa de frota, operador logístico terceirizado da 2ª ré, e sustenta que o Reclamante lhe pediu para requerer a liberação do seu cadastro perante o (...), para começar a fazer entregas de forma autônoma, escolhendo os dias, turnos e horários que desejava. Defende apenas fazer intermédio entre o entregador e a plataforma, sem nenhuma

imposição a ele, sendo mera empresa que pediu a liberação do seu cadastro. Nega fornecer estrutura ao Reclamante, alegando que ele sempre utilizou sua própria motocicleta e seu próprio aparelho de celular, plano de *Internet* contratado por ele e mediante uso do seu cadastro individual no aplicativo, tendo liberdade para aceitar ou rejeitar as entregas solicitadas no seu aplicativo de celular, recebendo montante variável por entrega, conforme quilômetros percorridos, calculado automaticamente pelo aplicativo da 2ª ré. Sustenta que, para se habilitar para entregas ao (...), o entregador cadastrado deve aceitar um termo (ID. 236430d), segundo o qual concorda em prestar serviços de forma autônoma, sem vínculo de emprego. Apresenta jurisprudência favorável à sua tese (ID. 2748c89).

Já a 2ª ré, alega que não contratou o Reclamante nem se beneficiou de seus serviços, nunca lhe dirigiu comandos nem realizou qualquer pagamento em seu favor, desconhecendo sua pessoa. Sustenta ser fornecedora da plataforma virtual, agenciando serviços de restaurantes, ramo de atuação que argumenta diferir do da 1ª ré, que trabalha com entregas. Argumenta tratarem-se de empresas distintas, com administrações, sócios e áreas de atuação diversos. Sustenta apenas realizar publicidade de venda de refeições, criando elo entre restaurantes, entregadores e consumidor final, possuindo acordo comercial com a 1ª Reclamada de intermediação de negócios e não de mão de obra. Defende inexistir prova nos autos de que o autor tenha feito uso de sua plataforma. Apresenta jurisprudência favorável à sua tese (ID. 47c37ba a c89e916).

O vínculo trabalhista é verificado ante a presença dos requisitos subordinação, pessoalidade, onerosidade e habitualidade (arts. 2º e 3º da CLT). O atual conceito de subordinação jurídica inclui não só a subordinação direta extraída dos arts. 2º e 3º da CLT, mas também a subordinação indireta e por meios telemáticos, presente no art. 6º da CLT (Lei 12.551/2011).

Conforme orientam Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

*A exclusividade da prestação de trabalho não é propriamente condição da existência do contrato de trabalho, mas, sim, decorrência normal do estado de subordinação que esse contrato cria para o empregado. Tanto assim que a circunstância de o trabalhador empregar a sua atividade para mais de um empregador não desnatura os contratos de trabalho que celebrou. (...) O que se verifica, na realidade, não é uma impossibilidade jurídica, mas sim física ou material de certa classe de trabalhadores ocupar mais de um emprego (...).<sup>1</sup>*

No caso específico das plataformas digitais os artigos mencionados merecem uma

1 .....  
Curso de Direito do Trabalho. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 80

interpretação a partir dos estudos realizados pela OIT – Organização Internacional do Trabalho<sup>2</sup> podem-se extrair parâmetros para a caracterização de uma relação de emprego nessa atividade, com especial alerta sobre o que a plataforma controla, que deve basear-se mais na prática do que nos documentos, tal como indica a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 9 – princípio da primazia da realidade).

Quanto à **remuneração**: 1) Há previsibilidade ao fim de cada mês com possibilidade de projeção de custo e ganho para o trabalhador? 2) O valor recebido em contrapartida pelo trabalho é equivalente ao valor que o mercado de trabalho paga para o mesmo tipo de trabalho fora das plataformas? Quanto à **desconexão e jornada**: 3) há o direito de desligar-se sem retaliação<sup>3</sup>?

Esse primeiro parâmetro permite ao trabalhador autônomo prever o quanto quer trabalhar para saber o quanto irá receber). O segundo parâmetro, em comparação com o trabalho autônomo sem a plataforma, pode ajudar a definir a classificação do tipo do trabalho, mas também se o trabalho é exercido de forma decente. Por fim, o terceiro parâmetro envolve não só a análise do poder de organização do empregador, como também o grau de dependência e subordinação do trabalhador, pois **a programação dos algoritmos por uma pessoa física ou jurídica**, pode induzir maior número de horas de trabalho e um temor quanto à ausência de produtividade, implicando não só na efetiva subordinação, mas também numa subordinação precarizante e com efeitos psicofísicos no ser humano – assédio moral estrutural focado na produtividade e no temor do desligamento).

Todos esses aspectos passam pelo dever de informação contratual.

Há ainda direitos indicados pelo relatório da OIT que todos os trabalhadores deveriam ter, **independentemente de sua classificação**, como: informação sobre a frequência da remuneração e valor; termos claros sobre como o trabalho deve ser realizado; regras claras quanto à exclusão da plataforma; ausência de taxas abusivas; meios de segurança no trabalho e um valor decente a fim de que seja desnecessária a complementação da renda com pensões estatais.

O modo de avaliação é outro ponto importante para definir modelo, a forma, o modo

2 ABET. OIT: Relatório World Employment and Social Outlook 2021: O papel das plataformas digitais de trabalho na transformação do mundo do trabalho. Disponível em: [http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2021/02/wcms\\_771749.pdf](http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2021/02/wcms_771749.pdf). Acesso em 8 jul. 2021.

3 “A further approach is to conceive of new labour standards that are specifically adapted to digitally based work. One such standard is the “right to disconnect” (droit à la déconnexion), which was introduced in 2017 for salaried employees in France (Code du travail Art. L7342-9(1)). This standard was extended to platform workers in the transportation industry in 2019, which enabled self-employed platform workers in the taxi sector to “switch off” from the platforms without retaliation provided this standard constitutes part of the platform’s voluntary social charter.” ABET. OIT: Relatório World Employment and Social Outlook 2021: O papel das plataformas digitais de trabalho na transformação do mundo do trabalho. Disponível em: [http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2021/02/wcms\\_771749.pdf](http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2021/02/wcms_771749.pdf). Acesso em 8 jul. 2021. P. 235

como a pessoa trabalha, porque o trabalhador em plataformas tende a criar um “currículo” que não é portátil entre as plataformas.

Por outro lado, a partir da análise realizada entre motoristas e entregadores em trabalhos dentro e fora das plataformas, também há uma discrepância quanto ao trabalho autônomo. Em geral, os motoristas autônomos e entregadores fora da plataforma escolhem seus clientes e o itinerário que farão, enquanto esse aspecto é nebuloso dentro dos aplicativos de entrega. Uma vez verificada a existência de retaliação para as recusas quanto ao itinerário ou a clientes, há a caracterização do vínculo de emprego.

Esses são os parâmetros que serão analisados no caso desta lide.

O preposto, representante e sócio da 1ª Reclamada, pessoa simples, Sr. (...), confessa em depoimento pessoal que abriu sua empresa a convite da 2ª Reclamada para agenciar outros entregadores para o trabalho em regiões onde a entrega era mais difícil. Esses locais eram recusados por **entregadores cadastrados no aplicativo como “nuvem”**. Interessante notar que os requisitos para ser operador logístico exigidos do Sr. (...) foram: 1) ter experiência na área de entregas para pegar a chamada “operação logística – OL” do (...) e 2) “abrir uma empresa” – depoimento pessoal do representante da 1ª Reclamada, Sr. (...).

O mesmo representante admite que o reclamante foi inserido em seu cadastro sem possibilidade de substituição (ID. 3dfbafa - Pág. 3), com flexibilidade para escolher o turno – em horários pré fixados - que pretendia trabalhar.

Extrai-se dos depoimentos pessoais do 1ª Reclamado e do Reclamante o fato do entregador só acrescentar um turno à sua jornada ou alterá-lo mediante a autorização do Sr. (...) ou da Sra. (...), sua sócia. E também que os instrumentos de trabalho (celular e moto) pertenciam ao Reclamante, bem como custos de manutenção e combustível, sem reembolso (ID. 3dfbafa - Pág. 4/5). Ambos ainda deixam incontroverso que o valor da entrega era estipulado pelo 2º Reclamado (...), dependendo dos quilômetros rodados e que o Reclamante recebia por quinzena.

A preposta do (...), 2ª Reclamada, afirma que o percentual a ser repassado para o 1ª Reclamado é fixo, mas o percentual repassado para o entregador, ora Reclamante, é fixado pelo Sr. (...). Porém, as testemunhas ouvidas não confirmam essa tese. Pelo contrário, são categóricas ao informar que o valor por entrega **é fixado diretamente pelo (...), sem qualquer interferência dos entregadores e operadores logísticos.**

O pagamento quinzenal e variável foi comprovado (ID. 4125af2 - Pág. 15/17) com os recibos bancários juntados pela 1ª ré. A autenticidade das mensagens por aplicativo apresentadas

pela 1ª Reclamada, em forma de texto (ID. 4125af2 - Pág. 5/13) e áudio (ID. cc529c2 a 33f5cba) foram reconhecidas pelo Reclamante em audiência.

O Reclamante confessa ter sofrido bloqueio de novos pedidos, no aplicativo, por receber valores em dinheiro, quando o (...) apenas permitia o pagamento via cartão, hipótese que teria ocasionado o término de sua prestação de serviços. Confirma que, na oportunidade, (...), da 1ª Reclamada, disse que o bloqueio foi realizado pelo (...) e nada poderia fazer a respeito, embora recebesse o custo do pedido em dinheiro por ordem da 1ª Reclamada.

Novamente verifica-se que a 1ª Reclamada não tem poderes efetivos de gestão de “seu negócio”, atuando como *longa manus* da 2ª Reclamada.

As testemunhas ouvidas confluem para as versões do *modus operandi* informado no depoimento pessoal do Reclamante e do representante da 1ª Reclamada. O operador logístico (1ª Reclamada) pune quem chega atrasado no turno, bloqueando a pessoa fato confirmado pela testemunha (...), e embora não saiba sobre o atraso, a testemunha (...), pessoa simples, simpática, que transpõe grande gratidão pelo Sr. (...) – curiosamente afirma não o conhecer pessoalmente e em ato falho transpõe intimidade ao ser questionado como chegou a ser convidado.

“se ficasse **sem responder** por 6 minutos a 40 minutos **sem pegar entrega era bloqueado**; que foi bloqueado várias vezes; a primeira vez que foi bloqueado ficou 40 minutos sem cair nenhum pedido na tela do (...); **ai depois voltava a cair bem lento, 1 por vez a cada uma hora**; que ficava parado conversando com as pessoas na rua, porque não tinha nada para fazer “só trabalhava com (...)”; as outras vezes já tinha tomado um bloqueio; ai tocou uma entrega de andar 13 km para ganhar R\$6,00, r recusou, ai ficou bloqueado por mais 1h10 minutos; **não sabe dizer quem fazia o bloqueio “a plataforma do (...) ou o (...) não sei”**; que ligava para o (...) e ele dizia que não tinha o que fazer e que tinha que esperar”;

Testemunho de (...) (grifo nosso)

“que **já foi bloqueado 48hs devido a um pedido não ter sido entregue porque seu pneu furou**; ficou estressado, desligou o aplicativo e foi embora; que quanto ao pedido, na raiva levou o pedido para casa; só aconteceu isso uma vez; não conseguiu falar com o suporte; “faltavam 12 entregas para fazer, R\$100,00”; melhor dizendo “faltava 2 entregas para R\$100,00”; (...). **“não sabe se alguém monitora o atraso**; que trabalha desde 2017 como OL e saiu em dezembro para janeiro de 2021 (...)mas se recusar corrida ai pode recusar uma a duas

o “**próprio aplicativo colocar cancelamentos excessivos e bloqueia por um tempo, não sei se 30 a 1h**”; eles bloqueiam para te dar um tempo para respirar, porque entendem que você não está apto para o serviço; que se desligar na escala por duas horas e religar vai trabalhar normal; e a “diferença do nuvem é que você roda São Paulo inteiro e se quiser ligar só 30 minutos, pode ligar e depois ir embora”; e o OL cai mais entregas e tem uma mesma região; **“se o nuvem ficar na mesma região também vai tocar mais; a diferença é o suporte pessoal e o outro automático, só isso”**

Testemunho de (...) (grifo nosso)

**Trata-se de verdadeira fraude às relações de emprego (art. 2º, 3º e 9º da CLT).**

A testemunha (...), indicada pelo 1ª Reclamado, em ato falho confirma a visão exposta pelo juízo, no início do seu depoimento:

“que não trabalhou para o (...), mas **“trabalhei para o (...)”**; que era um aplicativo, a gente se cadastra e tem duas modalidades, por OL trabalha por região ou nuvem, onde quiser mas toca longe; que **a diferença era só o suporte que não era automático e por isso trabalhava direto no aplicativo;**” (grifo nosso).

E também na fase das perguntas da 2ª Reclamada (...):

“veio de testemunha porque o pessoal só me informou e perguntou se eu podia dizer a verdade do que acontecia no serviço, no caso foi o (...) **“você trabalhou com nosso suporte, nós nunca cobramos nada de você, e você poderia ir para falar a verdade? “; que como “eu trabalhei mesmo e no serviço, no serviço não, no aplicativo”;** (...) que o cadastro no aplicativo fui eu mesmo; que na época quem fez o cadastro no OL era “patinete” elétrico; começou no patinete e foi acabar no modal motors, comprou a moto e saiu do patinete; perdeu a CNH por documento atrasado; para trabalhar na OL tem que passar pela nuvem; que faz o cadastro e escolhe, “eu que quis passar para OL”; que os mesmos documentos que fez a nuvem, colocou para fazer a OL, mais nada; “OL é a modalidade do aplicativo, tem que escolher o suporte que quer entrar, tem que escolher o suporte do (...) e da (...)”; que se cadastra no (...), e quando cadastra a OL; entra em contato com

o operador para trabalhar para eles, que na época foram os meninos da rua, referindo-se aos demais entregadores, que indicaram para entrar no OL; que na época o (...); que entregava de patinete; que (...) deu o telefone do (...); fala com esse rapaz aqui que ele vai te colocar no patinete, e liguei para o (...) e entrou na suporte dos patinetes pelo (...) e (...);”

O 1ª Reclamado não apresentou a verdadeira autonomia de gestão para um “empreendimento”, trata-se de um gerente da 2ª Reclamada. Não fixa preço de entrega, os valores aparecem dentro do aplicativo em tabela que pode ser controlada pelos entregadores para conferirem quanto receberão. Todas as regras desse trabalho são fixadas pelo (...), 2ª Reclamada, inalteráveis pela 1ª Reclamada.

Sob a fala das testemunhas extrai-se que, cadastrar-se por meio de **operador logístico facilita o contato com o (...), para tirar dúvidas, para ter uma relativa certeza quanto às entregas em determinada região**, pois como “nuvem” a “conversa” é realizada pelo aplicativo, sem interferência humana – até mesmo a testemunha (...) faz questão de enfatizar essa, como a única diferença no trabalho para a plataforma (...).

O trabalho do Reclamante na plataforma digital (...), via operação logística, demonstra não fugir à regra geral da relação com vínculo de emprego (art. 2º e 3º da CLT). As penalidades aplicadas ao Reclamante nem sempre são aplicadas aos entregadores por meio da 1ª Reclamada, tudo passa pela definição da atividade econômica da 2ª Reclamada, a plataforma (...). Os bloqueios são realizados diretamente pela 2ª Reclamada, em verdadeiro exercício do poder disciplinar.

A partir dos depoimentos testemunhais, verifica-se que o Sr. (...) nada pode realizar quando um entregador é bloqueado – deve mesmo aguardar o desbloqueio – afirma a testemunha (...).

O operador logístico, enquanto gerente de fato de toda operação, controla o número necessário de entregadores em determinado turno para que os pedidos de regiões, com carência de entregadores, sejam atendidos no tempo esperado pelo aplicativo.

Novamente destaca-se que a ordem da 1ª Reclamada no sentido de aceitar valores em dinheiro e pagar o pedido com seu cartão foi observada pelo reclamante, mas a exclusão do entregador, ora autor, do aplicativo ocorreu exatamente por esse fato – em um pagamento o reclamante, entregador, sem fundos bancários entrega o pedido, mas o valor não é compensado.

A “justa causa” para o descadastramento vem do **descumprimento do sistema do (...) e não das ordens do Sr. (...)**. A 1ª Reclamada permanece como operador logístico.

**O pedido contido no item 12.3 expressamente aponta: reconhecimento da responsabilidade subsidiária/solidária da 2ª Reclamada.**

**O vínculo de emprego (art. 2º e 3º da CLT) é reconhecido diretamente com a plataforma (...), 2ª Reclamada. Nada a deferir quanto ao 1º Reclamado, que é, de fato um empregado gerente da 1ª Reclamada, e nesse contexto de fraude, enquanto empregado (... e ...) não há responsabilidade dessas pessoas quanto às verbas contratuais decorrentes do vínculo de emprego entre o Reclamante, (...) e (...).**

**Pedido procedente.**

#### **4. Mérito**

##### **4.1. Extinção contratual – Verbas contratuais e resilitórias, registro em CTPS e guias ou indenização substitutiva**

Em síntese, o Reclamante afirma que, admitido em 28/01/2019, foi dispensado sem justa causa em 26/04/2020, quando recebia salário de R\$ 3.900,00, sem que lhe fossem pagas as verbas contratuais decorrentes do vínculo empregatício (férias, 13º salário e FGTS) nem as resilitórias, o que pleiteia, além da incidência da multa do art. 477, §8º da CLT, do registro em CTPS e do fornecimento de guias para saque de FGTS e habilitação para o seguro-desemprego ou indenização substitutiva.

A parte Reclamada nega a dispensa imotivada, alegando que o autor deixou de realizar as entregas por conta própria, parando de comparecer.

O término do contrato de trabalho, considerando o princípio da continuidade das relações trabalhistas (art. 442 e 451 da CLT) é exceção a ser provada pelo empregador (art. 818 da CLT e Súm. 212 TST), mormente quando há motivação em falta grave.

Para a aplicação da justa causa trabalhista (art. 482 da CLT) impõe-se o preenchimento dos requisitos: tipicidade da conduta, imediatidade da reprimenda, nexos de causalidade, proporcionalidade e razoabilidade na escolha de uma única pena, e ausência de perdão tácito.

No caso dos autos, o Reclamante afirma, em depoimento pessoal (ID. 3dfbafa - Pág. 4/5), ter sofrido bloqueio de novos pedidos, no aplicativo, por receber valores em dinheiro, quando o (...) apenas permitia o pagamento via cartão, hipótese que teria ocasionado o término de sua prestação de serviços. Narra que, na oportunidade, (...), da 1ª Reclamada, disse que o bloqueio fora realizado

pelo (...).

Ouvido (ID. 3dfbafa - Pág. 3/4), o preposto da 2ª Reclamada confirma realizar bloqueios por descumprimento dos termos de uso do aplicativo, por meio de denúncias dos clientes.

A parte Reclamada não comprovou ter havido conduta típica nem a aplicação imediata e proporcional da penalidade de dispensa, o que afasta eventual alegação de justa causa.

Não se desincumbindo a Reclamada do seu ônus de comprovar o término do contrato de trabalho, prevalece a tese autoral, de dispensa sem justa causa em 26/04/2020.

No que se refere ao pagamento das verbas contratuais e resilitórias pleiteadas, inclusive de FGTS, por ser fato impeditivo do direito afirmado pelo Reclamante, cumpria à Reclamada o ônus da prova (arts. 464, 477 e 818, II, da CLT, art. 15 da Lei 8.036/90 e Súm. 461 do TST), do qual também não se desincumbiu.

A respeito da multa celetista pleiteada, o art. 477, §§6º e 8º da CLT, com redação aplicável ao contrato de trabalho do Reclamante, dispõe que o pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação e a entrega de guias devem ser efetuados até 10 dias, contados a partir do término do contrato, de modo que a inobservância do prazo sujeita o infrator ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário. É o caso dos autos, diante da ausência de comprovação dos pagamentos resilitórios (Súm. 462 do TST).

Diante do exposto, **julga-se procedente o pedido para**, reconhecendo a admissão em 28/01/2019 e a dispensa sem justa causa em 26/04/2020, **condenar a Reclamada ao pagamento de** saldo de salário (26 dias), aviso prévio proporcional indenizado (33 dias, projetado para 29/05/2020, conforme art. 7º, XXI, CRFB, Lei 12.506/2011, art. 487, §1º da CLT e Súm. 441, do TST), 13º salário proporcional de 2019 (11/12, conforme art. 1º, §2º da Lei 4.090/1962), 13º salário proporcional de 2020 (5/12, já projetado o aviso prévio, conforme art. 1º, §2º da Lei 4.090/1962), férias de 28/01/2019 a 27/01/2020 (12/12, simples, conforme art. 134 da CLT, diante da extinção contratual no período concessivo), férias proporcionais de 28/01/2020 a 29/05/2020 (4/12, já projetado o aviso prévio, conforme art. 146, parágrafo único da CLT), ambas acrescidas do terço constitucional, FGTS de todo o período contratual, inclusive resilitório (8%) e respectiva indenização de 40% sobre todos os depósitos devidos no período contratual, além das contribuições previdenciárias sobre as verbas objeto de condenação. Incide a multa do art. 477, §8º da CLT.

**Condena-se a 2ª Reclamada, ainda, em obrigações de fazer, devendo proceder ao registro do vínculo empregatício em CTPS, para fazer constar admissão em 28/01/2019, dispensa em 29/05/2020 (projeção do aviso prévio), função de entregador e salário de R\$ 3.900,00, bem como**

**ao fornecimento de guia para habilitação para o seguro-desemprego ou indenização substitutiva.**

Após o trânsito em julgado, a Secretaria deverá intimar o Reclamante para que apresente, em 08 dias, a sua CTPS e, tão logo cumpra a sua obrigação, deverá intimar a Reclamada para que, no prazo de 08 dias, proceda as devidas anotações e à entrega das guias para seguro-desemprego, sob pena de multa diária de R\$ 350,00 (art. 536 do CPC c.c. arts. 652, “d”, 765 e 769 da CLT), em favor do empregado. Na omissão, após decorridos 30 dias do término do prazo, proceda a anotação a Secretaria da Vara do Trabalho, sem referência a este processo, bem como à expedição de alvará.

**Prejudicado pedido de guia para saque de FGTS, já que não houve depósitos e que a condenação determinou o pagamento direto.**

#### **4.2. Jornada de trabalho – Horas extras excedentes e pela supressão do intervalo intrajornada**

O autor afirma que, ao longo do contrato de trabalho, laborava de terça-feira a domingo, com 15 minutos de intervalo intrajornada e folgas às segundas-feiras e feriados. Aduz que, da admissão a 06/2019 e de 11/2019 à dispensa, sua jornada diária média foi das 11h00 às 18h00; no período de 07/2019 a 10/2019, das 11h00 às 23h00. Sustenta que não recebeu pelo labor extraordinário realizado, pleiteando o pagamento de horas extras excedentes à 8ª diária e à 44ª semanal, no período de 07/2019 a 10/2019, bem como de horas extras pela supressão do intervalo intrajornada ao longo do contrato de trabalho, **ambas com adicional e repercussões legais**.

A 1ª Reclamada alega que o autor escolhia os próprios dias e horários de trabalho, além dos locais de entregas que aceitaria, sem controle de jornada. Aduz que o aplicativo (...) oferecia 5 possibilidades de turno (08h00 às 11h00; 11h00 às 15h00; 15h00 às 18h00; 18h00 às 22h00; ou 22h00 às 00h00), com 20 minutos de intervalo, cada, sendo possível ao entregador ampliar o período de descanso, retirando sua localização e ficando desconectado (“off line”, como descreve).

A 2ª Reclamada alega isenção de controle de jornada, por trabalho externo e, em caso de condenação, alega que eventual supressão de intervalo somente deve ser paga em relação ao período efetivamente suprimido, tratando-se de verba de natureza indenizatória.

O limite da jornada de trabalho tem previsão constitucional (art. 7º, XIII) de oito horas por dia e quarenta e quatro por semana, salvo negociação coletiva.

No caso de o empregador contar com mais de dez empregados, é obrigatório o registro de jornada quanto a entrada e saída, sendo seu ônus apresentá-lo em juízo ou comprovar hipótese de isenção (art. 74, §2º, 818 da CLT e Súm. 338 TST).

No que diz respeito às horas extraordinárias, impende considerar o texto do art. 62, “I”,

da CLT, *verbis*:

*Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:*

*I - os empregados que exercem atividade externa **incompatível** com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (negrito e sublinhado não constam do original).*

Referido dispositivo consagra uma das hipóteses de exceção ao regime geral ditado pelo Capítulo II do Título II, da CLT, que trata da duração do trabalho e das “normas gerais de tutela do trabalho”.

Para que seja viabilizada a exceção em comento são necessários os seguintes requisitos, concomitantes e autocondicionantes pelos critérios legais: 1) seja o trabalho exercido externamente ao estabelecimento de lotação do empregado; 2) que esse trabalho, por sua natureza e condições em que é prestado, seja materialmente incontrolável ou de difícil controle; 3) que aludida situação esteja anotada na CTPS e na FRE.

A pura e simples existência do primeiro e último requisitos não exclui o regime geral, porque inscrita a situação nos moldes do art. 74, § 3º, da CLT, que prevê o trabalho externo, mas com a pré-fixação do horário de trabalho.

A segunda condicionante, portanto, é que determinará, somada às demais, o regime de exceção.

Especificamente em torno da última, entende RUSSOMANO que aí não se trata de exigência essencial, mas de formalidade *ad probationem tantum*, de forma que sua ausência pode ser suprida por outros meios de prova.

No caso dos autos, a prova oral é uníssona no sentido de que os entregadores, como o Reclamante, apenas conseguiam trabalhar logados no aplicativo da 2ª ré, havendo possibilidade de controle do horário de disponibilidade, das corridas realizadas e de sua localização, afastando-se a tese de trabalho externo sem possibilidade de controle.

Assim, a não-apresentação injustificada dos controles de frequência pela empregadora gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho afirmada na petição inicial, a qual não foi elidida por prova em contrário.

Não demonstrado o pagamento de horas extras pelo excesso à 8ª diária e à 44ª semanal,

no período de 07/2019 a 10/2019, é devido seu pagamento.

No que se refere à afirmada supressão do intervalo intrajornada, segundo o art. 71 da CLT, em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação de, no mínimo, uma hora e máximo de duas, sendo de 15 minutos para o trabalho que ultrapasse 4 sem exceder 6 horas de trabalho.

Após a inserção do §4º do art. 71 da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017, a não concessão total ou parcial do intervalo mínimo intrajornada implica no pagamento, **de natureza indenizatória, apenas do período suprimido**, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Embora o art. 74, §2º não imponha ao empregador o ônus da anotação dos intervalos intrajornada, exige sua pré-anotação, o que não foi demonstrado nos autos. Além disso, todas as testemunhas ouvidas narram que não havia a pré-fixação de período de intervalo, de modo que o recebimento de demandas para entrega ocorria ininterruptamente, ao longo de toda a escala de trabalho, e que a recusa de corridas para eventual intervalo era punida com bloqueios de serviço. Corroboram, assim, a tese autoral de supressão de 45 minutos do intervalo por todo o pacto laboral, sendo devida sua indenização.

Diante do exposto, **julga-se parcialmente procedente o pedido para, reconhecendo a jornada afirmada na petição inicial, inclusive no que se refere aos intervalos, condenar a Reclamada ao pagamento de horas extras excedentes à 8ª diária ou à 44ª semanal, no módulo mais benéfico, e de 45 minutos suprimidos do intervalo por dia de trabalho**, ambos com o adicional de 50%, observada a base de cálculo definida no art. 457 da CLT e Súm. 264 do TST, a evolução salarial, os dias efetivamente trabalhados e o divisor 220.

**Por serem habituais, essas horas deverão integrar as seguintes verbas:** aviso prévio, repouso semanal remunerado (OJ 394 da SDI-1 do TST e Súm. 40 do E.TRTSP), férias com 1/3, 13º salário, depósitos do FGTS (8%) com indenização de 40%. **Excetua-se as horas extras decorrentes da supressão do intervalo intrajornada, cujo caráter indenizatório impede a repercussão em outras verbas** (art. 71, §4º da CLT).

Deduza-se o importe pago sob a mesma rubrica pelo valor integral (art. 884 do CC c.c. art. 8º da CLT, OJ 415 SDI-1 do TST e Súm. 65 do E. TRTSP).

#### **4.3. Pedido contraposto: Litigância de má-fé**

A 1ª Reclamada pleiteia a condenação do Reclamante por litigância de má-fé, ao

argumento de que altera a verdade dos fatos em benefício próprio, visando obter verbas indevidas.

Para que a parte seja considerada litigante de má-fé é necessária a prova do dolo e da prática de um dos atos do art. 80, do CPC ou do art. 793-B da CLT. No caso dos autos, não ficou demonstrado o dolo do autor com o objetivo de lesar a parte contrária ou induzir este juízo a erro, tendo o Reclamante atuado dentro dos limites do exercício do direito de ação que lhe é assegurado (art. 5º, XXXV, CRFB). Portanto, **indefere-se o pedido contraposto**.

#### 4.4. Limite da condenação ao valor atribuído à causa – Inaplicabilidade

**O valor dos pedidos não limita a condenação**, uma vez que o art. 840, §1º, da CLT apenas exige “indicação” de valor, o que é feito por estimativa, nos moldes do art. 12, §2º da Instrução Normativa nº 41 do TST, editada pela Resolução nº 221/2018. No processo do trabalho, os pedidos, em geral, não têm conteúdo econômico imediatamente aferível, já que a maior parte da documentação trabalhista necessária ao cálculo se encontra em poder do empregador. Esse entendimento não prejudica a observância dos limites dos pedidos (arts. 141 e 492 do CPC, c.c. art. 769 da CLT), que é feita com base nos títulos pleiteados pelo Reclamante. **Observe-se que as repercussões legais independem de pedido específico, já que decorrem da aplicação da lei ao caso concreto.**

#### 4.5. Gratuidade de Justiça

A Constituição Brasileira previu, como garantia de acesso à Justiça, a gratuidade para os que comprovarem a insuficiência de recursos. No mesmo sentido do texto constitucional, a Lei 13.467/2017 alterou a redação do art. 790, inserindo o parágrafo 4º, extinguindo a diferença entre a gratuidade decorrente da assistência sindical (Lei 5.584/1970) e a chamada gratuidade extraordinária do art. 790, §3º da CLT, antes da Lei 13.467, com vigência em 11/11/2017:

*Art. 5º CRFB, LXXIV- o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;*

*Art. 790, §4º- O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.*

Observe-se que a lei fundamental positivou e constitucionalizou a regra expressa no art. 1º da Lei 7.115/1983 (art. 1º “A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira.”), sendo esse entendimento sedimentado na jurisprudência do TST, OJ 304 da SDI-I, convertida na Súm. 463, I do TST, e do E. TRTSP, na Súm. 5; após 2015, com o advento da nova codificação do CPC, ampliando a

gratuidade para as pessoas jurídicas no item II, excluindo dessas a mera declaração de pobreza, em razão de sua natureza jurídica.

Dessa forma, ante o pedido de gratuidade e afirmação de impossibilidade de litigar sem prejuízo a sua condição econômica (ID. c4bb27f - Pág. 2), **defere-se a gratuidade ao Reclamante.**

#### 4.6. Honorários advocatícios

A partir de 11/11/2017 são devidos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho, conforme dispõe o art. 791-A da CLT.

A sucumbência parcial não é entendida pelos pedidos, mas pela ação. Sendo o pedido parcialmente procedente, ainda assim é procedente.

Diante da procedência parcial em relação à 2ª ré, em que o Reclamante decaiu em parte mínima dos pedidos, fica descaracterizada a sucumbência recíproca, na forma do parágrafo único do artigo 86 do CPC, aplicável ao processo do trabalho (art. 796, CLT e art. 15, CPC)<sup>4</sup>.

Assim, **condena-se a 2ª Reclamada a pagar os honorários advocatícios sucumbenciais em benefício do patrono do autor, fixados em 10% sobre o valor que resultar da liquidação de sentença** (art. 791-A, *caput*, da CLT), a serem calculados na forma da OJ 348 da SDI I do TST.

Considerando a gratuidade extraordinária deferida, caso o Reclamante não obtenha nesta demanda, ou em outra que se tenha conhecimento, créditos para suportar essa despesa, as obrigações decorrentes da sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, nos termos do artigo 791-A, §4º da CLT, por 2 anos.

#### 4.7. Instrução normativa do TST n.º 39/2016 – fundamentação da sentença

A instrução normativa do Tribunal Superior do Trabalho, IN 39/2016, entendeu pela compatibilidade do art. 489 do CPC/15 ao Processo do Trabalho. Muito embora, a magistrada discorde da corrente adotada, por disciplina judiciária aplicará a instrução normativa. Dessa forma, eventuais argumentos não debatidos foram considerados irrelevantes para infirmar algo sobre a tese da parte autora ou da parte ré.

#### 4.8. Dos demais pedidos

Deduza-se de modo global os valores pagos sob idêntica rubrica (art. 844 do CC c.c. art.

4 No mesmo sentido, decisão proferida pela 11ª Turma do TRTSP, no processo nº 1000440-45.2018.5.02.0461.

8º, parágrafo único, da CLT).

Incidência de correção monetária no prazo das verbas salariais art. 459, parágrafo único, CLT e Súm. 381 do TST, sendo isento o trabalhador (Súm. 187 TST).

Os juros de mora de 1% são aplicáveis na forma do art. 39 da Lei 8.177/1991 (Súm. 200 TST e OJ SDI-1 300).

Para efeito de correção monetária, aplica-se a TR do art. 879, §7º, inserido pela Lei 13.467/2017. Ressalta-se que a decisão do STF na ADC 58 sobre índice de correção monetária nas ações trabalhistas não transitou em julgado, motivo pelo qual não será aplicada à lide, em observância à segurança jurídica (art. 5º, XXXVI da CRFB).

Os descontos fiscais devem ser procedidos de acordo com a redação do art. 12-A da Lei 7.713/1988 (introduzido pelo art. 44 da Lei 12.350/2010) em conjunto com a Instrução Normativa nº 1.500/2014, da RFB (que revogou a Instrução Normativa 1.127/2011, da RFB), OJ 400 SDI-1 e Súm. 19 do E. TRTSP, ou seja, dividindo-se o montante tributável (a soma dos valores sobre os quais incide o imposto de renda) pelo número de meses a que corresponde a condenação, autorizando-se descontar, do crédito do empregado, a cota-parte do imposto de renda que lhe é correspondente (Súm. 368, II, TST).

Contribuições previdenciárias sobre as parcelas salariais, conforme o art. 276, §4º, do Dec. 3.048/1999, por cada uma das partes (Súm. 368, III, TST), devendo apresentar em 30 dias as guias da GFIP com o nome do empregado e a contribuição recolhida.

O FGTS incide tanto sobre as verbas principais quanto em suas repercussões com natureza salarial, conforme base de cálculo definida no art. 15 da Lei 8.036/1990.

### III – CONCLUSÃO/DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgam-se **PROCEDENTES em parte** os pedidos autorais, observados os limites expressos na fundamentação, que integra o presente dispositivo.

**Defere-se a gratuidade de justiça ao Reclamante.**

Correção monetária, juros de mora, contribuições previdenciárias e imposto de renda na forma da lei e da fundamentação, sendo improcedentes os demais pedidos.

**Custas de R\$ 1.000,00 sobre o valor arbitrado de R\$ 50.000,00 (art. 789 da CLT), pela 2ª Reclamada.**

**Prazo de cumprimento de 8 (oito) dias, para obrigações de fazer.**

Liquidação por cálculo (art. 879 da CLT).

**Intime-se a União Federal.**

**Oficie-se a Coordenadoria de Fraudes Trabalhistas junto ao Ministério Público do Trabalho, a Refeita Federal, a Superintendência do Trabalho e Emprego e o Ministério Público do Trabalho Federal** com cópia de todo o processo.

Partes cientes, em audiência (ID. aac2a33), da designação de julgamento na forma do art. 852 da CLT (Súm. 197 do TST), **dispensada a intimação.**

Adverte-se às partes, que a insistência em argumentações infundadas ou contrárias à legislação, que retardam o andamento da lide e/ou resistam à execução, com claro intuito meramente procrastinatório, atentando contra o princípio da celeridade processual, *inclusive eventual oposição de embargos declaratórios infundados e em descompasso com os termos do artigo 897-A da CLT*, são passíveis de condenação por prática de ato atentatório à dignidade da Justiça e litigância de má-fé, sujeito ao pagamento de multa de 1% (um por cento) e indenização de até 20% (vinte por cento) do valor corrigido da causa, além de indenização de até 20% do valor da execução, a ser revertido em favor da parte contrária, com fundamento nos arts. 77 a 80 e 774, IV (resistência injustificada ao cumprimento das ordens judiciais) do CPC, de aplicação supletiva e compatível com o Processo Trabalhista, bem como art. 793-A, B e C da CLT.

São Paulo, 14 de julho de 2021.

**Lorena de Mello Rezende Colnago**  
**Juíza do Trabalho**