

Empresas de Transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos



BRASÍLIA - DF
MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

EMPRESAS DE TRANSPORTE, PLATAFORMAS DIGITAIS E A RELAÇÃO DE EMPREGO: UM ESTUDO DO TRABALHO SUBORDINADO SOB APLICATIVOS

Juliana Carreiro Corbal Oitaven

Rodrigo de Lacerda Carelli

Cássio Luís Casagrande

2018

GRÁFICA MOVIMENTO

Expediente

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Procurador-Geral do Trabalho

Ronaldo Curado Fleury

Vice-Procurador-Geral do Trabalho

Luiz Eduardo Guimarães Bojart

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral do Trabalho

Rafael Dias Marques

Chefe de Gabinete do Vice-Procurador-Geral do Trabalho

Daniela de Moraes do Monte Varandas

Diretor-Geral

Leomar Daroncho

Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho – CONAFRET

Coordenador Nacional da CONAFRET

Paulo Joarês Vieira

Vice-Coordenadora Nacional da CONAFRET

Vanessa Patriota da Fonseca

Ficha Catalográfica elaborada por Vanessa Christina Alves Fernandes

Oitaven, Juliana Carreiro Corbal

Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego :
um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos / Juliana Carreiro Corbal
Oitaven, Rodrigo de Lacerda Carelli, Cássio Luís Casagrande. – Brasília :
Ministério Público do Trabalho, 2018.

248 p.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-66507-27-0

1. Direito do trabalho. 2. Trabalho subordinado. I. Carelli, Rodrigo de Lacerda. II. Casagrande, Cássio Luís. III Título. IV. Brasil. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho.

Sumário

Introdução	11
1. 'Economia do bico', 'crowdwork' e trabalho 'on-demand'	14
2. Uma nova velha ideia: a proposta de criação de uma nova categoria para classificar os trabalhadores	21
3. Trabalho, serviço, mercadoria e 'economia do bico'	26
4. A mutação da subordinação – as constantes reestruturações produtivas	27
5. Os aplicativos de intermediação de trabalhadores e a nova organização do trabalho	35
6. O direito do trabalho e a nova forma de controle	40
7. Decisões judiciais nos casos de aplicativos de plataforma	44
8. Anexos	55
Referências	56
Decisão administrativa da California Labor Commission (case no. 11-46739 EK, June 3, 2015, Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies Inc.)	63
Decisão judicial do Central London Employment Tribunal (case nos 2202550/2015, Mr Y Aslam; Mr. J Farrar v. Uber B.V; Uber London Ltd; Uber Britannia Ltd.).	77
Sentença no processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112, proferida pela 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – MG	117
Sentença no processo nº 1001492-33.2016.5.02.0013, proferida pela 13ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP	174
Sentença no processo nº 0100351-05.2017.5.01.0075, da 75ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro	190
Sentença no processo nº 0011863-62.2016.5.03.0137, da 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte	213
Sentença no processo 0001995-46.2016.5.10.0111, proferida pela Vara do Trabalho do Gama – DF	234
Decisão da Cour de Cassation Francesa - Arrêt nº1737 du 28 novembre 2018 (17-20.079) - Cour de cassation - Chambre sociale (Demandeur(s) : M. David Y... ; et autres; Défendeur(s) : Mme Valérie E..., en qualité de mandataire liquidateur de la société Take Eat Easy ; et autres)	244

Prefácio

O mundo do trabalho vive tempos sombrios e de grandes transformações, sinalizando riscos de retrocessos e desproteção aos trabalhadores, como deixam claro a Reforma Trabalhista em vigor, a anunciada Reforma da Previdência e a retomada de discussões sobre a extinção da Justiça do Trabalho.

O surgimento do Direito do Trabalho foi consequência da Revolução Industrial e do sentimento de solidariedade e de justiça social que aflorou ante o impacto das condições desumanas de trabalho. Jornadas elevadas remuneradas com baixos salários, acidentes de trabalho se multiplicavam com o manuseio de máquinas por trabalhadores em situação de fadiga, crianças exploradas mostraram a necessidade de disciplinar essa relação. Uma relação entre um trabalhador e um patrão em ambiente fabril. A relação de emprego é, portanto, o objeto central do Direito do Trabalho.

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, novas técnicas de gestão foram se delineando estimuladas pela globalização e pelo surgimento de novas tecnologias, principalmente nas telecomunicações, robótica e microinformática. O trabalho fragmentado, com nítida divisão de tarefas e pouco espaço para a atividade intelectual do trabalhador, passou a conviver com novas formas de trabalho.

O átomo ainda é o trabalho subordinado, porém com maior flexibilidade funcional. As ordens emanadas do empregador já não se mostram tão evidentes como na subordinação clássica.

Nesse novo contexto, a subordinação assume novas roupagem e adjetivação. Chama-se subordinação estrutural ou reticular aquela

em que o empregado se encontra integrado à estrutura dinâmica da empresa, seguindo seus procedimentos operacionais, mas sem que as ordens dela emanadas restem muito evidentes, vez que diluídas entre códigos de conduta, manuais procedimentais, objetivos e metas estabelecidos.

Novas e velhas formas de trabalho vivem e convivem, embora nem sempre em harmonia, especialmente nos últimos tempos, com a chegada da Indústria 4.0 e novas formas de contratação. Urge pensar sobre elas. Pensar que em plataformas digitais trabalha um homem que não é virtual. Um trabalhador que tem direitos, inclusive à dignidade. Refletir sobre o tipo de relação mantida entre o trabalhador e a empresa que o contrata por meio de aplicativos torna-se essencial para evitar a fraude trabalhista.

Acompanhando o bonde da história, a Conafret deparou-se com a realidade trazida por novas formas de organização do trabalho relacionadas à atuação por meio de aplicativos e criou o Grupo de Estudo Uber, em alusão a uma das empresas com maior volume de trabalho sobre aplicativos, grupo este que ao longo dos últimos meses dedicou-se, com afincos, a estudar a denominada “economia do bico”.

Inúmeros questionamentos foram levantados: Como se desenvolvem as relações de trabalho nesse novo modelo? A proprietária do aplicativo tem por objetivo promover o contato entre aquele que demanda um serviço e aquele que o oferece ou é o próprio serviço que é ofertado por meio do aplicativo? Quais os elementos da relação existente entre o trabalhador que presta o serviço e a proprietária do aplicativo? A subordinação sofreu nova transmutação? Os trabalhadores engajados por meio de aplicativos são empregados,

autônomos ou estamos diante de uma nova figura inserida no Direito do Trabalho?

Neste importante trabalho doutrinário que a Conafret tem a honra de apresentar, os autores, integrantes do grupo de estudos mencionado, descrevem, com riqueza de detalhes, o funcionamento do trabalho em plataformas digitais. A obra analisa as duas principais formas de trabalho na “economia do bico”, o “crowdwork” e o trabalho “on-demand”, e aponta as principais características que edificam o sistema. Evidencia, sem deixar passar ao largo o fato de que o termo cibernética vem de controle e direção, que “no novo regime, o controle é feito através da programação por comandos, com a direção por objetivos e estipulação de regras pré-ordenadas e mutáveis pelo seu programador, incumbindo ao trabalhador a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos, a fim de realizar os objetivos assinalados pelo programa”.

Debruçados sobre passado e presente, os autores analisam o direito comparado e destacam a atuação do direito do trabalho nas novas formas de contratação, seguindo os indicativos da subordinação cibernética e garantia dos direitos trabalhistas.

Este é estudo é fundamental para compreender as alterações nas relações laborais e a capacidade do Direito do Trabalho de assimilar essas transformações e assegurar proteção social aos trabalhadores.

Paulo Joarês Vieira e Vanessa Patriota da Fonseca
Coordenador e Vice-Coordenadora da Conafret

Apresentação

O presente trabalho é resultado do Grupo de Estudos denominado “GE Uber, instituído por meio da Portaria PGT nº 681, de 10 de novembro de 2016,” no âmbito da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (Conafret) do Ministério Público do Trabalho, com o objetivo inicial de aprofundar os estudos das novas formas de organização do trabalho relacionadas com a atuação por meio de aplicativos.

O grupo foi criado com a composição dos seguintes procuradores do trabalho: Carlos Eduardo Carvalho Brisolla, Cássio Luis Casagrande, Eliane Lucina, José Pedro dos Reis, Juliana Carreiro Corbal Oitaven, Maurício Ferreira Brito, Renan Bernardi Kalil, Rodrigo de Lacerda Carelli, Vanessa Fucina Amaral de Carvalho. Contou, ainda, com a participação, como membros naturais, do coordenador e da vice coordenadora da Conafret, respectivamente, Paulo Joarês Vieira e Vanessa Patriota da Fonseca.

Sendo a empresa Uber, na ocasião, a com maior volume de atividade e com atuação abrangente no setor de transportes em diversos locais do território nacional, emprestou-se seu nome ao grupo. Mas as discussões não se restringiram a tal companhia, envolvendo, em verdade, todas aquelas que possuem o modelo similar de atuação e se inserem nesse contexto de nova organização das formas de trabalho, que merece ser acompanhada de perto pelo Ministério Público do Trabalho.

Assim, o presente estudo tem a intenção de conceituar a ‘economia do bico’, com suas principais formas de trabalho e contextualizar as atividades desempenhadas pelos aplicativos de trabalho ‘on-demand’, enfrentando a questão da mutação na subordinação e do reconhecimento das características da organização do trabalho por programação, as quais permitem a caracterização do vínculo empregatício.

Ao final, serão analisadas algumas decisões atuais, brasileiras e estrangeiras, relacionadas com a temática.

A elaboração do presente texto coube a Juliana Carreiro Corbal Oitaven, Rodrigo de Lacerda Carelli e Cássio Luís Casagrande, com a colaboração de Renan Bernardi Kalil, a partir das discussões de todo o grupo de estudos.

Introdução

A disseminação do uso da Internet e da tecnologia da informação se espalhou por inúmeros setores da sociedade, incluindo o trabalho. Conforme sua utilização foi intensificada, vários efeitos significativos foram verificados no mundo do trabalho, alterando a forma pela qual diversas pessoas desempenham suas atividades laborais. Cientistas sociais e juristas têm se debruçado sobre o tema desde o início da década. Em artigo publicado em 2011, Miriam Cherry analisa o “trabalho virtual”, considerando-o de forma ampla para abranger não somente o mundo virtual, mas também atividades realizadas online¹. Todas as inovações trazidas por esses instrumentos fazem parte do que parte da literatura denomina de Quarta Revolução Industrial² ou Indústria 4.0³.

Contudo, nos últimos dois anos houve maior desenvolvimento de pesquisas acadêmicas a respeito do tema. Como se verifica nos diversos estudos realizados, não há uniformidade para denominar o trabalho. Para descrever os mesmos fenômenos, há referência à economia colaborativa, economia de compartilhamento, economia ‘on-demand’, ‘economia do bico’⁴, ‘crowdwork’, ‘crowdsourcing’, economia-Uber, dentre outros⁵.

1 CHERRY, Miriam. **A taxonomy of virtual work**. Georgia Law Review, n. 951, 2011, p. 953-404.

2 SCHWAB, Klaus. **The fourth industrial revolution**. Davos: World Economic Forum, 2016.

3 MESSE, Hannover. **Get ready for the connected Industry**. Disponível em: <<http://www.hannovermesse.de/en/news/key-topics/industrie-4.0/>>. Acesso em 27 abr. 2017.

4 Do inglês, “gig-economy”.

5 MASELLI; LENAERTS; BEBLAVY, op. cit.; TODOLÍ-SIGNES, Adrián. **El impacto de la “uber economy” em las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales em el contrato de trabajo**. Março, 2015. Disponível em: <https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2015-3/Todoli.pdf>. Acesso em 08 jan. 2016; DE STEFANO, Valerio. **The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”**. Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf>. Acesso em 12 fev. 2016.

Não será adotada a terminologia ‘economia de compartilhamento’ no presente trabalho em razão da controvérsia a respeito da adequação de seu uso para descrever toda e qualquer atividade laboral desempenhada a partir da Internet ou da tecnologia da informação. Apesar de alguns meios de comunicação e de autores identificarem que determinados trabalhos, como na Uber, possam ser classificados dessa forma⁶, outros entendem que se trata da tentativa de se apropriar de um conceito dotado de conotação positiva para levar à precarização das condições de trabalho⁷.

Para efeitos de melhor apresentar o fenômeno que pretendemos tratar, iremos adotar a perspectiva de Valerio de Stefano, que compreende a questão como integrante da ‘economia do bico’, em que há duas principais formas de trabalho: o ‘crowdwork’ e o trabalho ‘on-demand’ por meio de aplicativos. Enquanto a primeira envolve a realização de tarefas a partir de plataformas online, a segunda trata da execução de trabalhos tradicionais (como transporte e limpeza) ou de escritório, demandados em aplicativos gerenciados por empresas⁸.

Atualmente, a exata dimensão da ‘economia do bico’ é difícil de ser mensurada. A consultoria PricewaterhouseCoopers (PWC) estima que, considerando os cinco principais setores da ‘economia do bico’ (turismo, transporte, serviços pessoais, finanças e transmissão de áudio e vídeo), há potencial para aumentar o faturamento global de US\$ 15 bilhões, verificado nos dias de hoje, para US\$ 335 bilhões em 2025⁹.

6 UNIVERSO ONLINE. **Economia compartilhada**. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/economia-compartilhada/>>. Acesso em 27 abr. 2017; SPRAGUE, Robert. **Worker (mis) classification in the sharing economy: Square pegs trying to fit in round holes**. Maio, 2015. Disponível em: <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=787119070001116031009121027090069068125005068013093026075075113088100084100100114085029055063104039010060024122003005093003096019036075005000015107023027121064127091006035122106067117021030096011115098123079066111003098098003075075088019095022090102&EXT=pdf>>. Acesso em 08 jan. 2016.

7 FORTUNE. **Calling Uber-Like businesses the “sharing economy” masks reality**. Disponível em: <<http://fortune.com/2017/03/13/uber-sharing-economy-debt/>>. Acesso em 15 abr 2017

8 DE STEFANO, op. cit., p.1

9 PWC, **The sharing economy**. Disponível em: <<https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwc-con>

Patricia Fleubi e Jonathan Horlacher destacam que ainda não foi feito dimensionamento do valor adicionado pela ‘economia do bico’ nos Produtos Internos Brutos (PIB) dos países e que essa é uma tarefa urgente a ser realizada. Os autores fizeram uma estimativa, de acordo com abordagens distintas, sobre o valor adicionado ao PIB da Suíça pela ‘economia do bico’, que varia de 0,1% a 0,95%, conforme um cenário mais ou menos conservador¹⁰.

Os tamanhos das empresas que atuam na ‘economia do bico’ variam muito. Existem desde gigantes, como a Uber (transportes) e o Airbnb (hospedagem), cujo valor estimado é de US\$ 50 bilhões e US\$ 25 bilhões, respectivamente, até iniciativas menores que sequer se aproximam do tamanho dessas empresas¹¹.

O número de trabalhadores ativos na ‘economia do bico’ não é desprezível. Segundo levantamento feito por Rebecca Smith e Sarah Leberstein, existem 8 milhões de trabalhadores vinculados ao Crowdsource, 6,6 milhões ao Care.com, 5 milhões ao Crowdfunder, 700 mil ao Clickworker, 500 mil ao Amazon Mechanical Turk e 160 mil à Uber. Todas as plataformas e aplicativos mencionados operam internacionalmente¹².

Segundo o Índice ‘Online Labour’, vinculado à Universidade de Oxford, na Inglaterra, de maio a setembro de 2016, o número de trabalhadores desempenhando atividades na “economia de bico”

sumer-intelligence-series-the-sharing- economy.pdf>. Acesso em 12 fev. 2016.

- 10 FLEUBI, Patricia; HORLACHER, Jonathan. **What's the value added of the sharing economy?** Novembro, 2015. Disponível em: <<https://www.credit-suisse.com/articles/news-and-expertise/2015/11/en/whats-the-value-added-of-the-sharing-economy.html>>. Acesso em: 12 fev. 2016.
- 11 MASELLI, Ilaria; LENAERTS, Karolien; BEBLAVY, Miroslav. **Five things we need to know about the on-demand economy.** Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://www.ceps.eu/system/files/CEPS%20Essay%20No%2021%20On%20Demand%20Economy.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2016, p. 3
- 12 SMITH, Rebecca; LEBERSTEIN, Sarah. **Rights on demand: Ensuring workplace and worker security in the on-demand economy.** Setembro, 2015. Disponível em: <<http://www.nelp.org/content/uploads/Rights-On-Demand-Report.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

aumentou 14% no Reino Unido, 7,5% na Europa e 6% nos Estados Unidos¹³.

No Brasil, de acordo com seus próprios números, a principal empresa que opera na 'economia do bico' no setor de transportes – a Uber – possuía mais de 500 mil motoristas que trabalham com o aplicativo em outubro de 2017¹⁴. A Cabify, por sua vez, tinha mais de 200 mil motoristas na mesma época¹⁵.

Nos Estados Unidos, há pressão política dos democratas para que as pesquisas governamentais sobre o mercado de trabalho levem em consideração a 'economia do bico', com o objetivo de políticas públicas para esse público¹⁶.

1. 'Economia do bico', 'crowdwork' e trabalho 'on-demand'

A 'economia do bico' compreende, em linhas gerais e como já exposto, duas principais formas de trabalho: o 'crowdwork' e o trabalho 'on-demand' por meio de aplicativos¹⁷. Nesta seção, iremos tratar da forma pela qual o trabalho se desenvolve sob esses dois formatos e apresentaremos um exemplo de cada uma.

13 LEHDONVIRTA, Vili. Is the online gig economy growing? **The Ilabour Project**. Publicado em 20 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://ilabour.oii.ox.ac.uk/is-the-online-gig-economy-growing/>>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

14 PROCHNO, Pedro. **Fatos e dados sobre a Uber**. Publicado em 12 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em 31 de julho de 2018.

15 EXAME. **Brasil já é maior país para Cabify, que tem de táxi a helicóptero**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/brasil-ja-e-maior-pais-para-cabify-que-tem-de-taxi-a-helicoptero/>>. Acesso em 31 de julho de 2018.

16 THE HILL. **Democrat pushes for on-demand focus in labor survey**. Fevereiro, 2016. Disponível em: <<http://thehill.com/policy/technology/267881-dem-wants-labor-survey-to-hone-in-on-on-demand-issues>>. Acesso em 12 fev. 2016.

17 Existem autores que diferenciam as atividades entre realização de tarefas online e realização de tarefas offline (ALOI-SI, Antonio. **Commoditized crowdworkers: Labour issues arising from a case study research on a set of online platforms in the "on-demand/gig economy"**. Julho, 2015. Disponível em: <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=391084087124086000077099107124077119041027020035083029074065029002112113093005007101106062010057062109039083001005013108084081025060001076032089086119064084011028031042053083121112068013001080111025124009010072119009030088125006003086105031071121123082&EXT=pdf>>. Acesso em 11 fev. 2016.).

O ‘crowdwork’ refere-se a atividades que envolvem a realização de tarefas por meio de plataformas online que colocam em contato diversas organizações e indivíduos com outras organizações e indivíduos por meio da internet, permitindo a aproximação entre consumidores e trabalhadores de todo o mundo. Há oferta e demanda de produtos e serviços específicos para o atendimento de necessidades de clientes que pagam pela execução das tarefas realizadas¹⁸.

No ‘crowdwork’, na maioria das vezes, são feitas micro tarefas extremamente fragmentadas, que normalmente não demandam muita qualificação e são monótonas, mas inexecutáveis por computadores ou sistemas automatizados, como, por exemplo, responder pesquisas, avaliar elementos de texto e transcrever áudios. Existem casos em que uma grande atividade é dividida em micro tarefas independentes que, agrupadas, produzem um resultado específico¹⁹.

Ainda, há a possibilidade do ‘crowdwork’ envolver macro tarefas (menos automatizadas e que demandam melhor capacidade de análise), projetos simples (não automatizados e que exigem investimentos do trabalhador) e projetos complexos, que são mais incomuns. Nesses casos, pode ocorrer a criação de logomarcas, o desenvolvimento de sítios eletrônicos, a elaboração inicial de campanhas de marketing ou a concepção de design de interiores²⁰.

A plataforma de ‘crowdwork’ mais conhecida é o Amazon Mechanical Turk (MTurk), que oferta a execução de ‘tarefas de inteligência humana’. Atualmente, há aproximadamente três mil tarefas a serem realizadas na MTurk. Ao acessar a página, é possível realizar

18 DE STEFANO, op. cit.; EUROFOUND. **New forms of employment**. 2015. Disponível em: <http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

19 DE STEFANO; EUROFOUND.

20 DE STEFANO; EUROFOUND; MASELI, Ilaria; FABO, Brian. **Digital workers by design?** An example from the on-demand economy. Disponível em: <<https://www.ceps.eu/system/files/WD414%20IM%20and%20BF%20Interior%20Designer.pdf>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

o cadastro como solicitante ou como fornecedor. Os solicitantes apresentam a tarefa a ser executada e o preço a ser pago. As diferenças entre solicitantes e fornecedores é grande, uma vez que somente os primeiros estabelecem as condições de contratação, podem recusar os serviços prestados e avaliam as tarefas feitas. A nota dada pelo solicitante ao fornecedor é importante, uma vez que futura contratação por outro solicitante invariavelmente depende da reputação do fornecedor. Também, é relevante destacar que a Amazon tem o poder de encerrar a conta do fornecedor unilateralmente, sendo que sua avaliação pode influenciar isso²¹.

De acordo com o ponto de vista da Amazon, o MTurk é um espaço que permite que solicitantes entrem em contato com os fornecedores para a realização de tarefas. Os 'turkers' (como a Amazon denomina os fornecedores) são classificados pela empresa como contratados independentes. A Amazon anuncia que oferta "humanos como serviço"²².

O trabalho 'on-demand' por meio de aplicativos se relaciona com a execução de atividades laborais tradicionais, como transporte e limpeza, além de tarefas administrativas e de escritório. Os serviços são oferecidos por meio de aplicativo, que estabelece e garante um padrão de qualidade mínimo na realização do trabalho, bem como seleciona e gerencia a mão de obra²³.

Por meio do uso do aplicativo, o prestador de serviço e o consumidor identificam oferta e demanda, o trabalho é executado em face de uma

21 ALOISI, op. cit., p. 11

22 Em inglês, "human-as-a-service". ALOISI, op. cit., p. 13; DE STEFANO, op. cit.

23 DE STEFANO, op. cit..

necessidade apresentada e é feito o pagamento após a finalização do trabalho²⁴.

1.1 Contextualização e delineamento da empresa Uber

O aplicativo de trabalho 'on-demand' mais conhecido é o da Uber, que atua no setor de transportes, no qual um cliente solicita um carro para fazer uma viagem e o motorista, que estiver próximo ao local e disponível, aceita o trabalho.

De acordo com Davi Carvalho Martins, o trabalho ocorre da seguinte forma:

- (i) compete-lhe escolher e selecionar os motoristas que podem aceder à aplicação informática, sem a qual não pode ser prestado o serviço; (ii) cabe-lhe obter e indicar os clientes disponíveis ao motorista, através de uma aplicação informática; (iii) o motorista deve fornecer os seus dados e disponibilizar uma viatura que não pode ter mais de 10 anos, podendo a empresa controlar a qualidade do serviço através da avaliação dos clientes (uma avaliação inferior a 4,6 estrelas pode levar ao cancelamento do acesso à plataforma informática); (iv) o preço da viagem é fixado pela empresa, a qual paga aos motoristas um valor previamente determinado;
- (v) os motoristas não devem receber gorjetas; (vi) a empresa pode fornecer o smartphone necessário para aceder à aplicação, salvo se o motorista tiver algum equipamento compatível; e (vii) o motorista não tem qualquer função de gestão que possa afetar a rentabilidade do negócio²⁵.

24 TODOLÍ-SIGNES, op. cit.

25 MARTINS, D. C.. **A "Uber" e o contrato de trabalho**. Disponível em: <www.oje.pt/a-uber-e-o-contrato-de-trabalho/>. Acesso em 21 nov. 2015.

As principais características desse sistema são: monitoramento eletrônico, aumento de preço e programação de trabalho, a fusão da análise em tempo real com a análise prévia e a avaliação dos motoristas²⁶.

Em relação ao monitoramento eletrônico, o trabalho dos motoristas é moldado por dois principais fatores: o uso de práticas de vigilância pelo empregador para realizar um controle brando dos trabalhadores e a adoção de práticas de resistência pelos motoristas para enfrentar esse sistema. A constante vigilância promovida pela empresa produz assimetrias de informações entre os motoristas e a Uber, que acessa e controla uma grande quantidade de informações das experiências dos trabalhadores²⁷.

O aplicativo estimula os motoristas a aceitarem todas as corridas e a permanecerem o maior tempo possível trabalhando. Trata-se de uma forma de manter o atendimento aos clientes o mais amplo possível. Contudo, a aceitação de uma corrida pelo motorista não indica necessariamente o trajeto que será percorrido, nem o valor estimado que será recebido. A rejeição de viagens não rentáveis coloca em risco a continuidade do motorista no aplicativo, uma vez que a empresa pode suspendê-lo ou excluí-lo. Assim, verifica-se que os motoristas absorvem o risco de todas as corridas realizadas²⁸.

O controle sobre os motoristas é elevado. Apesar de os trabalhadores serem remunerados apenas quando realizam viagens demandadas pelo aplicativo, a Uber mantém a coleta de informações dos motoristas

26 ROSENBLAT, Alex; STARK, Luke. **Uber's drivers: Information asymmetries and control in dynamics work**. Disponível em: <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=2471041180030721181230850221130651111020480230150080201180870661120870050270981030880361010060140571161051171181130300640120041180440330550001130280970020771171000730240070940810070790700970270910810040660950990801091130851041200010780230990250831250248&EXT=pdf>>. Acesso em 29 de dezembro de 2015.

27 ROSENBLAT; STARK, op. cit.

28 ROSENBLAT; STARK, op. cit., p. 4-5;10

mesmo quando não estão em uma corrida. A partir desses elementos, a empresa consegue delinear padrões de tráfego e alimentar o algoritmo de oferta e demanda que fixa o preço das viagens²⁹.

A Uber iniciou o monitoramento dos movimentos dos motoristas que utilizam o aplicativo por meio dos telefones celulares, com o objetivo de identificar o comportamento dos trabalhadores e, nos casos em que entender necessário, tentar influenciar suas condutas. Trata-se de uma forma de promover controle de qualidade da prestação de serviço³⁰.

No tocante ao monitoramento do trabalho e ao aumento dos preços, verifica-se uma assimetria de informações entre o aplicativo e os motoristas. Há situações nas quais o trabalhador identifica que em determinado local a tarifa está mais elevada e se desloca para atender a região. Contudo, o motorista pode receber chamado de cliente que está em local com tarifa menor, uma vez que a precificação não leva em conta a localização do trabalhador. Ainda, o valor da tarifa é fixado pela empresa sem qualquer consulta prévia aos motoristas, o que indica um desequilíbrio entre as partes³¹.

Outro elemento que se relaciona com essa questão é a coleta e a análise de informações dos motoristas que a Uber realiza a partir do envio de mensagens sobre aumento de preço e de demanda, que estimula a disponibilidade dos trabalhadores em determinados horários em que a empresa projeta a existência de maior número de chamados por meio do aplicativo³².

29 ROSENBLAT; STARK, op. cit.

30 THE GUARDIAN. **Uber monitoring drivers in US in attempt to flag dangerous driving**. Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/technology/2016/jan/26/uber-monitoring-drivers-us-passenger-safety-houston>>. Acesso em 26 de janeiro de 2016.

31 ROSENBLAT; STARK, op. cit.

32 ROSENBLAT; STARK, op. cit.

A fusão da análise em tempo real com a análise prévia ocorre por meio dos algoritmos utilizados pela Uber. Além de verificar instantaneamente a demanda, a empresa consegue fazer projeções da oscilação do número de chamados pelo aplicativo a partir do histórico de viagens realizadas. A empresa faz contato com os motoristas para expor o aumento da demanda, constatado previa ou instantaneamente, de forma indistinta³³.

A avaliação dos motoristas é realizada pelos clientes ao término das viagens realizadas, em que é possível atribuir nota de 1 a 5 estrelas para o desempenho do trabalhador. Também, é possível enviar mensagens para a Uber sobre o serviço prestado. Esse sistema afeta diretamente o motorista, uma vez que se a média de suas avaliações ficar abaixo de 4,6, a empresa pode descredenciá-lo do aplicativo. É importante destacar que a apreciação do cliente está relacionada com o que a Uber divulga como ‘experiência’ em ser atendido por um motorista vinculado ao aplicativo. Para garantir um padrão no atendimento dos clientes, a empresa estabelece condutas a serem observadas pelos trabalhadores e constantemente envia mensagens sobre esse tema, além de estimular os motoristas a criarem relações com os passageiros de forma que estes se sintam sempre confortáveis, independentemente da situação daqueles – que é denominado de “emotional labor”³⁴.

A Uber se considera uma plataforma que aproxima motoristas de passageiros e entende que os trabalhadores que prestam serviços por meio do aplicativo são contratados independentes³⁵.

33 ROSENBLAT; STARK, op. cit

34 ROSENBLAT; STARK, op. cit; ROGERS, Brishen. **The social costs of Uber**. Disponível em: <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=538097071083087005070097111070113005042087014021019030101082090111071111065105117064101057053127049096017010088071118065089079116091005007014031108111076031101112037078067064010007111114070123091119096114001095083124025081064121091125073097112022121&EX-T=pdf>>. Acesso em 08 de janeiro de 2016, p. 97

35 SACHS, Benjamin. **Uber, the gig economy, and labor**. Disponível em: <<http://onlabor.org/2015/04/16/uber-the-gig-economy-and-labor/>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016; **California labor commission: Uber driver is an employee**. Disponível em: <<http://onlabor.org/2015/06/17/california-labor-commission-uber-driver-is-an-employee/>>.

2. Uma nova velha ideia: a proposta de criação de uma nova categoria para classificar os trabalhadores

Existem autores que compreendem as relações de trabalho na economia de compartilhamento não se enquadrando dentro dos institutos trabalhistas, pois, ao mesmo tempo em que não há vínculo empregatício, não se verifica o trabalho autônomo. Haveria uma zona cinzenta que dificultaria a caracterização do trabalho em um sentido ou no outro, sendo que essa situação demandaria a criação de uma nova figura trabalhista que permitisse estabelecer de forma objetiva as diferenças do trabalho realizado na economia de compartilhamento com a relação de emprego e com os autônomos³⁶.

Outro argumento colocado em favor da criação de uma nova categoria é que a caracterização da relação de trabalho como relação de emprego inviabilizaria determinados modelos de negócios na economia de compartilhamento, com consequências negativas para trabalhadores, consumidores, negócios e economia³⁷. Também, aponta-se que as dificuldades atualmente identificadas para classificar os trabalhadores levariam a excessiva judicialização das discussões a respeito da natureza da relação de trabalho na economia compartilhada e, uma nova figura, traria maior segurança jurídica para o tema³⁸.

Acesso em 12 de fevereiro de 2016. Em inglês, "independent contractors". Para se identificar a existência dos "independent contractors", a jurisprudência norte-americana não possui um rol de elementos fixos que permitam caracterizar essa figura. Robert Sprague aponta os seguintes: (i) a dimensão do controle que o tomador de serviço pode realizar; (ii) a possibilidade do trabalhador lucrar ou ter prejuízos; (iii) o investimento do trabalhador no negócio; (iv) a permanência da relação de emprego; (v) qualificação requerida para o trabalho; (vi) se o trabalho é parte da atividade econômica regular do empregador (SPRAGUE, op. cit., p. 12)..

36 SCHEIBER, Noam. **A middle ground between contract worker and employee**. Disponível em: nyti.ms/1OTb3pj. Acesso em 08 jan. 2016; HARRIS, Seth D.; KRUEGER, Alan B. **A proposal for modernizing labor laws for twenty-first-century work: the "independent worker"**. Dezembro, 2015. Disponível em: http://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

37 HARRIS; KRUEGER, op. cit.

38 DE STEFANO, op. cit.

A nova figura que seria inserida no direito do trabalho para dar conta das peculiaridades da economia de compartilhamento é o ‘trabalhador independente’, sendo que suas características o posicionariam em uma situação intermediária entre o empregado e o contratado independente. A identificação ocorreria a partir dos seguintes elementos: não haveria dependência econômica de um único empregador, não existiria uma relação indeterminada com somente uma empresa e não renunciariam controle sobre as horas de trabalho ou a oportunidade de lucros ou perdas³⁹.

Um grupo de acadêmicos, sindicalistas e empresários divulgou um documento no qual se avalia que o novo cenário altera substancialmente o mundo do trabalho e que se deve encontrar um modelo que estimule a inovação e crie certeza para trabalhadores, negócios e governo. Em um quadro de inovações tecnológicas e trabalho flexível e temporário, coloca-se que a discussão deve ser pautada a partir dos seguintes princípios: (i) estabilidade e flexibilidade são positivas para trabalhadores, empregadores e sociedade; (ii) há necessidade de um instrumento dotado de portabilidade para proteção dos trabalhadores, que deveria ser: independente, flexível, universal e amigável à inovação. Essas medidas seriam um ponto de partida para se pensar na proteção dos trabalhadores independentes. Um dos principais eixos da proposta é a desvinculação do recebimento de benefícios sociais da condição de empregado, permitindo que os trabalhadores os usufruam independentemente da forma pela qual se ligam a uma empresa⁴⁰.

39 Os autores apresentam a figura do “trabalhador independente” com enfoque nas empresas que atuam na economia de compartilhamento no setor de transporte, entendendo-as como intermediárias. Esses trabalhadores teriam semelhanças como os contratados independentes, uma vez que poderiam escolher onde e como trabalhar, mas existiriam restrições colocadas pelas intermediárias, como a quantia a ser cobrada dos clientes (HARRIS; KRUEGER, 2015, p. 5).

40 AUGUSTE, Brian et al. **Common ground for independent workers**. Disponível em: <<https://medium.com/the-wtf-economy/common-ground-for-independent-workers-83f3fbcf548f>>. Acesso em 8 de janeiro de 2016.

Há posicionamento no sentido de que, embora seja possível identificar a existência de relação de emprego entre o trabalhador e a plataforma ou o aplicativo, compreende que as regras do direito do trabalho são de difícil aplicação na economia de compartilhamento. Nessa linha, propõe-se a criação de uma relação de trabalho especial, que deveria abranger os seguintes elementos: (i) autonomia do trabalhador para desenvolver a sua atividade; (ii) liberdade para o trabalhador fixar o seu horário de trabalho, bem como para delimitar a jornada de trabalho; (iii) permissão para prestar serviços para diversas plataformas ou aplicativos; (iv) responsabilização dos trabalhadores pelos danos causados aos clientes e à reputação da plataforma ou do aplicativo; (v) salário mínimo pelo tempo em que o trabalho é prestado; (vi) reembolso dos gastos realizados para o trabalhador aderir à plataforma ou ao aplicativo; (vii) aplicação subsidiária do direito do trabalho. Tratar-se-ia de uma nova espécie de trabalhadores ‘quase independentes’⁴¹.

Contudo, a necessidade em criar uma nova categoria de trabalhadores não é consensual. Um dos principais argumentos utilizados é que uma nova figura poderia dificultar ainda mais a análise da situação do trabalhador e de sua ligação com a empresa, ao invés de simplificar as questões relacionadas à classificação. Coloca-se que a zona cinzenta atualmente apontada – em que o trabalho realizado teria características de emprego e de autonomia –, seria deslocada para outro espaço, sem que seja possível classificar o trabalhador com clareza, o que manteria a judicialização dessas situações⁴².

Outra questão apresentada é o equívoco de se afastar peremptoriamente a classificação dos trabalhadores na economia

41 TODOLÍ-SIGNES, op. cit.

42 DE STEFANO, op. cit.

compartilhada como empregados. Existem situações em que se constatou a presença dos elementos que caracterizam a relação de emprego e foi reconhecida essa condição, como já ocorreu nos Estados Unidos e na Espanha⁴³.

O argumento que a aplicação das leis trabalhistas ameaçaria o modelo de negócios da economia compartilhada não pode ser aceito, uma vez que todos os demais agentes econômicos que atuam em outros ramos da economia lidam com um contexto no qual o direito do trabalho deve ser aplicado quando se identificam as premissas da relação de emprego. A economia de compartilhamento não pode ser tratada como um setor à parte da economia⁴⁴.

A maioria das análises sobre a necessidade de se conceber nova figura para classificar os trabalhadores parte do estudo das peculiaridades da economia de compartilhamento. No entanto, Valerio de Stefano aponta que a tentativa em se estabelecer figuras intermediárias de trabalhadores não é inédita, indicando exemplos de Canadá, Alemanha, Espanha e Itália. Para o autor, o caso italiano é o mais emblemático, com a criação da figura do trabalho parassubordinado⁴⁵.

Otávio Pinto e Silva aponta que na categoria de trabalho parassubordinado estão presentes os seguintes elementos: (i) continuidade da prestação dos serviços; (ii) pessoalidade na prestação dos serviços; (iii) colaboração entre o trabalhador e o tomador de serviços; (iv) coordenação do trabalho. A principal diferença entre a relação de emprego e o trabalho parassubordinado seria a predominância da subordinação naquela, enquanto que este se caracterizaria pela

43 SACHS, Benjamin. **Do we need an "independent worker" category?** Dezembro, 2015. Disponível em: <<http://onlabor.org/2015/12/08/do-we-need-an-independent-worker-category/>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2016; TODOLÍ-SIGNES, op. cit.

44 SACHS, op. cit.; TODOLÍ-SIGNES, op. cit.

45 DE STEFANO, op. cit.

coordenação, com uma coligação funcional entre a prestação do serviço e a atividade do tomador⁴⁶.

Apesar das novidades introduzidas no direito do trabalho italiano terem o objetivo de conferir maior proteção aos trabalhadores, verificaram-se duas consequências: a preferência dos empregadores em contratar parassubordinados em vez de empregados, com o objetivo de diminuir os custos com mão de obra; e (ii) a contratação de empregados sob o rótulo de parassubordinados, o que caracteriza fraude trabalhista⁴⁷. Nos Estados Unidos foi apresentada proposta para criação dos “contratados dependentes”, em semelhança ao que ocorreu em alguns países europeus⁴⁸. Benjamin Sachs entende que as peculiaridades do trabalho na economia de compartilhamento criariam uma dificuldade para se determinar o percentual para caracterizar a dependência do trabalhador a empresa, o que tornaria inadequada a introdução dessa categoria de trabalhadores⁴⁹.

Há autores que, independentemente da criação de uma nova figura, entendem que o instrumental para a classificação de trabalhadores disponível está desatualizado para analisar as relações de trabalho do século XXI e defendem a necessidade de redefinir o conceito de emprego, para que não ocorra a exploração e degradação da dignidade da pessoa humana nas atividades desenvolvidas na economia de compartilhamento⁵⁰.

46 SILVA, Otávio Pinto e. O Trabalho parassubordinado. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 97, p. 197-200, 2002.

47 DE STEFANO, op. cit.

48 O'DONOVAN, Caroline. What a new class of worker could mean for the future of labor? Junho, 2015. Disponível em: <<http://www.buzzfeed.com/carolineodonovan/meet-the-new-worker-same-as-the-old-worker#.qkWE5DXI>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

49 SILVA, Otávio Pinto E. O Trabalho parassubordinado. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 97, p. 197-200, 2002.

50 ALOISI, op. cit.; SPRAGUE, op. cit.

3. Trabalho, serviço, mercadoria e ‘economia do bico’

Inicialmente, deve-se estabelecer que não se pode admitir que o trabalho humano seja considerado como um mero serviço. A Declaração de Filadélfia da OIT prevê que o “trabalho humano não é uma mercadoria” e tratá-lo de forma diferente somente contribui para a coisificação da pessoa humana. Deve-se garantir direitos mínimos aos trabalhadores.

As relações de trabalho devem ser reconhecidas como tal, independentemente da constatação da existência de vínculo empregatício ou de trabalho autônomo. A tentativa de distorcer esse caráter a partir da introdução de termos que pretendem amenizar os esforços realizados pelos trabalhadores, como ‘tarefas’, ‘caronas’, ‘colaboradores’, dentre outros, caminha no sentido de captura da subjetividade do trabalhador, o que implica consequências negativas⁵¹.

Em relação à flexibilidade que o trabalho na “economia do bico” oferece às pessoas, é importante que se discuta o formato em que isso ocorre e as implicações na vida dos trabalhadores. Em grande parte dos trabalhos em que se coloca a flexibilidade como um elemento benéfico, verifica-se a precarização e intensificação do trabalho⁵².

Outro elemento que deve ser levado em consideração é a necessidade de conjugar as diversas melhorias para os consumidores que a “economia do bico” tem potencial para implementar com a devida remuneração do trabalhador que viabiliza os produtos ou serviços. Não é aceitável a maximização dos benefícios dos consumidores em detrimento das condições de trabalho.

51 ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Bontempo, 2005.

52 ALVES, op. cit.

Finalmente, não se pode perder de vista que “economia do bico” não é um setor segmentado de todo o conjunto de agentes econômicos que atuam no mercado. Em que pesem as peculiaridades, trata-se de um ramo no qual as empresas, em geral, devem se comportar da mesma forma que as demais que atuam em outros setores.

4. A mutação da subordinação – as constantes reestruturações produtivas

O direito do trabalho como o conhecemos surge nos moldes da organização produtiva do tipo fordista/taylorista, em que trabalhadores eram reunidos em subordinação de estilo militar, para o controle do exército de trabalhadores. A subordinação, assim, tinha uma dimensão pessoal de controle direto, por meio de ordens dadas por escala hierárquica rígida de prepostos do empregador. A subordinação do estilo militar surge como nota característica da organização industrial, que logo se alastra por todos os setores empresariais como ideal-tipo.

Com o avanço da tecnologia, a forma com que se apresentava a subordinação sofreu mutação. Inicialmente, na reestruturação produtiva do tipo toyotista ou pós-fordista, iniciada nos anos 1970, a subordinação já se apresenta de forma mais sutil, na forma de integração na estrutura produtiva. O ‘dar ordens’ passa a ser menos militarizado, desconcentrando-se as unidades produtivas.

A organização do trabalho, atualmente, conhecida como Revolução Digital ou Crowdsourcing, tem a potencialidade de mudar toda a forma que é realizado o controle dos trabalhadores. Não é mais concebida como uma engrenagem – na imagem de Charles Chaplin

em Tempos Modernos -, mas como um sistema programável no qual os trabalhadores são unidades capazes de reagir aos sinais que eles recebem em função da programação realizada – nos moldes previstos por George Orwell em 1984⁵³ e pela distópica série do Netflix Black Mirror.⁵⁴

No âmbito do antigo modelo, o Direito permitiu a ficção do direito de propriedade do homem sobre si mesmo e a alienação da mercadoria fictícia ‘força de trabalho’, com a neutralização das faculdades mentais do trabalhador pela ‘organização científica do trabalho’. O contrato de trabalho deu a forma jurídica à dissociação do sujeito pensante, reduzido à figura do contratante, e de um trabalho desubjetivado, reduzido a uma quantidade de tempo subordinado. O contrato de trabalho – e o direito do trabalho –, por garantirem o mínimo de segurança física e econômica necessária à manutenção de sua capacidade de trabalho no tempo longo da vida humana, possibilitaram a instituição do mercado de trabalho e tornaram caducas as figuras da escravidão e da corporação de ofício.⁵⁵

O modelo organizacional da cibernética e, portanto, da governança, tenta bagunçar essa montagem jurídica, pois trata o ser humano como uma máquina inteligente. O trabalho não se apresenta mais como uma coisa, mas sim como uma fonte de energia do homem, energia que é sua propriedade, e que se pode ser por ele alugada. Um novo tipo de sujeito surge: o “sujeito objetivo”, movido pelo cálculo, capaz de se adaptar em tempo real às variações do ambiente para atingir os objetivos que lhe são assinalados.⁵⁶ Nesse contexto apresenta-se o “trabalhador flexível”. Desenha-se, assim, um novo tipo de liame de direito que, à diferença

53 ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

54 Vide episódio “Fifteen Million Merits”.

55 SUPLOT, Alain. Ob. Cit., p. 254-255.

56 Ob. Cit, p. 255.

do contrato, não tem por objeto uma quantidade de trabalho, mas “a própria pessoa do trabalhador.”⁵⁷

Temos que lembrar sempre, por outro lado, que cibernética vem de direção, controle, governo.⁵⁸ O controle da massa de trabalhadores para a realização de atividade econômica sempre vai ser necessário, alterando-se somente a forma.

Enquanto o taylorismo/fordismo centrava-se na subordinação do trabalhador a uma racionalidade que lhe restava exterior, agora o foco está na sua programação, pela apresentação de metas, regras e medida dos resultados do trabalho por meio de indicadores estatísticos. É importante, no entanto, que o sujeito se aproprie desta avaliação para reagir positivamente à lacuna que ela revela entre sua performance e seus objetivos.⁵⁹

Segundo Supiot, sob o regime fordista, o contrato de trabalho, de uma forma geral, apresenta-se como uma troca quantificada: em contrapartida a uma quantidade de horas de trabalho, o trabalhador recebe uma parcela de dinheiro. Isso somente foi possível pela legitimação dada pelo direito do trabalho, que colocou a subordinação jurídica no ponto central: o trabalhador abdica de toda liberdade durante o tempo que vendeu ao empregador, estando pronto a obedecer às ordens do contratante.⁶⁰

Neste ponto, há de se fazer um parêntese para explicar que essa é a forma mais usual de formatação do trabalho, não sendo jamais questionada a condição de empregado daquele que se coloca à disposição de um contratante para realizar trabalho, sendo-lhe

57 Ob. Cit., p. 256.

58 Cibernética vem do grego “κυβερνήτης”, que significa governo, cf. <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Cibern%C3%A9tica>>, acesso em: 02 mai. 2017.

59 SUPLOT, Alain. Ob. Cit., p. 257.

60 Ob. Cit, p. 351-352.

quantificado o salário por sua produção, e não pelo tempo à disposição do empregador, como é comum e ordinário no comércio (comissões) e mesmo na indústria (confecção, por exemplo).

O ponto em comum, então, seria a colocação de tempo, determinado ou não, – à disposição do empregador com a definição pelo contratante dos métodos de trabalho e aquisição do resultado final.

No novo regime, a organização do trabalho – e consequentemente seu controle – apresenta-se de forma diferente: é a programação por comandos. Restitui-se ao trabalhador certa esfera de autonomia na realização da prestação.⁶¹

Esta é a direção por objetivos. A partir da programação, da estipulação de regras e comandos pré-ordenados e mutáveis por seu programador, ao trabalhador é incumbida a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos para realizar os objetivos assinalados pelo programa.⁶² Os trabalhadores, nesse novo modelo, devem estar mobilizados e disponíveis à realização dos objetivos que lhe são consignados.

Aqui deve-se explicar o conceito tido como de maior importância no mundo atual: o algoritmo. Segundo Yuval Harari: “um algoritmo é um conjunto metódico de passos que pode ser usado na realização de cálculos, na resolução de problemas e na tomada de decisões.”

Não se trata de um cálculo específico, mas do método empregado quando se fazem cálculos.⁶³

Yuval explica de forma bastante simples o que seria um algoritmo. O autor afirma que ele se apresenta também em uma receita culinária.

61 Ob. Cit., p. 354.

62 Ob. Cit., p. 355.

63 HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus. Uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 91.

O passo a passo da receita de uma sopa (separar os legumes e carne, colocar a água, deixar no fogo etc.) é a programação do algoritmo. Podem-se alterar alguns ingredientes da receita da sopa, o que modifica ligeiramente o resultado, porém o algoritmo, ou seja, o método do fazer permanece o mesmo, bem como seu resultado: uma sopa.⁶⁴

Mais à frente, Harari mostra o funcionamento de um hospital moderno: o paciente chega, alguém da recepção apresenta-lhe um formulário-padrão e faz algumas perguntas, que são encaminhadas então a uma enfermeira, que, por sua vez, observa o protocolo do hospital para a decisão da realização de exames iniciais, como tirar a pressão. O médico de plantão examina os resultados e segue um protocolo para onde encaminhará o paciente. Ali, ele fará novos exames mais minuciosos e, ao final, o paciente retorna ao médico que, a partir de bases conhecidas, prescreverá medicamentos ou novos exames. Apresenta-se, assim, uma estrutura empresarial algorítmica, que permite, inclusive,

que não seja realmente importante quem serão os profissionais em serviço. O tipo de personalidade deles, suas opiniões políticas e seu humor ocasional são irrelevantes. Enquanto seguirem regulamentos e protocolos, eles terão uma boa probabilidade de curar você.⁶⁵

E a empresa terá uma ótima probabilidade de cumprir seu objeto de negócios.

Hoje, virtualmente toda empresa funciona nesse modelo: os bancos têm deixado de ocupar cargos gerenciais, que estão todos transformados em algoritmos. Mesmo os gerentes intermediários têm sido substituídos por trabalhadores de telemarketing menos

64 Ob. Cit., p. 92.

65 Ob. Cit., p. 168.

qualificados, que somente transmitem aos clientes as informações repassadas pelo sistema. Se a resposta não está no sistema, geralmente não há como ser resolvida a questão, pois é o algoritmo que está no controle, não os trabalhadores. Companhias aéreas, empresas de telecomunicação, assistência técnica de produtos, todas, de uma forma ou de outra, estão aplicando elementos dessa nova forma de organizar o trabalho.

Neste ponto, encontramos uma contradição própria do novo modelo: ao mesmo tempo em que acena para a entrega de parcela de autonomia ao trabalhador, essa liberdade é impedida pela programação, pela exclusiva e mera existência do algoritmo.

Supiot nos traz interessante caso julgado pela *Cour de Cassation* francesa, que demonstra como isso se dá na gestão por programação. Pela participação em um reality show televisivo que se chamava *Île de la tentation* – no qual casais passavam doze dias em uma ilha participando de atividades recreativas com pessoas solteiras –, passando por testes de ‘fidelidade’, cada pessoa recebeu 1500 (mil e quinhentos) euros. A questão chegou à Justiça francesa porque vários participantes demandaram à Justiça o reconhecimento de vínculo empregatício com a produtora do programa. A Corte de Cassação, por fim, reconheceu a condição de empregados, porque estes

deveriam seguir as regras do programa definidas unilateralmente pelo produtor, que eles [os trabalhadores] eram orientados a partir da análise de sua conduta, (...) e estipulava-se que toda infração às obrigações contratuais poderia ser sancionada com sua dispensa.

A corte considerou que “a prestação dos participantes à emissão televisiva tinha por finalidade a produção de um bem com valor

econômico.”⁶⁶ Conforme Supiot, a grande novidade do julgado foi o reconhecimento das mutações (ou deslocamento de sentido) que a direção por objetivos imprimem à subordinação, trocando-se a ficção do trabalho-mercadoria pela noção de liberdade programada. Assim, a autonomia concedida é uma “autonomia na subordinação”. Os trabalhadores não devem seguir mais ordens, mas sim a ‘regras do programa’. Uma vez programados, na prática os trabalhadores não agem livremente, mas exprimem “reações esperadas”.⁶⁷ O algoritmo, cujos ingredientes podem ser modificados a cada momento por sua reprogramação (inputs), garante que os resultados finais esperados (outputs) sejam alcançados, sem necessidade de dar ordens diretas àqueles que realizam o trabalho.

A subordinação dos dirigidos aos dirigentes cede à ideia do controle por ‘stick’ (porrete) e ‘carrots’ (premiação). Aqueles que seguem a programação recebem premiações, na forma de bonificações e prêmios; aqueles que não se adaptarem aos comandos e objetivos, são cortados ou punidos.⁶⁸ Próprio da nova organização do trabalho, em que os trabalhos devem ser permanentemente inseguros – e a insegurança deve estar inculcada na mente das pessoas – para que o controle possa ser realizado da forma mais eficiente, e os objetivos melhor alcançados.

A ideia é da mobilização total: os trabalhadores devem estar disponíveis a todo momento. Essa mobilização, diferentemente do fordismo-taylorismo, visa dominar não o corpo dos trabalhadores, mas seus espíritos, cedendo a obediência mecânica em prol da busca por parte dos trabalhadores do atingimento dos objetivos traçados pela empresa, a partir da esfera de autonomia concedida, que implica que o

66 SUPIOT, Alain. Ob. Cit, p. 353-354.

67 Ob. Cit., p. 354.

68 Ob. Cit., p. 339.

trabalhador seja sempre transparente aos olhos do empregador, que a todo momento tem o poder de mensurar e avaliar seu funcionamento.⁶⁹

Aqui está, então, outro ponto central na organização por comandos ou programação, que é a avaliação da realização dos objetivos, corolária da autonomia concedida aos trabalhadores, estando onipresente nos dispositivos de governança pelos números. São, assim, criados diversos métodos e técnicas de avaliação dos trabalhadores, não somente em relação à quantificação dos objetivos, mas também são construídos dispositivos de análise qualitativa do trabalho realizado.⁷⁰

A relação entre trabalhador e empresa passa por nova nomenclatura: é a relação de aliança, em a refeudalização das relações. O liame da aliança implica em um engajamento ainda maior da pessoa do trabalhador, pois em vez de se fixar em obedecer mecanicamente a ordens dadas em tempo e lugar anteriormente fixados, devem os trabalhadores se mobilizar totalmente para a realização dos objetos que lhe são consignados e se submeter aos processos de avaliação de sua performance.⁷¹

Também é essencial na direção por objetivos o crescimento da influência da empresa na vida pessoal do trabalhador. É próprio do trabalho assalariado a reificação da pessoa que é, ao mesmo tempo, objeto e sujeito do contrato de trabalho, sendo que, de maneira recíproca, é reconhecida sua condição de pessoa. A desestabilização dos quadros espaços-temporais de execução do trabalho e a autonomia programada conduzem não a redução, mas ao aumento do engajamento da pessoa do trabalhador.⁷²

69 Ob. Cit., p. 412.

70 Ob. Cit., p. 366.

71 Ob. Cit., p. 391.

72 Ob. Cit., p. 367.

Assim, o controle por programação ou comandos (ou por algoritmo) é a faceta moderna da organização do trabalho. Passa-se da ficção do trabalhador-mercadoria para a ficção do trabalhador-livre, em aliança neofeudal com a empresa.

Altera-se a formatação, mas resta a natureza: a) de um lado as pessoas, travestidas em realidades intersubjetivas⁷³ denominadas empresas, que detêm capital para investir na produção e serviços e b) do outro lado os demais indivíduos que têm somente o trabalho a ser utilizado e apropriado por essas realidades intersubjetivas para a realização de sua atividade econômica. A exploração dos segundos pelos primeiros continua a mesma.

5. Os aplicativos de intermediação de trabalhadores e a nova organização do trabalho

Essa é a forma organizacional dos aplicativos de intermediação de trabalhador, que se encaixam perfeitamente na organização do trabalho por comandos (ou por objetivos, algoritmo ou por programação).

A estrutura da relação entre as empresas que se utilizam de aplicativos para a realização de sua atividade econômica e os motoristas se dá na forma de aliança neofeudal, na qual chama os trabalhadores de ‘parceiros’. Por ela, concede-se certa liberdade aos trabalhadores, como “você decide a hora e quanto vai trabalhar”, que é imediatamente negada pelo dever de aliança e de cumprimento dos objetivos traçados na programação, que é realizada de forma unilateral pelas empresas.

73

Cf. HARARI, Yuval. Ob. Cit. Segundo Harari, os seres humanos conhecem três tipos de realidade: a realidade objetiva, aquela que existe no mundo; a realidade subjetiva, que existe a partir da construção subjetiva de cada indivíduo, composto por suas crenças; e a realidade intersubjetiva, própria dos humanos, que é de criar seres fictícios cuja crença em sua existência se constrói em todo um grupamento de homens, por exemplo, religiões, nações, estados, empresas, dinheiro etc.

O algoritmo dessas empresas comanda todos os trabalhadores: distribui-os segundo a demanda e impõe o preço do produto.

A precificação é importante por dois aspectos: o primeiro é o controle do mercado, impondo preços extremamente baixos para desmonte da concorrência.⁷⁴ O segundo, que importa mais para o presente trabalho, é o controle do tempo de trabalho pelo preço – baixo – da tarifa. De fato, ao transformar o trabalhador em empreendedor em regime de aliança neofeudal, desfaz-se a proteção trabalhista em relação ao limite de horas de trabalho. Assim, com uma tarifa – e, obviamente, uma remuneração – baixa, mais horas de trabalho são, de fato, necessárias para a sobrevivência do motorista parceiro. Como é essencial à empresa para sua ‘confiabilidade’ que haja a maior disponibilidade de carros a todo momento para seus clientes. Se com poucas horas à disposição o “parceiro” já conseguisse reunir remuneração suficiente para seu sustento, ele poderia trabalhar menos. Com baixa remuneração por hora trabalhada consegue-se, sem qualquer ordem direta, manter o motorista à disposição por muitas horas ao dia. Isso é demonstrado pelos depoimentos: os motoristas relatam que para atingir seus objetivos financeiros ultrapassam – e às vezes em muitas horas – a jornada regular de um trabalhador empregado. O fato de 2016 a 2017 a tarifa ter baixado no Brasil por três vezes demonstra o aumento cada vez maior de poder e controle pela empresa.

Assim, a precificação, como forma de organização do trabalho por comandos, dirige o trabalho sem que os trabalhadores, na maior parte das vezes, percebam.

74

Alguns economistas, dada a aparente contradição da Uber ser a empresa privada mais valiosa do mundo, com capital de 69 bilhões de dólares, com perdas de 2 bilhões de dólares ao ano, mas que mantém ano após ano margens de lucro negativas de 140%, ou seja, os passageiros do Uber somente estão pagando cerca de 40% dos custos da viagem, sendo o resto predatoriamente subsidiado pelos investimentos, sugerem que a real intenção seria o alcance do monopólio pela eliminação da concorrência. Cf. <<http://www.nakedcapitalism.com/2016/11/can-uber-ever-deliver-part-one-understanding-ubers-bleak-operating-economics.html>>. Acesso em 20 de dezembro de 2016.

Porém o algoritmo dessas empresas também realiza o controle pela entrega de premiações. De fato, em momentos em que normalmente os trabalhadores iriam preferir ficar em casa, como dias festivos, a empresa concede incentivos financeiros – chamadas premiações – aos ‘parceiros’, para que se mantenham ativos. A tática de garantia de preço mínimo por hora também é utilizada para manter os trabalhadores ativos. Da mesma forma, conforme a necessidade, a empresa concede incentivos para que trabalhadores peguem clientes de determinados lugares, deslocando os motoristas para aqueles locais. Além disso, há o já referido preço dinâmico, pela visualização no mapa na cor vermelha dos locais em que há menor número de motoristas e maior demanda de passageiros. Essa é a faceta do controle pelas cenouras (carrots).

O outro ponto de controle essencial para o negócio das empresas funcionarem e seu negócio é o de transporte de passageiros⁷⁵, entrega de mercadorias ou qualquer outra atividade econômica que possa ser realizada por intermediação entre trabalhadores e clientes – são as avaliações em forma de notas dadas pelos usuários, que são a faceta do porrete (stick) na organização do capitalismo de plataforma.

Essa moderna técnica – que, inclusive, deixa a ficção científica⁷⁶ como forma de controle social para, assustadoramente, invadir a vida real como cerceamento de liberdade⁷⁷ –, é realizada para o controle dos

75 Por exemplo, é subestimar a inteligência de qualquer pessoa a Uber negar o fato de que seu objeto de negócio que é o transporte. Ora, se não é uma empresa de transporte, e sim meramente uma plataforma que une motoristas e passageiros, qual a razão de estar investindo seriamente no transporte de automóveis sem motoristas? Cf. <<https://www.bloomberg.com/news/features/2016-08-18/uber-s-first-self-driving-fleet-arrives-in-pittsburgh-this-month-is-06r7on>>. Acesso em 20 Mai. 2016. Chega a ser ultrajante a afirmação. Pela mesma razão não se pode negar que as empresas de motofrete têm como seu objeto social a realização de entregas de mercadorias. Qualquer ilação em sentido contrário faz parte do mundo da pós-verdade. A Corte Europeia de Justiça decidiu que a Uber exerce mais do que um serviço de intermediação, mas sim atividade econômica de serviço de transporte, conforme <https://g8fi-p1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/12/uber-ecj-press-release.pdf>, acesso em 27 de agosto de 2018 e que pode ser vista como anexo a este trabalho..

76 Como no episódio “Nosedive” ou “Queda livre”, da série Black Mirror, da Netflix, em que o controle das práticas sociais são realizadas por todos, em um sistema de controle mútuo realizado pelos próprios co- cidadãos .

77 A China está organizando um grande sistema de controle do comportamento de suas habitantes, chamado de

trabalhadores. Deixando no passado a forma idealizada por Bentham para o panóptico, o controle, agora, no lugar de ser centralizado por um vigia em uma torre com visão periférica, está multiplicado e disperso em várias instituições de controle, vários vigias, como já previa Foucault⁷⁸. De fato, os controladores agora são os milhões de clientes das empresas, que, pelas avaliações e comentários, realizam a verificação do cumprimento da programação por parte dos motoristas⁷⁹. Conforme os depoimentos, a nota, pelo poder de retirar o trabalhador da plataforma, exerce irresistível poder sobre a forma de prestação dos serviços. O padrão de se vestir ou se portar não são obrigatórios, mas são inescapáveis para a obtenção da nota de corte. Assim, da mesma forma que não é obrigatório – mas é inescapável – o trabalho por período integral (ou até em jornadas estafantes), não há como fugir do padrão do serviço imposto pela própria empresa.

A nota – ou avaliação – assume nítido cariz de controle quando se verifica que ela tem como destinatária a empresa, e não os clientes. Não há possibilidade de se escolher um motorista – ou entregador, ou qualquer outro profissional – por sua pontuação. O algoritmo da empresa seleciona e encaminha, sem possibilidade de escolha, o motorista que mais perto estiver do cliente.

Neste ponto, as empresas de intermediação de trabalhadores por aplicativos se afastam de outras plataformas como Mercado Livre, Ebay e até Airbnb: nos aplicativos dessas empresas tanto o cliente quanto os vendedores se escolhem mutuamente, servindo a classificação por

"crédito social", baseado em ranqueamento por notas a partir de comportamento social e hábitos de compras. Cf. <<http://www.bbc.com/news/world-asia-china-34592186> e <http://www.wsj.com/articles/chinas-new-tool-for-social-control-a-credit-rating-for-everything-1480351590>>, acesso em 20 de maio de 2016.

78 FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1987, p. 213-214.

79 Conforme Foucault: "O sonho de Bentham, o Panopticon, onde um único indivíduo poderia vigiar todo mundo é, no fundo, creio, sonho, ou melhor, um dos sonhos da burguesia (poque ela sonhou muito. Ela não o realizou, talvez, sob a forma arquitetônica que Bentham propunha, mas é necessário recorder o que Bentham dizia, a propósito do Panopticon: é uma forma de arquitetura, mas sobretudo é uma forma de governo, uma menira, para o espírito, de exercer o poder sobre o espírito." FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits II*. Paris: Gallimard, 1994, p. 437.

nota de critério para suas escolhas. Nas empresas intermediadoras, tanto cliente quanto motorista são automaticamente interligados. A nota somente existe para controle de qualidade do serviço prestado, ou seja, em português claro: controle das empresas sobre o trabalho realizado. E não teria como ser de outra forma, pois a empresa deseja a confiabilidade de seu negócio. Por isso dá tanta atenção a seus clientes, como notaram os motoristas.

Como todo ideal-tipo, no sentido weberiano, a organização do trabalho por programação pode não ser encontrada plenamente na prática, sendo mesclada nas empresas com a forma anterior de organização do trabalho. De fato, as empresas têm o poder de suspender os trabalhadores que recusarem trabalho e que não se comportarem conforme suas regras, sendo que, ao final, segundo seu próprio juízo, dispensam os trabalhadores, sob a forma de descadastramento do aplicativo. As empresas realizam exames psicotécnicos admissionais, convocam trabalhadores para explicarem suas faltas e dão orientações sobre o trabalho. Ou seja, se é certo que essas empresas representam nova organização do trabalho por programação, elas podem, se entenderem necessário, realizar reformas de controle do modelo antigo fordista de controle da mão de obra. Em certos casos, até uso de uniforme e baú de transporte com os símbolos da empresa são exigidos dos trabalhadores, como é o caso das empresas de motofrete.

Assim, todos os elementos da nova organização por objetivos, programação ou algoritmo estão presentes: aliança neofeudal, com concessão de aparente liberdade (autonomia na subordinação), sendo o controle realizado por meio de prêmios e punições e panóptico alargado pela avaliação dos objetivos pelos clientes da empresa.

6. O direito do trabalho e a nova forma de controle

O direito do trabalho é instrumento pelo qual há a civilização – no sentido de afastamento da barbárie – das relações sociais de trabalho, em proteção à ampla possibilidade de exploração do trabalho a partir da revolução industrial. É uma técnica de civilização da técnica.⁸⁰

A regulação do trabalho se dá com o objetivo precípuo de regulação da concorrência em patamares mínimos de garantia da dignidade da pessoa humana.

Essa regulação da concorrência ocorre em três níveis: entre nações, entre empresas e entre trabalhadores.

A regulação da concorrência entre nações é realizada pela tentativa, desde 1919, da Organização Internacional do Trabalho de incluir patamares mínimos de direitos no trabalho, para que um país não realize competição desleal em face de outro, impedindo a imposição de padrões não razoáveis de vida e trabalho. Como afirma a Constituição da Organização Internacional do Trabalho,

a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores em seus próprios territórios,

o que ameaça a paz mundial.⁸¹

Da mesma forma, as empresas concorrentes em determinado mercado devem competir com as mesmas obrigações em relação aos seus empregadores. Caso não haja a imposição de patamar obrigatório mínimo, nenhuma empresa poderá entregá-lo a seus trabalhadores,

80 SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*. Paris: Seuil, 2005.

81 OIT. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>, acesso em 20 de dezembro de 2016.

pois estará em desvantagem competitiva. Assim, vem o direito do trabalho em cada Estado regular o mercado de trabalho, para a imposição do patamar civilizatório.

O terceiro nível, pouco comentado, é o da garantia da concorrência leal entre os trabalhadores. Essa função do direito do trabalho impede que os trabalhadores concorram entre si impondo níveis cada vez mais baixos de condições de trabalho. Por isso a imperatividade de direito do trabalho: o dia que esse for disponível – e, por conseguinte, a condição de empregado – será o fim do direito do trabalho, pois a competição entre os trabalhadores levará à terra todos os direitos.

Dito isso, verificamos que o direito do trabalho como técnica de civilização da técnica deve se adaptar ao estado da arte desta última. Isto é, caso a faceta da organização da força de trabalho se modifique, deve o direito do trabalho se amoldar à nova forma em que se apresenta.

O direito do trabalho brasileiro tem instrumental para lidar com a nova técnica de exploração do trabalho. De fato, tanto no art. 2o. quanto no 3o. da Consolidação das Leis do Trabalho não há a referência a estar ‘sob ordens’, ou subordinação no sentido clássico da palavra. Os elementos encontrados na lei são ‘direção’ do trabalho e ‘dependência’, que são facilmente encontráveis no modelo de organização do trabalho por programação.

A alteração recente do parágrafo único do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, veio expressamente prever a inclusão da organização do trabalho por programação como forma de caracterização do vínculo empregatício:

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica,

aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A atuação do direito do trabalho perante esse novo tipo de trabalho é imprescindível, pois, como aconteceu na superação do fordismo pelo toyotismo, a tendência agora é que cada vez mais as empresas incorporem elementos desse novo tipo de organização do trabalho, justamente por seu potencial – e objetivo – de fuga à proteção trabalhista. O direito do trabalho só resistirá se entender que essa nova forma de organização do trabalho é a que prevalecerá em pouco tempo.

Conforme a Recomendação n ° 198 da OIT:

1. Os Membros devem formular e aplicar uma política nacional para rever em intervalos apropriados e, caso necessário, clarificando e adotando o alcance de regulamentos e leis relevantes, no sentido de garantir proteção efetiva aos trabalhadores que executam seus trabalhos no contexto de uma relação de trabalho.
2. A natureza e a extensão da proteção dada aos trabalhadores em uma relação de trabalho deve ser definida por práticas ou leis nacionais, ou ambas, tendo em conta padrões de trabalho internacional relevantes. Tais leis ou práticas, incluindo aqueles elementos pertencentes ao alcance, cobertura e responsabilidade à implementação, devem estar claros e adequados para assegurar proteção efetiva aos trabalhadores em uma relação de trabalho. (...)
4. (...) combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o

verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção;

Não pode haver forma alternativa de exploração do trabalho fora do alcance do direito do trabalho, pelo simples fato de que se essa suposta forma opcional for mais eficiente e barata para o empregador, ele a tornará obrigatória para seus trabalhadores.

Da mesma forma, se um trabalhador puder realizar a atividade de transporte de passageiros, seja por meio de aplicativo, seja individualmente, sem as mesmas restrições legais dos taxistas, por exemplo, estará em vantagem competitiva não justificada, não cumprindo o direito do trabalho sua função de regulador da concorrência em patamares mínimos de dignidade da pessoa humana.

Assim, as novas formas de organização do trabalho pretendem – como todas as ideias forjadas do neoliberalismo,⁸² em síntese, a retirada do direito do trabalho – e todos os entraves que ele coloca à livre exploração – com o fim de realizar a concorrência sistêmica de todos os trabalhadores contra todos, incutindo em suas cabeças um ‘empreendedorismo’ e uma ‘liberdade’ que só existem no discurso, mas que vão orientar suas condutas, escolhas e práticas.

A concorrência entre trabalhadores – agora levados de volta à condição de formalmente livres, como acontecia no século XIX – tem como efeito principal a redução do preço daquilo que não é mais considerado uma mercadoria, mas sim a fonte de energia que gera o negócio que o trabalhador-empREENDEDOR realiza. Livre das amarras do direito do trabalho, os trabalhadores estarão prontos para a luta

82

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo. *Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

de todos contra todos em uma corrida em que o chão é o limite.⁸³ O resultado, no caso da Uber, pode-se ver já nas revoltas que começam a ocorrer em todo o mundo com os próprios motoristas da empresa,⁸⁴ como também se percebeu em relação à empresa Loggi, que enfrentou forte manifestação de seus motofretistas.⁸⁵

Desta forma, na análise da existência da subordinação, deve ser dada ênfase não na tradicional forma de subordinação, em sua dimensão de ordens diretas, mas a verificação da existência de meios telemáticos de comando, controle e supervisão, conforme o parágrafo único do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho.

7. Decisões judiciais nos casos de aplicativos de plataforma

Até agora são poucas as ações judiciais individuais conhecidas de trabalhadores demandando reconhecimento de vínculo empregatício com empresas de plataforma.

A decisão de maior impacto até então foi exarada pela Justiça do Trabalho Inglesa em face da Uber, que reconheceu a categoria de “worker”, concedendo vários direitos da legislação, afastando a alegação de ser empresa de tecnologia, que entendeu ser falaciosa.

No Brasil, em face de aplicativos, existem algumas decisões que reconheceram e que negaram o vínculo empregatício, ainda não tendo sido firmada jurisprudência pelo pouco tempo e análise e discussão ainda incipientes. As sentenças que declararam o vínculo

83 Segundo o Barão de Itararé, “poço não tem fundo”.

84 YÁRNOZ, Carlos. Primeiro protesto de motoristas da Uber na França faz Governo mediar o conflito. **El País**. Publicado em 20 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/19/economia/1482164970_634000.html> Acesso em 21 de dezembro de 2016.

85 Cf. PASSA PALAVRA. **Luta nos aplicativos: paralisação dos motoboys da Loggi em São Paulo**. Publicado em 24 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://passapalavra.info/2017/01/110432>>. Acesso em 2 de maio de 2017..

entenderam que não se tratam de empresa de tecnologia, mas sim de transporte de passageiros, aplicando a nova forma de observação da existência de controle. Já as sentenças que negaram utilizaram em sua argumentação a dimensão clássica da subordinação, acreditando que a Uber seria mera empresa de tecnologia que faz a interligação entre clientes e profissionais.

No caso do motofrete, também há decisões em ambos os sentidos.

Pela lesão em larga escala, e a possibilidade de extensão do modelo empresarial para outras atividades econômicas, deverá haver explosão no número de ações trabalhistas, exigindo a atuação do Ministério Público do Trabalho e a análise mais ponderada da Justiça do Trabalho sobre a consequência dessas decisões, que podem levar a uma exclusão até hoje nunca vista de trabalhadores da proteção social.

7.1. Ações judiciais no âmbito do direito comparado

Em diversos países, a condição de trabalhador “autônomo” dos motoristas da empresa Uber está sendo objeto de questionamento, por autoridades administrativas e judiciais, como se verá dos itens a seguir:

7.1.1. Estados Unidos da América (EUA)

No Estado da Florida, o Departamento de Oportunidade Econômica (*Economic Opportunity Department*) classificou a relação jurídica entre o motorista Darrin Mac Gilles e a empresa Uber como sendo de emprego, para fins de concessão de auxílio-desemprego⁸⁶. Decisão

86

BHUIYAN, Johana. Florida Agency Classifies Uber Driver As Employee, Says He Is Eligible For Unemployment. **Buzz Feed News**. Disponível em: <https://www.buzzfeed.com/johanabhuiyan/florida-agency-classifies-uber-driver-as-employee-says-he-is?utm_term=.baMa97Bbk#.tiO0BMb6K>. Acesso em 6 de maio de 2017..

administrativa idêntica foi adotada em outubro de 2016 pelo Estado de Nova Iorque (*State Department of Labor*), que reconheceu a condição de empregado de ex-motoristas da Uber, admitindo seu direito ao seguro-desemprego⁸⁷.

No Estado da Califórnia, a Comissão de Trabalho (*California Labor Commission*, case no. 11-46739 EK, June 3, 2015), órgão administrativo estadual que cuida da fiscalização das relações laborais, estabeleceu entendimento de que a trabalhadora Barbara Berwick, contratada como motorista da Uber, deve ser considerada, para todos os fins legais, empregada (“employees”) e não trabalhadora autônoma (“independent contractors”)⁸⁸, tendo inclusive condenado a empresa ao pagamento de cerca de quatro mil dólares de indenização à trabalhadora por não pagamento de horas extras⁸⁹. A companhia Uber recorreu ao judiciário estadual para anular a decisão administrativa (*Superior Court of California*, Case No. CGC-15-546378), porém ainda não houve decisão neste processo até a elaboração do presente texto.

Ainda no Estado da Califórnia há ações coletivas (*class actions*) questionando a classificação dos motoristas como “independent contractors”, tanto em relação à empresa Uber como em relação à concorrente Lyft, porém em nenhum dos casos houve decisão.

Ao admitir o cabimento de uma ação (*Cotter et. ali. v. Lyft, Inc., Northern District of California*, 13-cv-04065) perante a Justiça Federal, o Juiz Vince Chhabria assim expôs a questão, em uma decisão preliminar: “à primeira vista, os motoristas do LYFT não se parecem muito com empregados. Mas tampouco esses motoristas se assemelham a trabalhadores autônomos.” Este processo foi encerrado mediante

87 MARRITZ, Ilya. Uber Drivers Are Employees, New York Agency Finds. **WNYC News**. Disponível em: <<http://www.wnyc.org/story/uber-drivers-are-employees-new-york-agency-finds/>>. Acesso em 5 de maio de 2017..

88 Wall Street Journal, 17 de junho de 2015.

89 Decisão administrativa em anexo

acordo, pelo pagamento de uma indenização de 27 milhões de dólares aos motoristas substituídos processualmente na ação, de modo que não houve pronunciamento judicial sobre a natureza jurídica da relação entre as partes⁹⁰.

O caso mais importante ajuizado nos EUA é a ação coletiva *Douglas O'Connor v. Uber Technologies, Inc.* (13-cv-03826-EMC, *Northern District of California*), também em curso na Justiça Federal. A companhia Uber chegou a apresentar uma proposta de acordo de 100 milhões de dólares, sem reconhecimento de vínculo de emprego, mas o juiz da causa se recusou a homologar a conciliação, por entender que o valor oferecido era muito inferior ao total estimado da ação, em aproximadamente cerca de 850 milhões de dólares⁹¹. Posteriormente, a Uber recorreu e obteve junto à *Court of Appeals* do Nono Circuito a suspensão liminar do processo, ao argumento de que parte dos substituídos processualmente havia firmado compromisso arbitral, pelo que a ação só poderia prosseguir em relação àqueles que não assinaram este documento. Em setembro de 2016, uma das turmas do tribunal confirmou a liminar, entendendo que o caso deve ser decidido por arbitragem.⁹² No entanto, a questão da legalidade e constitucionalidade de compromisso arbitral em questões trabalhistas está na pauta da Suprema Corte e deve ser decidida provavelmente no atual exercício. Mas com a nomeação e aprovação do Juiz Neil Gorsuch para integrar a dividida corte, as perspectivas não são boas para os trabalhadores quanto a esta questão.

No Estado de Massachussetts, há, desde 2014, uma ação coletiva em curso na Justiça Estadual (*Suffolk County Superior Court*), em

90 MASUNAGA, Samanta. Judge gives final approval of \$27-million settlement in Lyft class-action lawsuit. **Los Angeles Times**. Disponível em: <<http://www.latimes.com/business/la-fi-lyft-settlement-20170317-story.html>>. Acesso em: 4 de maio de 2017.

91 Reuters, 18 de agosto de 2016.

92 Los Angeles Times, 07 de setembro de 2016.

Boston, com base na legislação trabalhista estadual, em que se requer o reconhecimento de vínculo de emprego entre os motoristas com a Uber, ao argumento de que o enquadramento daqueles como trabalhadores autônomos (“independent contractors”) viola as normas laborais do Estado.⁹³

No Estado de Nova Iorque, por sua vez, a New York Taxi Workers Alliance ajuizou na Justiça Federal uma ação coletiva em nome dos motoristas da empresa Uber, requerendo o reconhecimento da condição de empregado e o pagamento de salário mínimo e horas extras. A associação citada, recentemente, obteve vitória na “New York State Unemployment Insurance Appeal Board”, que confirmou decisão de juiz administrativo no sentido de considerar todos os motoristas da Uber no Estado de Nova Iorque como empregados para efeito de benefícios de seguro-desemprego.⁹⁴

7.1.2. Canadá

Em janeiro de 2017, foi ajuizada na cidade de Toronto, perante a *Ontario Superior Court*, uma ação coletiva em face da empresa Uber, requerendo indenização de 200 milhões de dólares canadenses em danos punitivos, sob a alegação de que os motoristas são incorretamente classificados como autônomos, embora laborem de fato na condição de empregados.⁹⁵ A ação está na fase de certificação (isto é, admissibilidade como ação coletiva).

93 The Boston Globe, 26 de junho de 2014.

94 94 New York City Uber Drivers Sue Over Employment Status. **Fortune Magazine**. Disponível em: <<http://fortune.com/2016/06/02/uber-new-york-taxi-drivers/>>. Acesso em: 6 de maio de 2017. FARIVAR, Cyrus. **Uber drives “employees” for unemployment purposes**, NY labor board says. Disponível em: <https://arstechnica.com/tech-policy/2018/07/uber-drivers-employees-for-unemployment-purposes-ny-labor-board-says/?comments-1&post=35697535>. Acesso em 27 de julho de 2018. A decisão pode ser encontrada na íntegra em <http://www.nyctaxinews.com/Uber%20AB%20Decision-redacted.pdf>.

95 LEWIS, Michael. Proposed Ontario class-action claims Uber drivers are employees not contractors. **The Star**. Disponível em: <<https://www.thestar.com/business/2017/01/24/proposed-ontario-class-action-claims-uber-drivers->

7.1.3. Inglaterra

Em ação ajuizada por ex-motoristas, um tribunal laboral (*Central London Employment Tribunal*, case nos 2202550/2015, Mr Y Aslam; Mr. J Farrar v. Uber B.V; Uber London Ltd; Uber Britannia Ltd.) decidiu⁹⁶, em outubro de 2016, que os motoristas da empresa Uber trabalham na condição de trabalhadores (“workers”) – não de autônomos como quer a companhia –, e assim devem ter os direitos relativos a salário mínimo e jornada de trabalho respeitados pela contratante. Essa decisão foi matinda na Corte de Apelação⁹⁷.

7.1.4. Suíça

Na Suíça, o órgão que administra o seguro social de acidentes do trabalho (SUVA) decidiu que a Uber deve ser considerada empregador, para fins da legislação previdenciária, pois os motoristas trabalham como empregados⁹⁸.

7.1.5. França

Na França, o órgão que faz a gestão do sistema de benefícios da previdência social (URSSAF - *Union de Récouvrement des Cotisations de Sécurité Sociales et d'Allocations Familiales*) aplicou sanção administrativa à Uber, pela falta de recolhimento de cotas sociais,

are-employees-not-contractors.html>. Acesso em 2 de maio de 2017.

96 Decisão em anexo.

97 JOHNSTON, Chris. Uber drivers win key employment case. **BBC News**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/business-37802386>>. Acesso em 2 de maio de 2017. DAVIES, Rob. Uber loses appeal in UK employment rights case. **The Guardian**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/nov/10/uber-loses-appeal-employment-rights-workers>. Acesso em 27 de julho de 2018

98 24 HEURES. Uber doit payer des cotisations sociales. **24 heures**. Disponível em: <<http://www.24heures.ch/suisse/uber-doit-payer-cotisations-sociales/story/13753680>>. Acesso em: 5 de maio de 2017.

por entender que há vínculo de subordinação jurídica implícito entre a empresa e seus motoristas. A Uber recorreu à jurisdição administrativa (Tribunal de Assuntos de Seguridade Social), que acolheu a argumentação da empresa no sentido de que teria havido vício formal por violação ao princípio da ampla defesa, sem, contudo, haver pronunciamento quanto ao mérito da questão. Em face de recurso interposto pela URSSAF, o caso se encontra pendente de julgamento⁹⁹.

7.1.6. Espanha

Na Espanha, a Inspeção do Trabalho da Catalunha, depois de sete meses de investigação, concluiu que os motoristas da empresa Uber trabalham efetivamente na condição de empregados. O órgão aplicou sanções administrativas à empresa, inclusive porque a conduta caracterizaria evasão de contribuições previdenciárias. O auto de infração considerou que “a relação jurídica que une todos os condutores ao Uber não pode ser classificada como prestação de serviços, mas sim de relação de emprego”, pois “os elementos dos pressupostos constitutivos de dependência e *ajenidad* são próprios do contrato de trabalho”. O relatório observou também que os motoristas “são parte essencial da atividade de transporte comercial da empresa, sendo que eles carecem de qualquer tipo de organização empresarial”. Os auditores, embora reconhecendo que os motoristas desfrutam de liberdade de horário, entenderam que os trabalhadores estão sujeitos a um sistema de produtividade fixado por incentivos, que são estabelecidos de acordo com o interesse econômico da Uber. Foi considerado, também, o fato

99

ALIX, Christophe. Devant la justice, l'Urssaf perd face à Uber. **Première Manche**. Disponível em: <http://www.libération.fr/futurs/2017/03/17/devant-la-justice-l-urssaf-perd-face-a-uber_1556255>. Acesso em: 5 de maio de 2017.

da companhia ter cedido aos motoristas celulares em que apenas o aplicativo funcionava. O mesmo aconteceu com a empresa de entregas de mercadorias Deliveroo pela Inspeção do Trabalho de Barcelona, Valencia e Madrid.¹⁰⁰

7.1.7. Precedentes no direito brasileiro

No Brasil, já são conhecidas algumas decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho, tanto no sentido de reconhecer como de entender inexistente o vínculo empregatício. São colacionados como anexos ao presente trabalho alguns exemplares paradigmáticos de cada tipo de decisão.¹⁰¹

Verifica-se que a decisão-tipo que descarta a existência do vínculo empregatício ao mesmo tempo que apresenta os aplicativos como uma modernidade, apresentam uma visão estrita e antiquada dos elementos da relação de emprego. Percebe-se que esse tipo de decisão classifica a empresa gestora do aplicativo como mera intermediadora da área de tecnologia, negando sua qualidade de prestação de serviços de transporte. Entende os trabalhadores como “parceiros” que atuam junto à plataforma como trabalhadores autônomos. É sentida nesse tipo de decisão a falta de menção ao parágrafo único do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, negando eficácia ao dispositivo de forma implícita. A decisão-tipo que concede o vínculo empregatício faz o esforço de contextualizar as relações de trabalho, buscando a natureza das relações entre os trabalhadores e a empresa que faz

¹⁰⁰ GOZZER, Stefania. Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma. **El País**. Disponível em: <http://economia.elpais.com/economia/2015/06/12/actualidad/1434135569_865496.html>. Acesso em: 5 de maio de 2017; GÓMEZ, Manuel V. La inspección de Trabajo reclama a Deliveroo 1,3 millones de euros por sus falsos autónomos en Barcelona. **El País**. Disponível em: https://elpais.com/economia/2018/07/03/actualidad/1530606502_371980.html. Acesso em 27 de julho de 2018.

¹⁰¹ Decisões anexas

a intermediação por meio de aplicativo. Esse tipo de decisão busca realidade, afastando a condição de empresa de tecnologia e verificando a verdadeira natureza da atividade econômica.

Conclusão

A título de conclusão, deve-se reforçar que não pode haver forma alternativa de exploração do labor fora do alcance do direito do trabalho, de modo que a reorganização atual deve ser devidamente acompanhada e controlada, de acordo com os princípios norteadores desse ramo do direito.

Evidencia-se que a ‘economia de bico’ apareceu como um ramo novo da economia – decorrente da disseminação do uso da internet e da tecnologia de informação e que tem suas peculiaridades, mas ela não pode ser tratada como um setor econômico à parte, devendo se comportar, no geral, como as demais empresas atuantes em outros setores, sujeitando-se a todas as leis trabalhistas.

Deve-se salientar que essas empresas que usam aplicativos possuem como seu negócio o objeto em si da intermediação (transporte de passageiros, entrega de mercadorias ou qualquer outra atividade econômica que possa ser realizada por intermediação entre trabalhadores e clientes), sendo uma grande falácia o argumento de que consistem apenas em plataformas digitais, como verificou a Corte Europeia de Justiça. Nas empresas intermediadoras, tanto cliente quanto prestador são automaticamente interligados viabilizando rapidamente o negócio, não podendo escolher um ao outro. Logo, não se pode perder de vista que o termo “economia de compartilhamento” não é adequado para caracterizar tais empresas.

No que tange ao controle de massa dos trabalhadores, sabe-se que este sempre será necessário, alterando-se somente a forma. No novo regime, o controle é feito através da programação por comandos, com a direção por objetivos e estipulação de regras preordenadas e mutáveis pelo programador, incumbindo ao trabalhador a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos, a fim de realizar os objetivos assinalados pelo programa.

Nota-se que, de um lado, restitui-se ao trabalhador certa esfera de sua autonomia na realização da prestação; de outro, essa liberdade é impedida pela programação, pela só e mera existência do algoritmo: os trabalhadores não devem seguir mais ordens, mas sim “regras do programa” e estar disponíveis todo o tempo. Uma vez programados, não agem livremente, mas exprimem reações esperadas e inescapáveis. Assim, a autonomia concedida é uma “autonomia na subordinação”.

Desta forma, na análise da existência da subordinação, deve ser dada ênfase não à tradicional forma de subordinação – sua dimensão de ordens diretas – mas na verificação da existência de meios telemáticos de comando, controle e supervisão, conforme o parágrafo único do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho.

O direito do trabalho – que deve ser imperativo – também tem como objetivo garantir a concorrência leal entre os trabalhadores, impedindo que eles concorram entre si impondo níveis cada vez mais baixos de condições laborais. Se um trabalhador puder realizar a atividade de transporte de passageiros – seja por meio de aplicativo, seja individualmente – sem as mesmas restrições legais dos taxistas, por exemplo, estará em vantagem competitiva não justificada, deixando o direito do trabalho de cumprir sua função de regulador da concorrência em patamares mínimos de dignidade da pessoa humana.

Paralelamente, apesar dessa economia ter um grande potencial para trazer melhorias para os consumidores, não é admissível que a maximização dos benefícios aos clientes ocorra em detrimento das condições de trabalho daqueles que prestam serviços.

Salienta-se, ainda, que o direito do trabalho, como técnica de civilização da técnica, deve adaptar-se ao estado da arte desta última. Isto é, caso a faceta da organização da força de trabalho se modifique, deve o direito do trabalho se amoldar à nova forma em que se apresenta.

Desse modo, afirma-se que a atuação do direito do trabalho perante essas novas formas de organização – que devem prevalecer em pouco tempo – é imprescindível, pois, como aconteceu na superação do fordismo pelo toyotismo, a tendência agora é que, cada vez mais, as empresas incorporem elementos desse novo tipo de organização do trabalho, justamente por seu potencial – e objetivo – de fuga à proteção trabalhista.

De todo o exposto, em respeito à vedação do retrocesso social, conclui-se este estudo afirmando-se que as novas relações que vêm ocorrendo através das empresas de intermediação por aplicativos, apesar de peculiares, atraem a plena aplicabilidade das normas de proteção ao trabalho subordinado, autorizando o reconhecimento de vínculos empregatícios entre os trabalhadores e as empresas intermediadoras.

Reforça-se, por fim, que, diante da evidente lesão em larga escala e da possibilidade de extensão do modelo empresarial para outras atividades econômicas, exige-se a atuação do Ministério Público do Trabalho.

8. Anexos

- a) Decisão da California Labor Comission (case number 11-46739 EK, June 3, 2015).
- b) Decisão do Central London Employment Tribunal (case number 2202550/2015, Mr Y Aslam; Mr. J Farrar v. Uber B.V; Uber London Ltd; Uber Britannia Ltd.). A decisão recursal pode ser encontrada em <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b065274a0ee5a1f171/Uber_B.V._and_Others_v_Mr_Y_Aslam_and_Others_UKEAT_0056_17_DA.pdf>.
- c) Decisão do processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112, da 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.
- d) Decisão do processo nº 1001492-33-2016-502-0013, da 13ª Vara do Trabalho de São Paulo.
- e) Decisão do processo nº 0011863-62.2016.5.03.0137, da 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.
- f) Decisão do processo nº 0001995-46.2016.5.10.0111, da Vara do Trabalho do Gama-DF.
- g) Decisão do Processo nº 0100351-05.2017.5.01.0075, da 75ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro.

Referências

ALIX, Christophe. **Devant la justice, l'Urssaf perd face à Uber. Première Manche.** Disponível em: <http://www.liberation.fr/futurs/2017/03/17devant-la-justice-l-urssaf-perd-face-auber_1556255>. Acesso em 5 de maio de 2017.

ALOISI, Antonio. **Commoditized crowdworkers: Labour issues arising from a case study research on a set of online platforms in the “on-demand/gig economy.** Publicado em Julho de 2015. Disponível em: <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=391084087124086000077099107124077119041027020035083029074065029002112113093005007101106062010057062109039083001005013108084081025060001076032089086119064084011028031042053083121112068013001080111025124009010072119009030088125006003086105031071121123082&EXT=pdf>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo.** São Paulo: Bontempo, 2005.

AUGUSTE, Brian *et al.* **Common ground for independent workers.** Disponível em: <<https://medium.com/the-wtf-economy/common-ground-for-independent-workers-83f3fbcf548f>>. Acesso em 8 de janeiro de 2016.

BHUIYAN, Johana. Florida Agency Classifies Uber Driver As Employee, Says He Is Eligible For Unemployment. **Buzz Feed News.** Disponível em: <https://www.buzzfeed.com/johanabhuiyan/florida-agencyclassifies-uber-driver-as-employee-says-he-is?utm_term=.baMa97Bbk#.tiO0BMb6K>. Acesso em 6 de maio de 2017.

CHERRY, Miriam. **A taxonomy of virtual work**. Georgia Law Review, n. 951, 2011.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIES, Rob. Uber loses appeal in UK employment rights case. **The Guardian**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/nov/10/uber-loses-appeal-employment-rightsworkers>. Acesso em 27 de julho de 2018.

DE STEFANO, Valerio. **The rise of the “just-in-time workforce”: Ondemand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”**. Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

EUROFOUND. **New forms of employment**. 2015. Disponível em: <http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef14_61en.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

FARIVAR, Cyrus. **Uber drives “employees” for unemployment purposes**, NY labor board says. Publicado em 20 de julho de 2018. Disponível em: <<https://arstechnica.com/tech-policy/2018/07/uber-drivers-employees-for-unemployment-purposes-ny-labor-board-says/>>. Acesso em 27 de julho de 2018.

FLEUBI, Patricia; HORLACHER, Jonathan. **What’s the value added of the sharing economy?**. Novembro, 2015. Disponível em: <<https://www.credit-suisse.com/articles/news-and-expertise/2015/11/en/whats-the-value-added-of-the-sharing-economy.html>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir. Naissance de la prison.** Paris: Gallimard, 1987.

GÓMEZ, Manuel V. La inspección de Trabajo reclama a Deliberoo 1,3 milloones de euros por sus falsos autónomos en Barcelona. **Jornal El País.** Publicado em 3 de julho de 2018. Disponível em: <https://elpais.com/economia/2018/07/03/actualidad/1530606502_371980.html>. Acesso em 27 de julho de 2018.

GOZZER, Stefania. Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma. **Jornal El País.** Publicado em 12 de junho de 2015. Disponível em: <http://economia.elpais.com/economia/2015/06/12/actualidad/1434135569_865496.html>. Acesso em: 5 de maio de 2017.

HANNOVER MESSE. **Get ready for the connected Industry.** Disponível em: <<http://www.hannovermesse.de/en/news/key-topics/industrie-4.0/>>. Acesso em 27 de abril de 2017.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus. Uma breve história do amanhã.** São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 91.

HARRIS, Seth D.; KRUEGER, Alan B. **A proposal for modernizing labor laws for twenty-first-century work: the “independent worker”.** Dezembro, 2015. Disponível em: <http://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

HIGA, Paulo. Carros do Uber e outros apps já ultrapassam número de táxis em São Paulo. **Tecnoblog.** Disponível em: <<https://tecnoblog.net/206994/numero-carros-uber-taxi-sao-paulo/>>. Acesso em 2 de maio de 2017.

JOHNSTON, Chris. Uber drivers win key employment case. **BBC News**. Publicado em 26 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/business-37802386>>. Acesso em 2 de maio de 2017.

LEWIS, Michael. Proposed Ontario class-action claims Uber drivers are employees not contractors. **The Star**. Disponível em: <<https://www.thestar.com/business/2017/01/24/proposed-ontarioclass-action-claims-uber-drivers-are-employees-not-contractors.html>>. Acesso em 2 de Maio de 2017.

MASELLI, Ilaria; LENAERTS, Karolien; BEBLAVY, Miroslav. **Five things we need to know about the on-demand economy**. Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://www.ceps.eu/system/files/CEPS%20Essay%20No%2021%20On%20Demand%20Economy.pdf>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2016.

MASELI, Ilaria; FABO, Brian. Digital workers by design? **An example from the on-demand economy**. Disponível em: <<https://www.ceps.eu/system/files/WD414%20IM%20and%20BF%20Interior%20Designer.pdf>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

MARRITZ, Ilya. Uber Drivers Are Employees, New York Agency Finds. **WNYC News**. Disponível em: <<http://www.wnyc.org/story/uber-drivers-are-employees-new-york-agency-finds/>>. Acesso em 5 de maio de 2017.

MARTINS, D. C. **A “Uber” e o contrato de trabalho**. Disponível em: <www.oje.pt/a-uber-e-o-contrato-de-trabalho/>. Acesso em 21 de novembro de 2015.

MASUNAGA, Samanta. Judge gives final approval of \$27-million settlement in Lyft class- action lawsuit. **Los Angeles Times**.

Disponível em: <<http://www.latimes.com/business/la-fi-lyft-settlement-20170317-story.html>>. Acesso em: 4 de maio de 2017.

O'DONOVAN, Caroline. What a new class of worker could mean for the future of labor? **Buzzfeed**. Junho, 2015. Disponível em: <<http://www.buzzfeed.com/carolineodonovan/meet-the-new-worker-same-as-the-old-worker#.qkW8E5DXl>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>, acesso em 20 de dezembro de 2016.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ROSENBLAT, Alex; STARK, Luke. **Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers**.

Publicado em 5 de novembro de 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2686227>. Acesso em 29 dez. 2015.

ROGERS, Brishen. **The social costs of Uber**. Publicado em 20 de maio de 2015. Disponível em: <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=538097071083087005070097111070113005042087014021019030101082090111071111065105117064101057053127049096017010088071118065089079116091005007014031108111076031101112037078067064010007111114070123091119096114001095083124025081064121091125073097112022121&EXT=pdf>>. Acesso em 8 de janeiro de 2016.

SACHS, Benjamin. **Uber, the gig economy and labor**. Publicado em 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://onlabor.org/2015/04/16/uber-the-gig-economy-and-labor/>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

Do we need an “independent worker” category? Publicado em dezembro de 2015. Disponível em: <<http://onlabor.org/2015/12/08/do-we-need-an-independent-worker-category/>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2016.

SCHEIBER, Noam. A middle ground between contract worker and employee. Disponível em: <nyti.ms/1OTb3pj>. Acesso em 08 jan. 2016.

SCHWAB, Klaus. The fourth industrial revolution. **Davos: World Economic Forum**, 2016.

SILVA, Otávio Pinto e. O Trabalho parassubordinado. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 97, 2002.

SMITH, Rebecca; LEBERSTEIN, Sarah. **Rights on demand: Ensuring workplace and worker security in the on-demand economy**. Publicado em Setembro, 2015. Disponível em: <<http://www.nelp.org/content/uploads/Rights-On-Demand-Report.pdf>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2016.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit**. Paris: Seuil, 2005.

THE HILL. **Democrat pushes for on-demand focus in labor survey**. Fevereiro, 2016. Disponível em: <<http://thehill.com/policy/technology/267881-dem-wants-labor-survey-to-hone-in-on-on-demand-issues>>. Acesso em 12 fevereiro de 2016.

THE ILABOUR PROJECT. Is the online gig economy growing? **The iLabour Project**. Disponível em: <<http://ilabour.oii.ox.ac.uk/is-the-online-gig-economy-growing/>>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

TODOLÍ-SIGNES, Adrián. El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: **los efectos de las plataformas virtuales em el contrato de trabajo**. Publicado em março de 2015. Disponível em: <<https://repositori.upf.edu/handle/10230/26709>>. Acesso em 8 de janeiro de 2016.

UNIVERSO ONLINE. Uber anuncia que vai adicionar mais 50 mil motoristas no Brasil. **Portal Uol**. Publicado em 4 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/02/04/uber-anuncia-que-vai-adicionar-mais-50-mil-motoristas-no-brasil/>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2016.

YADRON, Danny; BOWLES, Nellie. Uber monitoring drivers in US in attempt to flag dangerous driving. **The Guardian**. Publicado em 26 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/technology/2016/jan/26/uber-monitoring-driversus-passenger-safety-houston>>. Acesso em 26 jan. 2016.

YÁRNOZ, Carlos. Primeiro protesto de motoristas do Uber na França faz Governo mediar o conflito. **El País**. Publicado em 20 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/19/economia/1482164970_634000.html>. Acesso em 21 de dezembro de 2016.

Barbara Berwick won against Uber

BEFORE THE LABOR COMMISSIONER OF THE STATE OF CALIFORNIA

CASE NO. 11-46739 EK

ORDER, DECISION OR AWARD OF THE LABOR COMMISSIONER

BARBARA ANN BERWICK, Plaintiff,

vs.

UBER TECHNOLOGIES, INC, a Delaware corporation, and

RASIER—CA LLC, a Delaware limited liability company, Defendants

BACKGROUND

Plaintiff filed an initial claim with the Labor Commissioner's office on September 16, 2014. The complaint alleges Plaintiff is owed the following:

- Wages earned and unpaid during the period from July 25, 2014 to September 15, 2014;
- Reimbursement of expenses pursuant to Labor Code § 2802;
- Liquidated damages pursuant to Labor Code § 11942; and
- Waiting time penalties for violation of Labor Code §§ 202 and 203.

A hearing was conducted in San Francisco, California, on March 10, 2015, before the undersigned hearing officer designated by the Labor Commissioner to hear this matter. Plaintiff appeared in pro per. Andrew Michael Spurchise and Dalene Bramer, Attorneys at Law,

represented Defendants. Product Manager Brian Tolkin appeared as a witness for Defendants.

Due consideration having been given to the testimony, documentary evidence, and arguments presented, the Labor Commissioner hereby adopts the following Order, Decision or Award.

FINDINGS OF FACT

Defendants Uber Technologies, Inc., a Delaware corporation, and Rasier-CA LLC, a Delaware limited liability company (collectively referred to herein as “Defendants”), employed Plaintiff as a driver under the terms of a written agreement’ in San Francisco, California, from approximately July 23, 2014, until Plaintiff resigned without advance notice on September 18, 2014.

The agreement between Defendant Rasier and Plaintiff provides, in relevant part: [Defendant] Rasier is engaged in the business of providing lead generation to the Transportation Provider comprised of requests for transportation service made by individuals using Uber Technologies, Inc.’s mobile application (“Users”).... Through its license of the mobile application..., [Defendant] Rasier provides a platform for Users to connect with independent Transportation Providers.”

You shall be entitled to accept, reject, and select among the Requests received via the Service. You shall have no obligation to [Defendant Rasier] to accept any Request. Following acceptance of a Request, however, you must perform the Request in accordance with the User’s specifications. Failure to provide promised services on an accepted Request shall constitute a material breach of this Agreement, and may subject you to damages.

You understand that for liability reasons, Users may prohibit the transport of individuals other than themselves during the performance of a Request. If you accept a Request subject to such a prohibition, you agree to allow only the User, and any individuals authorized by User inside your vehicle during performance of a Request.

You agree to faithfully and diligently devote your best efforts, skills and abilities to comply with the job parameters and User specifications relating to any Request accepted by you.

1 Plaintiff and Defendant Rasier-CA LLC were the named parties of the "Software Sublicense & Online Services Agreement."

You agree that you shall maintain a vehicle that is a model approved by the Company. Any such vehicle shall be no more than ten (10) model years old, and shall be in good operating condition. Prior to execution of this Agreement, you shall provide to the Company a description of each vehicle and a copy of the vehicle registration for each vehicle(s) you intend to use to provide service under this Agreement. You agree to notify the Company of any change in your fleet by submitting to the Company an updated description and vehicle registration for any previously unidentified vehicle to perform services under this Agreement. The purpose of this provision is to enable the Company to determine whether your equipment meets industry standards.

In exchange for accepting and fully performing on a Request, you shall be paid an agreed upon Service Fee for your completion of that Request....

You acknowledge that there is no tipping for any transportation services that you provide pursuant to the receipt of a Request.... You understand that the aim of advertising and marketing to the effect that there is no need to leave a tip is ultimately to increase the number of

Requests you receive through the Service and Software. You agree that the existence of any such advertising or marketing does not entitle you to any payment beyond the payment of Service Fees as provided in this Agreement.

The Company shall electronically remit payment of Service Fees to you consistent with Company's practices, as set forth in the Service Fee Schedule.

In the event the User cancels a Request after you arrive at the designated pick-up location or does not show after you have waited at least 10 minutes, the User is subject to a cancellation fee. The amount of the cancellation fee will be as specified in the Service Fee Schedule. Notwithstanding the foregoing, you acknowledge and agree that, in the Company's sole discretion, a User's cancellation fee may be waived, in which case you will have no entitlement to any such fee.

You shall not allow any other person, including any employee, agent, or subcontractor, to access the Service to accept transportation request using the Device or the Driver ID. You acknowledge and agree that this

Agreement only enables you, not any other person, to access the Services and Software, and to use the Device and the Driver ID to receive requests for transportation services.

Company will also issue identification and password keys (each, a "Driver ID") to the Transportation Provider to enable you to access the Service. You will ensure the security and confidentiality of each Driver ID. ONLY YOU may use the Driver ID. Sharing your Driver ID with someone else constitutes a material breach of this Agreement. ONLY YOU may use the Device to accept requests for transportation services. Allowing someone else to use the Device to accept requests for transportation services constitutes a material breach of this Agreement.

The Company's approval and authorization of a Driver may be conditioned upon terms and conditions including, without limitation, a requirement that such Driver, at his own cost and expense, undergo the Company's screening process and attend the Company's informational session regarding the use of Uber's mobile application. The Company reserves the right to withhold or revoke its approval of this Agreement, whether by default or otherwise, the Device, to which you acknowledge is and at all times will remain the property of the Company, must be returned to the Company.

Shortly after Defendants hired her (on or about July 25, 2014), Plaintiff requested that Defendants pay the money Plaintiff earned to Berwick Enterprises, a California corporation that Plaintiff created in 1988. Defendants complied and remitted all payments to Berwick Enterprises. Plaintiff claimed that while she did give Defendants sufficient information to effect remittance to Berwick Enterprises, she was actually just introducing Defendants to the entity. While Plaintiff denied she had any control over the corporation she created, according to the Secretary of State, Plaintiff is the corporate agent of Berwick Enterprises.

Product Manager Brian Tolkin testified that Defendant Uber is a technological platform, a smart phone application that private vehicle drivers ("Transportation Providers") and passengers use to facilitate private transactions. Defendant Uber provides administrative support to the two parties: the passengers and the Transportation Providers. The Transportation Provider uses the application whenever she2 wishes to notify passengers that she is available to transport them. The passenger signs on to the application and requests a ride. When the Transportation Provider accepts the request, the model of her car

and picture of the Transportation Provider appears on the passenger's device, so that the passenger can identify her ride.

Defendants argued that they do not exert any control over the hours Plaintiff worked. There is no minimum number of required trips. However, if a Transportation Provider is inactive for 180 days, the smart phone application expires and will remain inactive until the Transportation Provider applies in person or by email to reactivate it. A Transportation Provider is required to obtain a permit to carry passengers for a fee from the California Public Utilities Commission. The Transportation Provider must have liability insurance coverage in the amount of \$1,000,000.00.

Defendants provide the Transportation Provider with an iPhone, which is required to access the application. Defendants charge a refundable deposit for the phone, but if the Transportation Provider already has a compatible phone, there is no requirement that the Transportation Provider use one provided by Defendants. A Transportation Provider is not geographically restricted. She can opt to work only during "surge pricing" to maximize her earnings.

Defendants perform background and DMV checks on prospective Transportation Providers. Defendants require that the Transportation Provider submit a California Drivers License, a Social Security Number, personal address, bank information, and proof of insurance.

Defendants maintain quality control procedures for both the Transportation Provider and the passenger. Both parties are encouraged to rate each other with stars, with one star being a bad experience and five being the best experience. A Transportation Provider must maintain a star rating of 4.6 or greater. If the rating

falls below that level, Defendants will turn the application off for that Transportation Provider. The same is true for passengers.

Defendants do not reimburse Transportation Providers for expenses related to operating their personal vehicles. Plaintiff estimated she drove 132 hours per day for 49 days and paid bridge tolls in the amount of \$256.00. Defendants did not dispute Plaintiff's estimate.

On September 25, 2014, Plaintiff received a parking citation for stopping in a lane of traffic when she dropped off a passenger. The ticket and the legal fees Plaintiff Incurred equaled \$160.00. Plaintiff provided no evidence that Defendants required that Plaintiff stop in traffic to effect the drop off.

Plaintiff is claiming compensation for 470.70 hours, but Plaintiff also acknowledges that Defendants paid her for the hours she worked. Plaintiff simply objects to Defendants paying Berwick Enterprises and not her directly.

LEGAL ANALYSIS

Defendants assert that Plaintiff was an independent contractor, and, therefore, she was not entitled to recover any claimed wages or to be reimbursed for her expenses.

Labor Code § 95 authorizes the Labor Commissioner to enforce all labor laws of the state, the enforcement of which is not specifically vested in any other officer, board or commission. Where the question arises as to whether an independent contractor or employment relationship exists, there is an inference of "employment" if personal services are performed as opposed to business services. In making such

a determination, the California Supreme Court in *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989) 48 Cal. gd. 341, established the following factors- for consideration:

- Whether the person performing services is engaged in an occupation or business distinct from that of the principal;
- Whether or not the work is a part of the regular business of the principal or alleged employer;
- Whether the principal or the worker supplies the instrumentalities, tools, and the place for the person doing the work;
- The alleged employee's investment in the equipment or materials required by his or her task or his or her employment of helpers;
- Whether the service *rendered* requires a special skill;
- The kind of occupation, with reference to whether, in the locality, the work is usually done under the direction of the principal or by a specialist without supervision;
- The alleged employee's opportunity for profit or loss depending on his or her managerial skill;
- The length of time for which the services are to be performed;
- The degree of permanence of the working relationship;
- The method of payment, whether by time or by the job; and
- Whether or not the parties believe they are creating an employer-employee relationship may have some bearing on the question, but is not determinative since this is a question of law based on objective tests.

In *Yellow Cab Cooperative v. Workers Compensation Appeals Board* (1991) 2.2 Ca1App.3d 1288, the Court found that workers were employees based on circumstance very similar to those of the instant matter. The Court held: “Although some of the factors in this case can be indicative of the workers being independent contractors, the overriding factor is that the persons performing the work are not engaged in occupations or businesses distinct from that of [Defendants]. Rather, their work is the basis for [Defendants’] business. [Defendants] obtain the clients who are in need of delivery services and provides the workers who conduct the service on behalf of [Defendants]. In addition, even though there is an absence of control over the details, an employee employer relationship will be found if the [Defendants] retain pervasive control over the operation as a whole, the worker’s duties are an integral part of the operation, and the nature of the work makes detailed control unnecessary.”

Defendants argued that they exercised very little control over Plaintiff’s activities. However, the *Borello* court found that it was not necessary that a principal exercise complete control over a worker’s activities in order for that worker to be an employee. “The minimal degree of control that the employer exercised over the details of the work was not considered dispositive because the work did not require a high degree of skill and it was an integral part of the employer’s business. The employer was thus determined to be exercising all necessary control over the operation as a whole.” (*Borello*, *supra*, 48 Ca1.3 at pp. 355–360.)

By obtaining the clients in need of the service and providing the workers to conduct it, Defendants retained all necessary control over the operation as a whole. The party seeking to avoid liability has the burden of proving that persons whose services he has retained are

independent contractors rather than employees. In other words, there is presumption of employment. (Labor Code § 3357; *Borello, supra*, at pp. 349, 354.)

Ownership of the vehicle used to perform the work may be a much less important factor in industries other than transportation. Even under the traditional, *pre-Borello* common law standard, a person making pizza deliveries was held to be an employee of the pizzeria, notwithstanding the fact that the delivery person was required to provide own car and pay for gasoline and insurance. (*Toyota Motor Sales v. Superior Court* (1990) 22' Cal.App.3d 864, 876.)

"The modern tendency is to find employment when the work being done is integral part of the regular business of the employer, and when the worker, relative to employer, does not furnish an independent business or professional service." (*Borello supra*, at p. 357.) Plaintiff's work was integral to Defendants' business. Defendants are business to provide transportation services to passengers. Plaintiff did the actual transporting of those passengers. Without drivers such as Plaintiff, Defendants' business would not exist.

Defendants hold themselves out as nothing more than a neutral technologic platform, designed simply to enable drivers and passengers to transact the business transportation. The reality, however, is that Defendants are involved in every aspect of the operation. Defendants vet prospective drivers, who must provide to Defendants their personal banking and residence information, as well as their Social Security Number. Drivers cannot use Defendants' application unless they pass Defendants' background and DMV checks.

Defendants control the tools the drivers use; for example, drivers must register their cars with Defendants, and none of their cars can be more than ten years old

Defendants refer to “industry standards” with respect to drivers’ cars, however, it is unclear to what industry, other than the “taxi” industry, Defendants are referring

Defendants monitor the Transportation Drivers’ approval ratings and terminate their access to the application if the rating falls below a specific level (4.6 stars).

While Defendants *permit* their drivers to hire people, no one other than Defendants approved and registered drivers are allowed to use Defendants’ intellectual property

Drivers do not pay Defendants to use their intellectual property.

The passengers pay Defendants a set price for the trip, and Defendants, in turn, pay their drivers a non-negotiable service fee. If a passenger cancels a trip request after the driver has accepted it, and the driver has appeared at the pick-up location, the driver is not guaranteed a cancellation fee. Defendants alone have the discretion to negotiate this fee with the passenger. Defendants discourage drivers from accepting tips because it would be counterproductive to Defendants’ advertising and marketing strategy.

Plaintiff’s car and her labor were her only assets. Plaintiff’s work did not entail any “managerial” skills that could affect profit or loss. Aside from her car, Plaintiff had no investment in the business. Defendants provided the iPhone application, which was essential to the work. But for Defendants’ intellectual property, Plaintiff would not have been able to perform the work.

In light of the above, Plaintiff was Defendants' employee. Therefore, the Labor Commissioner has jurisdiction to adjudicate the instant matter.

• Labor Code § 2802 requires an employer to indemnify an employee for all that the employee necessarily expends in the discharge of the employee's duties. Use of the Internal Revenue Service mileage allowance will satisfy the expenses incurred in use of an employee's car in the absence of evidence to the contrary. Plaintiff asserted without dispute that she drove 6,468 miles payable at the 2014 IRS mileage rate of \$0.56 per mile (\$3,622.08). Plaintiff also incurred toll charges in the amount of \$256.00. Plaintiff did not establish that she incurred cell phone or parking violation tickets at the behest of Defendants. Defendants shall, therefore, reimburse Plaintiffs expenses in the amount of \$3,878.08.

Labor Code § 2802(b), provides that all awards granted pursuant to this hearing shall accrue interest on all due and unpaid expenses, from the date that said expenses became due until they are paid. Therefore, Plaintiff is entitled to \$274.12 in interest accrued to date on the unpaid balance of expenses.

- Plaintiff claims unpaid wages and liquidated damages for 470.70 hours worked Defendants' business was subject to the requirements of the State industrial Welfare Commission Order 9-2001 and Labor Code § 510, which require the following:
- Payment of the regular hourly pay rate for all hours worked during a workday or workweek;
- Payment of overtime (one and one-half times the regular hourly rate) for hours worked in excess of eight hours per day

or 40 hours per week or the first eight hours of the seventh consecutive workday of the workweek; and

- Payment of double the regular hourly rate for hours worked in excess of twelve hours per workday or eight hours on the seventh consecutive workday of the workweek.

“[W]here the employer’s records are inaccurate or inadequate and the employee cannot offer convincing substitutes a... difficult problem arises. The solution, however, not to penalize the employee by denying him any recovery on the ground that he is unable to prove the precise extent of uncompensated work. Such a result would place a premium on an employer’s failure to keep proper records in conformity with his statutory duty; would allow the employer to keep the benefits of an employee’s labors without paying due compensation.... In such a situation we hold that an employee has carried out his burden if he proves that he has in fact performed work for which he was improperly compensated and if he produces sufficient evidence to show the amount and extent of that work as a matter of just and reasonable inference. The burden then shifts to the employer to come forward with evidence of the precise amount of work performed or with evidence to negative the reasonableness of the inference to be drawn from the employee’s evidence. If the employer fails to produce such evidence, the court may then award damages to the employee, even though the result be only approximate.” (*Hernandez v. Mendoza*, 199 Cal App. 3d 721, 727.)

Plaintiff does not dispute that Defendants paid her. While Defendants did not provide any payment information, Plaintiff refused to provide any record of payment arguing that she did not have access to the information because her corporation retained it. Plaintiff, as

the party asserting the affirmative, has the burden of proof including the initial burden of going forward and the burden of persuasion by a preponderance of the evidence. Plaintiff has presented no evidence of sufficient substantiality to support his claim for additional wages or minimum wage. Therefore, Plaintiff's claim for wages liquidated damages pursuant to Labor Code § 11942, and penalties pursuant to Labor Code § 203 is dismissed.

CONCLUSION

For all of the reasons set forth above, IT IS HEREBY ORDERED that Defendants pay Plaintiff the sum of \$4,152.20, calculated as follows:

1. \$3,878.08 in reimbursable expenses pursuant to Labor Code § 2802; and
2. \$274.12 in interest pursuant to Labor Code § 2802(b).

Dated: June 3, 2015

Stephanie Barrett, Hearing Officer



Case Nos: 2202550/2015
& Others

EMPLOYMENT TRIBUNALS

BETWEEN

Claimants

and

Respondents

(1) Mr Y Aslam
(2) Mr J Farrar
& Others

(1) Uber B.V.
(2) Uber London Ltd
(3) Uber Britannia Ltd

REASONS FOR THE RESERVED JUDGMENT ON PRELIMINARY HEARING SENT TO THE PARTIES ON 28 OCTOBER 2016

Introduction

1 Uber is a modern business phenomenon. It was founded in the United States in 2009 and its smartphone app, the essential tool through which the enterprise operates ('the App'), was released the following year. On 2 February 2016 its Chief Executive, Mr Travis Kalanick, posted this on the Uber website:

Uber began life as a black car service for 100 friends in San Francisco - everyone's private driver.¹ Today we're a transportation network spanning 400 cities in 68 countries that delivers food and packages, as well as people, all at the push of a button. And ... we've gone from a luxury, to an affordable luxury, to an everyday transportation option for millions of people.

There are now about 30,000 Uber drivers operating in the London area and 40,000 in the UK as a whole. The organisation has some two million passengers registered to use its services in London.

2 The Claimants in these consolidated proceedings are current or former Uber drivers.

3 The First Respondents ('UBV') are a Dutch corporation with headquarters in Amsterdam and the parent company of the Second and Third Respondents. They hold the legal rights to the App.

4 The Second Respondents ('ULL') are a UK company which, since May 2012, has held a Private Hire Vehicle ('PHV') Operator's Licence for London. Their functions include making provision for the invitation and acceptance of private hire vehicle bookings and accepting such bookings.

¹ It seems that the Uber organisation has registered intellectual property rights in the slogan.

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

5 The Third Respondents ('UBL') hold and/or manage PHV Operator's Licences issued by various district councils outside London. Because, as we will explain, our attention has focussed on London-based drivers, UBL do not feature further in these reasons.

6 We will refer to UBV and ULL by name where appropriate. At certain points it will be more convenient to refer simply to 'Uber', usually because it is unnecessary to identify the applicable company or because we are speaking about the entire organisation or brand.

7 The Claimants bring claims under the Employment Rights Act 1996 ('ERA'), Part II, read with the National Minimum Wage Act 1998 ('NMWA') and associated Regulations, for failure to pay the minimum wage, and the Working Time Regulations 1998 ('WTR'), for failure to provide paid leave. Two, who include Mr Yaseen Aslam, also complain under ERA, Parts IVA and V, of detrimental treatment on 'whistle-blowing' grounds.

8 In their amended response form the Respondents deny that the Claimants were at any material time 'workers' entitled to the protection of the legislation on which they rely and, in addition, plead jurisdictional defences based on applicable law and forum points.

9 At a case management hearing held on 18 December 2015 the Tribunal listed a public preliminary hearing to determine the status and jurisdiction issues and certain other matters. That preliminary hearing came before us² on 19 July this year. Mr Thomas Linden QC, instructed by Ms Annie Powell, appeared for the Claimants and Mr David Reade QC, instructed by Mr Adam Hartley, for the Respondents. We are most grateful for the care and skill with which the cases on both sides were prepared and presented.

10 By agreement, two 'test Claimants' were selected for the preliminary hearing, Mr Aslam (already mentioned) and Mr James Farrar. We heard evidence from both and, on behalf of the Respondents, Ms Joanna Bertram, Uber's Regional General Manager for the UK, Ireland & the Nordic Countries. We were also taken to numerous documents in the five-volume bundle.

11 Following an initial reading day, oral evidence occupied days two and three. We did not sit on day four, allowing leading counsel that time for preparation of closing submissions. Reading those submissions and hearing supplementary oral argument accounted for day five. Our private deliberations in chambers occupied day six and one further day, 12 October.

The Issues

12 The parties helpfully agreed a list of issues but for present purposes it is sufficient to borrow from this summary in Mr Linden's closing submissions:

8. ... The core issue remains as to whether the Cs are "workers" for the

² It was agreed at the case management hearing that the preliminary hearing should be before a full panel.

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

purposes of the various definitions under the domestic legislation. There are also conflict of laws issues, but these have narrowed substantially:

- a. Uber now accepts that the Tribunal has jurisdiction in respect of all of the Rs i.e. that it is competent (in the international jurisdiction sense) to adjudicate the claims against all of the Rs including UBV;
 - b. They also accept that the WTR apply to the Cs *provided they are workers as defined*;
 - c. They also accept that the ERA and the NMWA would apply to any claim against ULL provided they are workers;
 - d. But they say that the ERA and NMWA do not apply to any contract with UBV – Dutch law applies, such that the Cs do not have any protection under UK employment protection legislation.
9. If the Cs are “workers”, the Tribunal is then asked to determine, in principle, what counts as work and/or working time for the purposes of the WTR and the national minimum wage legislation.

The Facts

The Uber ‘product range’

13 Uber markets a variety of ‘products’. These reflect, largely, the range of services which passengers may wish to receive. Ms Bertram summarised them in her witness statement as follows:

- 16.1 UberX (including uberPOOL) is the most popular Product on the Uber platform for both Drivers and Passengers, and has a lower cost for Passengers than the other Products;
- 16.2 UberXL is a product for larger vehicles that have a capacity for at least six Passengers;
- 16.3 UberEXEC and UberLUX are more premium Products than UberX. The minimum fares applicable to these products are also higher. The vehicles that are able to drive on these Products are of a higher specification and provide a more luxurious service to Passengers;
- 16.4 UberTAXI are London black taxis that are signed up to use the Uber platform;
- 16.5 UberWAV is a product for vehicles that are able to provide wheelchair access to Passengers.

14 The vast majority of drivers are in the UberX category. The ‘products’ are differentiated not only by the quality and/or size of the vehicles but also by the ratings of the drivers. We will deal with the subject of ratings below. It is sufficient for present purposes to say that a higher rating is required to deliver the ‘EXEC’ and ‘LUX’ services than for UberX work. To deliver the UberWAV ‘product’ a driver must have undergone special training from an organisation called Transport for All.

‘Taking an Uber’ – summary

15 The Uber system works in this way. Fare-paying passengers must be aged 18 or over. They register by providing certain personal information including credit or debit card details. They can then book a trip by downloading the App on to their smartphones and logging on. They are not obliged to state their destination when booking but generally do so.³ They may, if they request, receive a fare estimate.

³ Presumably they must state where the proposed trip is to start from

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

Once a passenger request has been received, ULL locates from the pool of available drivers the one estimated by their equipment, which tracks drivers' movements, to be closest to the passenger and informs him⁴ (via his smartphone) of the request. At this stage the driver is told the passenger's first name and his/her rating. He then has 10 seconds in which to accept the trip. If he does not respond within that time he is assumed to be unavailable and another driver is located. Once a driver accepts, ULL confirms the booking to the passenger and allocates the trip to the driver. At this point the driver and passenger are put into direct telephone contact through the App, but this is done in such a way that neither has access to the telephone number of the other. The purpose is to enable them to communicate, for example to agree the precise location for pick-up, to advise of problems such as traffic delay and so forth. Drivers are strongly discouraged from asking passengers for the destination before pick-up.

16 The driver is not made aware of the destination until he has collected the passenger.⁵ The App incorporates software linked to satellite navigation technology, providing detailed directions to the destination. The driver is not bound to follow the route proposed and will not do so if the passenger stipulates a different route. But an unbidden departure from the App route may have adverse consequences for the driver (see below).

17 On arrival at the destination, the driver presses or swipes the 'Complete Trip' button on his smartphone. Assuming he remains logged on to the App, he is then eligible to be allocated further trips.

Payment

18 At the end of any trip, the fare is calculated by the Uber servers, based on GPS data from the driver's smartphone. The calculation takes account of time spent and distance covered. In 'surge' areas, where supply and demand are not in harmony, a multiplier is applied to fares resulting in a charge above the standard level.

19 Strictly speaking, the figure stipulated by Uber is a recommended fare only and it is open to drivers to agree lesser (but not greater) sums with passengers. But this practice is not encouraged and if a lower fare is agreed by the driver, UBV remains entitled to its 'Service Fee' (see below) calculated on the basis of the recommended amount.

20 The passenger pays the fare in full to UBV, by credit or debit card, and receives a receipt by email. Separately, UBV generates paperwork which has the appearance of being an invoice addressed to the passenger by the driver. The 'invoice' document does not show the full name or contact details of the passenger, just his or her first name. Nor is it sent to the passenger. He or she would no doubt be vexed to receive it, having already paid the fare in full to Uber and received a receipt. The relevant driver has access to it electronically through the App. It serves as a record of the trip undertaken and the fare charged, but

⁴ It seems that most Uber drivers are male. We use the masculine for the sake of brevity only.

⁵ He learns it from the passenger directly or, where the passenger has stated the destination to Uber, from the App, when he presses the 'Start Trip' button.

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

does not fulfil the ordinary function of an invoice, namely to present a formal request for payment to a customer.

21 UBV renders payment to drivers weekly. It characterises this activity as paying the drivers the fares which they have earned, less a 'Service Fee' in respect of the use of the App. On the standard 'product' the 'fee' is now 25% of the fare. The percentage has increased: Mr Farrar and Mr Aslam joined the organisation at a time when the standard charge was set at 20% and the higher figure was never applied to them.

22 The Respondents' position before us was that drivers are perfectly at liberty to accept tips from passengers. We have, however, been shown documents which evidence their disapproval of drivers soliciting tips.

23 On occasions passengers complain that they have been overcharged. They may, for example, assert that a driver has followed an inefficient route, causing the fare to be needlessly inflated. If this happens, the matter is considered by ULL and a decision taken whether to compensate the passenger. In his witness statement (paras 185-198), Mr Farrar explained that on several occasions Uber made deductions from his account without prior reference to him. Being astute to check his records, he picked up the discrepancies and queried them. Typically, the explanation was that ULL had agreed a partial refund of the fare with the passenger, resulting in a re-calculation of Mr Farrar's payment. Sometimes he anticipated a deduction (for example, on becoming aware of a refund agreed between ULL and the passenger) but no deduction was ultimately made. It seems that all challenges raised by Mr Farrar resulted either in reassurance that his pay was unaffected or in an adjudication in his favour, reversing a deduction. Two points in particular emerge clearly from the evidence. First, refunds are handled and decided upon by ULL, sometimes without even referring the matter to the driver concerned. Secondly, the organisation in practice accepts that, where it is necessary, or at least politic, to grant the passenger a refund – say because a journey took much longer than anticipated – but there is no proper ground for holding the driver at fault, it must bear the loss.

24 Where a passenger cancels a trip more than five minutes after it has been accepted by a driver, a £5 cancellation fee is payable. That fee is deemed a fare, and accordingly UBV takes its customary percentage.

25 One other category of payment from Uber to drivers is, we were told, no longer applicable. New drivers were entitled under certain schemes to guaranteed incomes for specified periods. Ms Bertram did not suggest that the fact that the organisation no longer feels a need to resort to incentives of this sort was indicative of any change in its relationship with drivers.

26 From time to time, Uber rides are procured by fraud. The passenger masquerades as someone else, having 'stolen' that person's identity. When the deception comes to light, the innocent third party is, necessarily, compensated for whatever has been deducted against his/her credit/debit card. The question then arises as to who is to bear the cost of the fraud. Uber's general practice is to accept the loss and not to seek to pass it on to the driver, at least where, as Ms Bertram put it, Uber's systems have failed. Some correspondence shown to us

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

suggests that the organisation may take a harder line if it considers that a driver has failed to react to evidence pointing to fraud.

27 The Respondents will, in some circumstances, pay drivers the cost, or a contribution towards the cost, of cleaning vehicles soiled by passengers. It was not suggested that such payments were conditional upon Uber receiving a corresponding sum (or any sum) from the passenger.

Terms between Uber and the passenger

28 Passengers logging on to the App are required to signal their acceptance of Uber's terms. The UK 'Rider Terms', updated on 16 June 2016, were shown to us. We assume that the document which they replaced was similar. Part 1 is entitled "Booking Services Terms". Para 3 includes this:

Uber UK⁶ accepts PHV Bookings acting as disclosed agent for the Transportation Provider⁷ (as principal). Such acceptance by Uber UK as agent for the Transportation Provider gives rise to a contract for the provision to you of transportation services between you and the Transportation Provider (the "Transportation Contract"). For the avoidance of doubt: Uber UK does not itself provide transportation services and is not a Transportation Provider. Uber UK acts as intermediary between you and the Transportation Provider. You acknowledge and agree that the provision to you of transportation services by the Transportation Provider is pursuant to the Transportation Contract and that Uber UK accepts your booking as agent for the Transportation Provider, but is not a party to that contract.

Para 4 lists the "Booking Services" provided to the passenger by ULL (strictly as agent for the "Transportation Provider") as follows:

1. The acceptance of PHV Bookings in accordance with paragraph 3 above, but without prejudice to Uber UK's rights at its sole and absolute discretion to decline any PHV Booking you seek to make;
2. Allocating each accepted PHV Booking to a Transportation Provider via such means as Uber UK may choose;
3. Keeping a record of each accepted PHV Booking;
4. Remotely monitoring ... the performance of the PHV Booking by the Transportation Provider;
5. Receipt of and dealing with feedback, questions and complaints relating to PHV Bookings ... You are encouraged to provide your feedback if any of the transportation services provided by the Transportation Provider do not conform to your expectations; and
6. Managing any lost property queries relating to PHV Bookings.

Para 5 is entitled "Payment". It states:

The Booking Services are provided by Uber UK to you free of charge. Uber UK reserves the right to introduce a fee for the provision of the Booking Services. If Uber UK decides to introduce such a fee, it will inform you accordingly and allow you to either continue or terminate your access to the Booking Services through the Uber App at your option.

Under the rubric "Applicable Law", para 7 reads:

⁶ As defined – for these purposes, ULL

⁷ Defined elsewhere as "the provider to you of transportation services, including any drivers licensed to carry out private hire bookings ..."

Case Nos: 2202550/2015
& Others

The Booking Services and the Booking Service Terms set out in this Part 1, and all non-contractual obligations arising in any way whatsoever out of or in connection with the Booking Service Terms shall be governed by, construed and take effect in accordance with the laws of England and Wales.

Any dispute, claim or matter of difference arising out of or relating to the Booking Services or Booking Service Terms is subject to the exclusive jurisdiction of the courts of England and Wales.

29 Part 2 of the Rider Terms sets out detailed provisions purporting to govern the conditions on which the passenger is given access to the App. They avowedly characterise a contractual relationship between the passenger and UBV and are declared to be exclusively governed by the laws of the Netherlands. Para 2 includes these passages:

The Services⁸ constitute a technology platform that enables users ... to pre-book and schedule transportation, logistics, delivery and/or vendors services with independent third-party providers ... (including Transportation Providers as defined in Part 1) ... YOU ACKNOWLEDGE THAT UBER⁹ DOES NOT PROVIDE TRANSPORTATION, LOGISTICS, DELIVERY OR VENDORS SERVICES OR FUNCTION AS A TRANSPORTATION PROVIDER OR CARRIER AND THAT ALL SUCH TRANSPORTATION, LOGISTICS, DELIVERY AND VENDORS SERVICES ARE PROVIDED BY INDEPENDENT THIRD PARTY CONTRACTORS WHO ARE NOT EMPLOYED BY UBER OR ANY OF ITS AFFILIATES.

30 Para 4, entitled "Payment", includes the following:

You understand that use of the Services may result in charges to you for the services or goods you receive from a Third Party Provider ("Charges"). After you have received services or goods obtained through your use of the Services, Uber will facilitate your payment of the applicable Charges on behalf of the Third Party Provider as disclosed collection agent for the Third Party Provider (as Principal) ...

As between you and Uber, Uber reserves the right to establish, remove and/or revise Charges for any or all services or goods obtained through the use of the Services at any time in Uber's sole discretion ...

This payment structure is intended to fully compensate the Third Party Provider for the services or goods provided. Except [not applicable], Uber does not designate any portion of your payment as a tip or gratuity to the Third Party Provider. Any representation by Uber ... To the effect that tipping is "voluntary," "not required," and/or "included" in the payments you make for services ... is not intended to suggest that Uber provides any additional amounts, beyond those described above, to the Third Party Provider.

31 Para 5 contains a lengthy disclaimer in respect of the use of the "Services" and an even longer clause purporting to exclude or limit UBV's liability for any loss or damage suffered by the passenger as a result of his or her use of the "Services".

Terms between Uber and the driver

32 The terms purporting to govern the relationships between Uber and the

⁸ Essentially, use of the App

⁹ Defined as UBV

Case Nos: 2202550/2015
& Others

drivers were initially contained in a document dated 1 July 2013, entitled "Partner Terms". It begins with, among others, these definitions:

"Customer" means a person who has signed up and is registered with Uber for the use of the App and/or the Service.

"Driver" means the person who is an employee or business partner of, or otherwise retained by the Partner and who shall render the Driving Service of whom the relevant ... details are provided to Uber.

"Driving Service" means the driving transportation service as provided, made available or rendered ... by the Partner (through the Driver (as applicable) with the Vehicle) upon request of the Customer.

"Partner" means the party having sole responsibility for the Driving Service ...

"Service" means the on-demand, intermediary service through the App ... by or on behalf of Uber ...

"Uber" means Uber B.V. ...

"Vehicle" means any motorized vehicle ... that is in safe and clean condition and fit for passenger transportation as required by applicable laws and regulations and that has been approved by Uber for the provision of the Driving Service.

33 Under "Scope", para 2.1.1 declares:

The Partner acknowledges and agrees that Uber does not provide any transportation services and that Uber is not a transportation or passenger carrier. Uber offers information and a tool to connect Customers seeking Driving Services to Drivers who can provide the Driving Service, and it does not and does not intend to provide transportation or act in any way as a transportation or passenger carrier. Uber has no responsibility or liability for any driving or transportation services provided by the Partner or the Drivers ... The Partner and/or the Drivers will be solely responsible for any and all liability which results or is alleged to be as a result of the operation of the Vehicle(s) and/or the driving or transportation service ... Partner agrees to indemnify, defend and hold Uber harmless from any (potential) claims or (potential) damages incurred by any third party, including the Customer or the Driver, raised on account of the provision of the Driving Service. By providing the Driving Service to the Customer, the Partner accepts, agrees and acknowledges that a direct legal relationship is created and assumed solely between the Partner and the Customer. Uber shall not be responsible or liable for the actions, omissions and behaviour of the Customer or in relation to the Partner, the Driver and the Vehicle. The Drivers are solely responsible for taking reasonable and appropriate precautions in relation to any third party with which they interact in connection with the Driving Service. Where this allocation of the Parties' mutual responsibilities may be ineffective under applicable law, the Partner undertakes to indemnify, defend and hold Uber harmless from and against any claims that may be brought against Uber in relation to the Partner's provision of the Driving Service under such applicable law.

Para 2.2.1 includes:

Notwithstanding the Partner's right, if applicable, to take recourse against the Driver, the Partner acknowledges and agrees that he is at all times responsible and liable for the acts and omissions of the Driver(s) vis-à-vis the Customer and Uber, even where such vicarious liability may not be mandated under applicable law. ... The Partner acknowledges and agrees that he will retain and, where necessary exercise, sole control over the Driver and comply with all applicable laws and regulations ... governing or otherwise applicable to his relationship with the Driver. Uber does not and does not intend to exercise any control over the driver - except as provided under the [Partner] Agreement and nothing in the [Partner] Agreement shall create an employment relationship between Uber and the Partner and/or the Driver or create either of them an agent of Uber. ... Where, by implication of mandatory law or otherwise, the Driver and/or the Partner may be deemed an agent, employee or representative of Uber, the Partner undertakes and agrees to indemnify, defend and

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

hold Uber harmless from and against any claims by any person or entity based on such implied employment or agency relationship.

34 It is common ground that the vast majority of Uber drivers were and are sole operators such as Mr Aslam and Mr Farrar. Nonetheless, for the purposes of the Partner Terms, they provided "Driving Services" through their "Drivers" (*ie* in the ordinary case, themselves) to the "Customers".

35 A number of other features of the Partner Terms are worthy of note. By para 4.3.4 Partners were required to "support Uber in all communications", actively engage other Partners or Drivers if requested to do so and refrain from speaking negatively about Uber's business and business concept in public. Several provisions in para 9 imposed mutual duties of confidentiality. Deemed representations of Partners and Drivers under para 6 went well beyond the scope of standard regulatory requirements (concerning, for example, qualifications and fitness to perform driving duties). By para 6.1.1 the Partner represented (*inter alia*):

(vii) the Driver and the Vehicle comply at all times with the quality standards set by Uber ...

Para 9.4 required the Partner and Driver to agree to constant monitoring by Uber and to Uber's retention of data so generated. Uber reserved wide powers to amend the Partner Terms unilaterally (see paras 1.1.2 and 5.3). By para 8.1, the Agreement was declared to terminate automatically,

... when the Partner and/or its drivers no longer qualifies, under the applicable law or the quality standards of Uber, to provide the Driving Service or to operate the Vehicle.

And by para 8.2(a) either party was entitled to terminate without notice in any case of a material breach of the Agreement, which might take the form of:

... (e.g. breach of representations ... or receipt of a significant number of Customer complaints) ...

The Partner Terms made provision for Uber to recover fares on behalf of Drivers and deduct 'Commission', calculated as a percentage of the fare in each case (para 5.2). The Agreement was declared to be governed by the law of the Netherlands and, unless otherwise resolved, any dispute was to be referred to arbitration under the International Chamber of Commerce Arbitration Rules (para 11).

36 In October 2015, Uber issued revised terms ('the New Terms') to drivers.¹⁰ They were not the subject of any consultation or discussion. They were simply communicated to drivers via the App and the drivers had to accept them before going online and becoming eligible for further driving work.

37 The New Terms are contained in a document which begins:

¹⁰ All current drivers are subject to the New Terms. Mr Aslam and one other Claimant ceased to be Uber drivers before October 2015 and so were subject to the Partner Terms throughout.

Case Nos: 2202550/2015
& Others

This Services Agreement between an independent company in the business of providing Transportation Services ... ("Customer") and Uber BV ...

It continues:

Uber provides the Uber Services (as defined below) for the purpose of providing lead generation to Transportation Services providers. ...

...

Customer acknowledges and agrees that Uber is a technology services provider that does not provide Transportation Services, function as a transportation carrier or agent for the transportation of passengers (sic).

Although the terminology has undergone a striking transformation (in addition to the 'Partner' losing his or her definite article and becoming 'Customer', the 'Customer' has become the 'User', and 'Commission' has become 'Service Fee'), much of the substance of the Partner Terms is reproduced in the New Terms (albeit in modified language), including the key provisions which we have quoted above. But there are some entirely new stipulations. A few examples will suffice. In para 2.4, it is declared that:

Uber and its Affiliates ... [i.e ULL] do not, and shall not be deemed to,¹¹ direct or control Customer or its Drivers generally or in their performance under this Agreement specifically including in connection with the operation of Customer's business, the provision of Transportation Services, the acts or omissions of Drivers, or the operation and maintenance of any Vehicles.

In the same para the right of "Customer and its Drivers" to cancel an accepted trip is declared to be:

... subject to Uber's then-current cancellation policies.

Para 2.5 is entitled "Customer's relationship with Drivers". Apparently in order to defeat any challenge based on privity,¹² and no doubt for other reasons, it includes this:

Customer acknowledges and agrees that it is at all times responsible and liable for the acts and omissions of its Drivers vis-à-vis Users and Uber, even where such liability may not be mandated under applicable law. Customer shall require each Driver to enter into a Driver Addendum (as may be updated from time to time) and shall provide a copy of each executed Driver Addendum to Uber. Customer acknowledges and agrees that Uber is a third party beneficiary to each Driver Addendum, and that, upon a Driver's execution of the Driver Addendum (electronically or otherwise), Uber will have the irrevocable right (and will be deemed to have accepted the right unless it is rejected promptly after receipt of a copy of the executed Driver Addendum) to enforce the Driver Addendum against the Driver as a third party beneficiary thereof.

Para 2.6 is concerned with ratings. Para 2.6.2 includes:

¹¹ Our emphasis: the deeming provision is new and the implicit admission of control to the extent provided for under the terms of the Partner Agreement (para 2.2.1, quoted above) has gone.

¹² Of course, in all but a tiny minority of cases, 'Customer' and 'the Driver' are one and the same individual and no question of privity arises.

Case Nos: 2202550/2015
& Others

Customer acknowledges that Uber desires that Users have access to high-quality services via Uber's mobile application. In order to continue to receive access to the Driver App and the Uber Services, each Driver must maintain an average rating by Users that exceeds the minimum average acceptable rating established by Uber for the Territory, as may be updated from time to time by Uber in its sole discretion ("*Minimum Average Rating*"). In the event a Driver's average rating falls below the Minimum Average Rating, Uber will notify Customer and may provide the Driver in Uber's discretion, a limited period of time to raise his or her average rating ... if such Driver does not increase his or her average rating above the Minimum Average Rating within the time period allowed (if any), Uber reserves the right to deactivate such Driver's access to the Driver App and the Uber Services. Additionally, Customer acknowledges and agrees that repeated failure by a Driver to accommodate User requests for Transportation Services while such Driver is logged in to the Driver App creates a negative experience for Users of Uber's mobile application. Accordingly, Customer agrees and shall ensure that if a Driver does not wish to provide Transportation Services for a period of time, such Driver will log off of (sic) the Driver App.

38 The Driver Addendum begins thus:

This Driver Addendum Services Agreement ("*Addendum*") constitutes a legal agreement between an independent company in the business of providing Transportation Services (as defined below) ("*Transportation Company*") and an independent, for-hire transportation provider ("*Driver*").

Driver currently maintains a contractual or employment arrangement with Transportation Company to perform passenger carriage services for Transportation Company.

Transportation Company and Uber B.V. ("*Uber*") have separately entered into a Services Agreement ("*Agreement*") in order for Transportation Company to access the Uber Services ...

In addition to the Transportation Services it (sic) regularly performs pursuant to his or her contractual arrangements with Transportation Company, Driver is interested in receiving lead generation and related services through the Uber Services. Transportation Company and Driver desire to enter into this Addendum to define the terms and conditions under which Driver may receive such lead generation and related services.

In order to use the Uber Services, Driver and Transportation Company must agree to the terms and conditions that are set forth below. Upon Driver's execution (electronic or otherwise) of this Addendum, Driver and Transportation Company shall be bound by the terms and conditions set forth herein.

The document proceeds to set out terms which largely mirror those contained in the New Terms, adopting the same terminology (save that 'Customer' has become 'Transportation Company'). Clause 2.3, entitled "Driver's Relationship with Uber", includes the following passages:

Uber and its Affiliates in the Territory do not, and shall not be deemed to, direct or control Driver generally or in Driver's performance of Transportation Services or maintenance of any Vehicles. Driver acknowledges that neither Uber nor any of its Affiliates in the Territory controls, or purports to control: (a) when or for how long Driver will utilise the Driver App for the Uber Services; or (b) Driver's decision ... to decline or ignore a User's request for Transportation Services, or to cancel an accepted request ... for Transportation Services ... subject to Uber's then-current

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

cancellation policies. Driver may be deactivated or otherwise restricted from accessing or using the Driver App or the Uber Services in the event of a violation of this Addendum or Transportation Company's violation of the Agreement or Driver's or Transportation Company's disparagement of Uber or any of its Affiliates, or Driver's or Transportation Company's act or omission that causes harm to Uber's or any of its Affiliates' brand, reputation or business as determined by Uber in its sole discretion. Uber also retains the right to deactivate or otherwise restrict Driver from accessing or using the Driver App or the Uber Services for any other reason at the sole and reasonable discretion of Uber. Additionally, Driver acknowledges Uber's rights in the UBER family of trademarks and names, including UBER ... the UBER Logo and EVERYONE'S PRIVATE DRIVER ...

Personal performance

39 Under the Partner Terms, the New Terms and the Driver Addendum, access to the App was and is personal to the 'Partner'/Customer' and (if not the same person) the driver. The right to use the App was and is non-transferable. Drivers are not permitted to share accounts. Nor may they share their Driver IDs, which are used to log on to the App.¹³ There is no question of any driver being replaced by a substitute.

Driver recruitment or 'onboarding'?

40 Those interested in becoming Uber drivers can sign up online. In order to be admitted to the cohort, they must attend a specified location, produce certain documents and undergo a form of induction. The Uber word for this process is 'onboarding'. Ms Bertram appeared to suggest in evidence that there was no requirement for personal attendance by the putative driver. If that was her suggestion we reject it. She also denied that, in so far as drivers attend to produce their documents and receive relevant information, they undergo any form of interview. But an email of 15 March 2015 sent from an Uber email address urged an applicant to:

Book an interview slot NOW!

Ms Bertram was also clear that there was no form of assessment of would-be drivers, but she accepted that anyone unable to communicate adequately in English would be excluded. She also appeared to accept that a person exhibiting signs of a mental health problem might have to be referred to Transport for London. We accept the general tenor of her evidence that Uber does not subject applicant drivers to close scrutiny. That said, they must present themselves and their documents personally and they are, we find, subjected to what amounts to an interview, albeit not a searching one.

41 The documents to be produced (originals) comprise a national insurance certificate, a drivers licence (both forms), a Public Carriage Office licence, a PHV licence, a logbook, a current MOT certificate and a valid insurance certificate.

42 Besides attending to produce documents, applicants are required to view a video presentation which explains the App and how it works and certain Uber

¹³ See e.g. Driver Addendum, clause 2.1

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

cancellation policies. Driver may be deactivated or otherwise restricted from accessing or using the Driver App or the Uber Services in the event of a violation of this Addendum or Transportation Company's violation of the Agreement or Driver's or Transportation Company's disparagement of Uber or any of its Affiliates, or Driver's or Transportation Company's act or omission that causes harm to Uber's or any of its Affiliates' brand, reputation or business as determined by Uber in its sole discretion. Uber also retains the right to deactivate or otherwise restrict Driver from accessing or using the Driver App or the Uber Services for any other reason at the sole and reasonable discretion of Uber. Additionally, Driver acknowledges Uber's rights in the UBER family of trademarks and names, including UBER ... the UBER Logo and EVERYONE'S PRIVATE DRIVER ...

Personal performance

39 Under the Partner Terms, the New Terms and the Driver Addendum, access to the App was and is personal to the 'Partner'/Customer and (if not the same person) the driver. The right to use the App was and is non-transferable. Drivers are not permitted to share accounts. Nor may they share their Driver IDs, which are used to log on to the App.¹³ There is no question of any driver being replaced by a substitute.

Driver recruitment or 'onboarding'?

40 Those interested in becoming Uber drivers can sign up online. In order to be admitted to the cohort, they must attend a specified location, produce certain documents and undergo a form of induction. The Uber word for this process is 'onboarding'. Ms Bertram appeared to suggest in evidence that there was no requirement for personal attendance by the putative driver. If that was her suggestion we reject it. She also denied that, in so far as drivers attend to produce their documents and receive relevant information, they undergo any form of interview. But an email of 15 March 2015 sent from an Uber email address urged an applicant to:

Book an interview slot NOW!

Ms Bertram was also clear that there was no form of assessment of would-be drivers, but she accepted that anyone unable to communicate adequately in English would be excluded. She also appeared to accept that a person exhibiting signs of a mental health problem might have to be referred to Transport for London. We accept the general tenor of her evidence that Uber does not subject applicant drivers to close scrutiny. That said, they must present themselves and their documents personally and they are, we find, subjected to what amounts to an interview, albeit not a searching one.

41 The documents to be produced (originals) comprise a national insurance certificate, a drivers licence (both forms), a Public Carriage Office licence, a PHV licence, a logbook, a current MOT certificate and a valid insurance certificate.

42 Besides attending to produce documents, applicants are required to view a video presentation which explains the App and how it works and certain Uber

¹³ See e.g. Driver Addendum, clause 2.1

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

procedures.

Drivers' obligations

43 Mr Farrar suggested that Uber required drivers to undertake at least one trip in every period of 30 days. We accept Ms Bertram's evidence that that rule does not apply in the UK.

44 The driver supplies the vehicle. Uber publishes a list of makes and models which it will accept. A document in the bundle evidences a prohibition on cars manufactured before 2006. Vehicles must be in good condition. Uber prefers them to be black or silver.

45 The driver is also responsible for all costs incidental to owning and running the vehicle, including fuel, repairs, maintenance, MOT inspections, road tax and insurance.

46 Drivers who own smartphones have free access to the App. Those who do not may hire one from UBV at a rate of £5 per month.¹⁴

Instruction, management and control or preserving the integrity of the platform?

47 The Claimants' case was that, in a host of different ways, Uber instructs, manages and controls the drivers. The Respondents, faithful to their published terms from which we have quoted above, stoutly deny doing so and say that, to the extent that documentary evidence points to them guiding or directing drivers' behaviour, it merely reflects their common interest in ensuring a satisfactory "rider experience" and (to adopt a formula repeatedly employed by Ms Bertram) "preserving the integrity of the platform". This topic, is to an extent, already covered in our findings above on express terms and other matters. To those we add the following.

48 We were shown a 'Welcome Packet' containing materials used in the 'onboarding' of new drivers. It included "5 Star Tips", below which were two columns, one headed "WHAT RIDERS LIKE," and the other, "WHAT UBER LOOKS FOR". In the latter, the following appeared:

High Quality Service Stats: We continually look at your driver rating, client comments, and feedback provided to us. Maintaining a high rating overall helps keep a top tier service to riders.

Low Cancellation Rate: when you accept a trip request, you have made a commitment to the rider. Cancelling often or cancelling for unwillingness to drive to your clients leads to a poor experience.

High Acceptance Rate: Going on-duty means you are willing and able to accept trip requests. Rejecting too many requests leads to rider confusion about availability. You should be off-duty if not able to take requests.

¹⁴ Smartphones hired from Uber are modified to prevent them from being used for any purpose other than operating the App and Uber's satellite navigation system.

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

The 'Welcome Packet' included a number of slides. One, on the subject of "Safety & Quality," reads:

- Polite and professional at all times
- Zero tolerance to any form of discrimination
- Avoid inappropriate topics of conversation
- Acts of sexual harassment, aggressive or threatening behaviour, and violence will not be tolerated. We will cooperate with the police where necessary
- Do not contact the rider after the trip has ended

49 The general rule prohibiting contact with a passenger after the end of the trip is qualified in a minor way in the "Uber UK Partner Standards Advice" ('the Standards document') to which we were referred, which states:

RETURNING LOST PROPERTY IS THE ONLY INSTANCE WHERE IT IS APPROPRIATE TO CONTACT THE RIDER AFTER THE TRIP ENDS; IF YOU DISCOVER LOST PROPERTY LATER ON, PLEASE CONTACT UBER.

The Standards document is presented as a series of "Recommendations", but it includes on the first page:

PLEASE REMEMBER THAT THERE ARE SOME RECOMMENDATIONS THAT IF NOT FOLLOWED, MAY CONSTITUTE A BREACH OF YOUR PARTNER TERMS OR LICENCE CONDITIONS.

50 Drivers are not at liberty to exchange contact details with passengers. An email of 6 June 2014 to Mr Aslam from the "Uber London team", which clearly incorporated material circulated more widely, included a section in Q & A format:

Can I ask for the phone number directly?

Asking for a riders phone number directly may be seen as a violation of privacy and lead to an uncomfortable rider experience. Such experiences often lead to low ratings and can be reported to Uber.

Can I give them my direct phone number?

Providing an Uber user with your phone number during a trip may be seen as solicitation which is a violation of the partner agreement.

In the same document was a "PRO TIP", which purported to set out "reasons Uber users like and don't like to receive phone calls or messages from drivers". Among "Unnecessary Reasons" were:

Asking for a destination

and (a circumstance rather than a reason):

After a trip without Uber approval

51 Although a driver is nominally free to accept or decline trips as he chooses, his acceptance statistics are recorded and an Uber document shown to us warns:

You should accept at least 80% of trip requests to retain your account status.

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

52 Drivers who decline three trips in a row are liable to be forcibly logged off the App by Uber for 10 minutes. Ms Bertram denied that this amounted to a penalty but an Uber document called "Confirmation and Cancellation Rate Process" shows that the expression "Penalty Box warning" is current within the organisation. The third in a graduated series of standard form messages reads:

... we noticed that you may have left your partner app running whilst you were away from your vehicle, and therefore have been unable to confirm your availability to take trips. As an independent contractor you have absolute flexibility to log onto the application at any time, for whatever period you choose. However, being online with the Uber app is an indication that you are available to take trips, in accordance with your Services Agreement. From today, if you do not confirm your availability to take trips twice in a row we will take this as an indication you are unavailable and we will log you off the system for 10 minutes.

53 A similar system of warnings, culminating in the 10-minute log-off penalty, applies to cancellations by drivers after a trip has been accepted. As we have mentioned, the New Terms (and the Driver Addendum) provide that the right to cancel is subject to Uber's cancellation policy. There appears to be no document setting out the policy but the standard form warning messages state that cancellation amounts to a breach of the agreement between the driver and Uber unless there is a "good reason" for cancelling. A message from ULL to a driver dated 19 September 2014 reads:

We noticed you cancelled more than 15% of your jobs last week. Cancelling jobs you have accepted leads to highly frustrating experiences for riders, an unreliable experience and lower earnings. Only accept a job if you are prepared to pick up the user and complete that job and if you are not in a position to do work for Uber remember to log Offline at any time.

54 Ms Bertram did not accept that Uber exercises any control over routes. In a sense she is obviously right. No Uber manager instructs the driver to take any particular route from A to B. In practice, however, the App's mapping software determines the route for most purposes. It is clear from Mr Farrar's evidence, which we accept, that if an issue arises as to whether a passenger should receive a refund on the ground that the driver did not follow the most efficient route, ULL starts from the position is that it is for the driver to justify any departure from the route indicated on the App.

55 The Claimants rely on the ratings system as a further means by which Uber seeks to exert control over drivers. Uber says otherwise. Passengers are required to rate drivers at the end of every trip on a simple 0-5 scoring system. Ratings are monitored and drivers with average scores below 4.4¹⁵ become subject to a graduated series of "quality interventions" aimed at assisting them to improve. "Experienced" drivers¹⁶ whose figures do not improve to 4.4 or better are "removed from the platform" and their accounts "deactivated."

56 Uber seeks to tackle what is seen as more serious conduct on the part of drivers through the "Driver Offence Process". Again, provision is made for a graduated series of measures. These begin with a "warning" sent by SMS

¹⁵ In the case of UberX drivers. Some of the other 'products' require a higher average.

¹⁶ Those who have undertaken 200 trips or more

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

message. The ultimate penalty is 'deactivation'.

57 Finally, we have been shown numerous instances of ULL's practice of directing messages at drivers (individually or collectively), presented as "recommendations", "advice", "tips" and/or "feedback", seeking in one way or another to modify their behaviour in order to improve the "rider experience".

The regulatory/licensing regime

58 The regulatory framework applicable to the capital derives from the Private Hire Vehicles (London) Act 1998. PHVs can only be operated under licence from Transport for London ('TfL'). A licence holder is permitted by s2(1) to "make provision for the invitation or acceptance of private hire bookings".¹⁷ Separate provisions require the licence holder to maintain detailed records of all bookings made, all vehicles operated and all drivers "available" to drive them. If asked by a passenger who makes a booking, an operator must agree a fare or provide an estimate.

59 Another important duty of the PHV Operator is to maintain full records of customer complaints for at least six months. Where a driver is "dismissed" for unsatisfactory conduct in connection with the driving of a PHV, particulars of the circumstances must be delivered to TfL within 14 days. Details of lost property must also be recorded.

60 Licence holders are required to take out public liability insurance cover to a value of at least £5m in respect of any one event.

Drivers' rights and freedoms and other points relied upon by Uber

61 As well as undertaking work for or through Uber, drivers can work for or through other organisations, including direct competitors operating through digital 'platforms'.

62 The drivers must meet all expenses associated with running their vehicles.

63 The drivers must fund their own individual PH licences.

64 The drivers are free to elect which 'product(s)' to operate.¹⁸

65 The drivers treat themselves as self-employed for tax purposes.

66 Drivers are not provided with any clothing or apparel in the nature of an Uber uniform. And in London they are discouraged from displaying Uber branding of any kind.¹⁹

¹⁷ Individual drivers cannot tout for work and cannot accept bookings. They are necessarily dependent upon the Operator to whom they are attached.

¹⁸ Subject to being accepted ('onboarded') by Uber and subject to the rating requirements and any other special requirement applicable to particular 'products' (see above).

¹⁹ Elsewhere, local legislation may make it necessary to attach some signage to vehicles, but London is free of any such requirement.

Case Nos: 2202550/2015
& Others

Uber's use of language generally

67 In her evidence Ms Bertram chose her words with the utmost care. But in publicity material and correspondence those speaking in Uber's name have frequently expressed themselves in language which appears incompatible with their central case before us. Some illustrations are to be found above.²⁰ A few further instances will suffice. We were taken to, among many other examples, references to "Uber drivers" and "our drivers", to "Ubers" (*i.e.* Uber vehicles), to "Uber [having] more and more passengers". One Twitter feed issued under the name of Uber UK reads:

Everyone's Private Driver. Braving British weather to bring a reliable ride to your doorstep at the touch of a button.

And in a response of 19 June 2015 to a TfL consultation ULL wrote:

The fact that an Uber partner-driver only receives the destination for a trip fare when the passenger is in the car is a safeguard that ensures that we can provide a reliable service to everyone at all times, whatever their planned journey.

And:

Every single person that gets into an Uber knows that our responsibility to him doesn't end when they get out of the car.

68 Ms Bertram told us that Uber provides the drivers with "business opportunities", but strenuously denied that they had jobs with the organisation. However, in a submission to the GLA Transport Scrutiny Committee ULL boasted of "providing job opportunities" to people who had not considered driving work and potentially generating "tens of thousands of jobs in the UK."

69 On the subject of payment of drivers, we have referred above to the Partner Terms and New Terms, which provide for Uber to collect fares on behalf of drivers and deduct their 'Commission' or 'Service Fee'. But in its written evidence dated 3 October 2014 to the GLA Transport Scrutiny Committee, Ms Bertram on behalf of ULL stated:

Uber drivers are commission-based ... Drivers are paid a commission of 80% for every journey they undertake.

To our considerable surprise, Ms Bertram attempted before us to dismiss this as a typographical error.

'Workers': Legislation and Authorities

70 The 'core definition' of a worker (to adopt Mr Linden's expression) is to be found in ERA, s230:

²⁰ *Eg* "We're a transportation network" (para 1), "Book an interview slot NOW!" (para 40), references to drivers being "on-duty" and "off-duty" (para 48) and to the "Penalty Box warning" (para 52) and instructions presented in the imperative mood, rather than as recommendations: "Only accept ..." (para 53).

Case Nos: 2202550/2015
& Others

(3) In this Act “worker” (except in the phrases “shop worker” and “betting worker”) means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) —

- (a) a contract of employment, or
- (b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual;

and any reference to a worker’s contract shall be construed accordingly.

We will refer to a contract within s230(3)(b) as a ‘limb (b) contract’.

71 The same definitions apply under NMWA and WTR.²¹

72 In anticipation of Mr Reade’s argument in the alternative that the drivers were ‘employed’ by UBV to work for passengers (or perhaps for ULL), Mr Linden drew our attention to NMWA, s34, which includes:

Agency workers who are not otherwise “workers”

- (1) This section applies in any case where an individual (“the agency worker”) —
- (a) is supplied by a person (“the agent”) to do work for another (“the principal”) under a contract or other arrangements made between the agent and the principal; but
- (b) is not, as respects that work, a worker, because of the absence of a worker’s contract between the individual and the agent or the principal; and
- (c) is not a party to a contract under which he undertakes to do the work for another party to the contract whose status is, by virtue of the contract, that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual.

WTR contains an almost identical provision.²²

73 Under ERA, protection of workers from detrimental treatment on ‘whistle-blowing’ grounds attaches to employees and workers in the ordinary way, but is extended under s43K as follows:

- (1) For the purposes of this Part “worker” includes an individual who is not a worker as defined by section 230(3) but who —
- (a) works or worked for a person in circumstances in which—
 - (i) he is or was introduced or supplied to do that work by a third person, and
 - (ii) the terms on which he is or was engaged to do the work are or were in practice substantially determined not by him but by the person for whom he works or worked, by the third person or by both of them,
- (b) contracts or contracted with a person, for the purposes of that person’s business, for the execution of work to be done in a place not under the control or management of that person and would fall within section 230(3)(b)

²¹ S54(3) and reg 2(1) respectively

²² Reg 36(1)

Case Nos: 2202550/2015
& Others

if for "personally" in that provision there were substituted "(whether personally or otherwise)" ...

74 Again borrowing Mr Linden's terminology, we will refer collectively to the provisions mentioned in paras 72 and 73 as the 'extended definitions.'

75 In *Byrne Brothers (Formwork) Ltd-v-Baird & others* [2002] ICR 667, Mr Recorder Underhill QC (as he then was), sitting in the EAT, offered this guidance on the proper interpretation of the definition of the limb (b) worker²³:

(1) We focus on the terms "[carrying on a] business undertaking" and "customer" rather than "[carrying on a] profession" or "client"...

(2) "[Carrying on a] business undertaking" is plainly capable of having a very wide meaning. In one sense every "self-employed" person carries on a business. But the term cannot be intended to have so wide a meaning here, because if it did the exception would wholly swallow up the substantive provision and limb (b) would be no wider than limb (a). The intention behind the regulation is plainly to create an intermediate class of protected worker, who is on the one hand not an employee but on the other hand cannot in some narrower sense be regarded as carrying on a business. (Possibly this explains the use of the rather odd formulation "business undertaking" rather than "business" *tout court*; but if so, the hint from the draftsman is distinctly subtle.) It is sometimes said that the effect of the exception is that the Regulations do not extend to "the genuinely self-employed"; but that is not a particularly helpful formulation since it is unclear how "genuine" self-employment is to be defined.

(3) The remaining wording of limb (b) gives no real help on what are the criteria for carrying on a business undertaking in the sense intended by the Regulations – given that they cannot be the same as the criteria for distinguishing employment from self-employment. Possibly the term "customer" gives some slight indication of an arm's-length commercial relationship – see below – but it is not clear whether it was deliberately chosen as a key word in the definition or simply as a neutral term to denote the other party to a contract with a business undertaking.

(4) It seems to us that the best guidance is to be found by considering the policy behind the inclusion of limb (b). That can only have been to extend the benefits of protection to workers who are in the same need of that type of protection as employees *stricto sensu* – workers, that is, who are viewed as liable, whatever their formal employment status, to be required to work excessive hours (or, in the cases of Part II of the Employment Rights Act 1996 or the National Minimum Wage Act 1998, to suffer unlawful deductions from their earnings or to be paid too little). The reason why employees are thought to need such protection is that they are in a subordinate and dependent position vis-à-vis their employers: the purpose of the Regulations is to extend protection to workers who are, substantively and economically, in the same position. Thus the essence of the intended distinction must be between, on the one hand, workers whose degree of dependence is essentially the same as that of employees and, on the other, contractors who have a sufficiently arm's-length and independent position to be treated as being able to look after themselves in the relevant respects.

(5) Drawing that distinction in any particular case will involve all or most of the same considerations as arise in drawing the distinction between a contract of service and a contract for services – but with the boundary pushed further in the putative worker's favour. It may, for example, be relevant to assess the degree of control exercised by the putative employer, the exclusivity of the engagement and its typical duration, the method of payment, what equipment the putative worker

²³ Judgment, para 17

Case Nos: 2202550/2015
& Others

supplies, the level of risk undertaken etc. The basic effect of limb (b) is, so to speak, to lower the pass-mark, so that cases which failed to reach the mark necessary to qualify for protection as employees might nevertheless do so as workers.

(6) What we are concerned with is the rights and obligations of the parties under the contract - not, as such, with what happened in practice. But what happened in practice may shed light on the contractual position ...

76 In the Supreme Court case of *Bates van Winkelhof-v-Clyde & Co LLP and another* [2014] 1 WLR 2047, in which the central issue was whether a member of a limited liability partnership was a limb (b) worker, Lady Hale DPSC offered these comments:

24. First, the natural and ordinary meaning of "employed by" is employed under a contract of service. Our law draws a clear distinction between those who are so employed and those who are self-employed but enter into contracts to perform work or services for others.

25. Second, within the latter class, the law now draws a distinction between two different kinds of self-employed people. One kind are people who carry on a profession or a business undertaking on their own account and enter into contracts with clients or customers to provide work or services for them. ... The other kind are self-employed people who provide their services as part of a profession or business undertaking carried on by some-one else. ...

She went on to mention²⁴ *Cotswold Developments Construction Ltd-v-Williams* [2006] IRLR 181, in which Langstaff J, sitting in the EAT remarked:²⁵

... a focus on whether the purported worker actively markets his services as an independent person to the world in general (a person who will thus have a client or customer) on the one hand, or whether he is recruited by the principal to work for that principal as an integral part of the principal's operations, will in most cases demonstrate on which side of the line a given person falls.

She also cited²⁶ these remarks of Elias J (as he then was) in *James-v-Redcats (Brands) Ltd* [2007] ICR 1006 EAT:²⁷

... the dominant purpose test is really an attempt to identify the essential nature of the contract. Is it in essence to be located in the field of dependent work relationships, or is it in essence a contract between two independent business undertakings? ... Its purpose is to distinguish between the concept of worker and the independent contractor who is in business on his own account, even if only in a small way.

Lady Hale's review of the domestic authorities ended with a reference to the judgment of Maurice Kay LJ in *Hospital Medical Group Ltd-v-Westwood* [2013] ICR 415 CA, as to which she said this²⁸:

I agree with Maurice Kay LJ that there is "not a single key to unlock the words of the statute in every case". There can be no substitute for applying the words of the statute to the facts of the individual case. There will be cases where that is not easy

²⁴ Para 34

²⁵ Para 53

²⁶ Para 36

²⁷ Para 59

²⁸ Para 39

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

to do. ... The experienced employment judges who have considered this problem have all recognised that there is no magic test other than the words of the statute themselves.

77 In *Autoclenz Ltd-v-Belcher and others* [2011] ICR 1157 SC, the Supreme Court upheld the decision of the Employment Tribunal ('ET') that the claimant car valeters were, notwithstanding the express terms under which they worked, employed by the respondent company as 'workers' for the purposes of, *inter alia*, WTR.²⁹ Those terms, which were drafted on behalf of the company and the claimants were required to sign, declared that they were sub-contractors, that they had to provide their own materials, that there was no obligation on them to provide any services or on the company to give them work, and that they were free to provide substitutes (suitably qualified) to carry out the work on their behalf. The ET found that the terms did not reflect the true agreement between the parties since, *inter alia*, the claimants were required to perform defined services under the direction of the company and were required to carry out the work offered and to do so personally (despite the substitution clause). Moreover, they would not have been offered the work if they had not signed the terms.

78 In his judgment, with which all other members of the Court agreed, Lord Clarke resolved a conflict in the authorities as to whether the freedom of a court to disregard terms apparently agreed between contracting parties depended on whether or not those terms were a 'sham' in the sense that both parties intended to misrepresent the true nature of their obligations to one another. Lord Clarke emphatically rejected that view, stating:³⁰

The question in every case is ... what was the true agreement between the parties.

He also cited with approval³¹ these remarks of Elias J, then President of the EAT, in *Consistent Group Ltd-v-Kalwak* [2007] IRLR 560:³²

The concern to which tribunals must be alive is that armies of lawyers will simply place substitution clauses, or clauses denying any obligation to provide or accept work, in employment contracts, as a matter of form, even where such terms do not begin to reflect the real relationship.

At a later point, Lord Clarke commented on the importance which may attach to the relative bargaining power of the parties, particularly in the sphere of the employment relationships.³³

79 Mr Reade relied on *Cheng Yuen-v-Royal Hong Kong Golf Club* [1998] ICR 131 PC, a decision of the Privy Council. The claimant worked as a caddie for individual members of the respondent golf club. He was issued by the club with a number, a uniform and a locker. Caddying work was allocated to available caddies in strict rotation. They were not obliged to make themselves available for work and received no guarantee of work. Their pay was at a rate set by the club. They were

²⁹ They were found to be employees under contracts of employment as well

³⁰ Para 29

³¹ Para 25

³² Para 57

³³ Paras 34-35

Case Nos: 2202550/2015
& Others

paid by the club for each day's work and the club then recovered from the member(s) concerned the sum(s) so paid. When told that his services were no longer required, the claimant brought claims against the club for the purposes of which it was essential to show that he had been an employee of the club rather than an independent contractor. The majority of the Privy Council concluded that he had not been an employee. Lord Slynn, delivering the majority judgment, said this:

18. It seems to their Lordships in the present case that the Labour Tribunal proceeded on the basis that there was a contract of employment between the Club and Mr. Cheng and considered only the question whether that contract was one of service or for the provision of services in the light of the authorities. In so doing the Tribunal undoubtedly considered with care the authorities on the test to be adopted in drawing this distinction. What it did not do, however, was to consider sufficiently or at all the question as to whether the contract (if any) between the Club and Mr. Cheng was of a different nature and whether, if there was a contract of employment (whether of service or to provide services), it was with individual golfers rather than with the Club. In so proceeding it seems to their Lordships that the Tribunal misdirected itself in a way which justified the Court of Appeal setting aside the findings of the Tribunal and the High Court.

19. If the Tribunal had considered the alternative possibilities it seems to their Lordships that the "true and only reasonable conclusion [to which the Tribunal could have come] contradicts that determination" that Mr. Cheng was an employee of the Club. Mr. Cheng was not an employee of the Club whether on a continuing basis or by separate contracts, like a casual worker, each time he actually worked. In the language of Viscount Simonds (*supra*) the Tribunal accepted "a view of the facts which could not reasonably be entertained".

20. It is to their Lordships clear that the only reasonable view of the facts is that the arrangements between the Club and Mr. Cheng went no further than to amount to a licence by the Club to permit Mr. Cheng to offer himself as a caddie for individual golfers on certain terms dictated by the administrative convenience of the Club and its members. Thus he was required to wear a uniform, to behave well on the Club premises and to charge a fee per round at a scale uniform for all caddies which was fixed and collected by the Club and paid to the caddies. The Club was not, however, obliged to give him work or to pay him other than the amount owed by the individual golfer for whom he caddied. Conversely he was not obliged to work for the Club and he had no obligation to the Club to attend in order to act as a caddie for golfers playing on the Club premises. He did not receive any of the sickness, pension or other benefits enjoyed by employees of the Club nor indeed any pay over and above that resulting from particular rounds of golf for which the golfer was debited by the Club even if as a matter of machinery the Club handed the fee to Mr. Cheng.

21. There was thus between him and the Club no mutual obligation that the Club would employ him and that he would work for the Club in return for a wage. Conversely Mr. Cheng did, when his turn came in the line, offer to caddie for an individual golfer, who if Mr. Cheng was accepted by him, was responsible ultimately for the payment of the caddying fees. It was that golfer who, subject to the Club's rules, could tell the caddie what he wanted and how he wanted it done during the round of golf. Their Lordships do not accept the view of the High Court that it was artificial to regard the Club as an agent collecting the fee and guaranteeing its payment to the caddie. Far from being artificial it seems a perfectly reasonable and sensible course to have taken and not to be inconsistent with Mr. Cheng not being an employee under a contract of employment with the Club.

80 Mr Reade also placed reliance on *Stringfellow Restaurants Ltd-v-Quashie* [2013] IRLR 99 CA. The claimant in that case was a lap dancer who performed for

Case Nos: 2202550/2015
& Others

the entertainment of guests at the respondents' clubs. She paid the respondents a fee for each night worked. Doing so enabled her to earn substantial payments from the guests for whom she danced. She negotiated those payments with the guests. In due course the respondents ended their working relationship with her and complained of unfair dismissal. At a preliminary hearing, an ET held that there was no contract of employment. The EAT disagreed but the Court of Appeal restored the first-instance decision. Elias LJ gave the only substantial judgment. After discussing the *Cheng Yuen* case, he said this:

50. I agree with Mr Linden that this is essentially the position here, given the findings of the employment judge. The club did not employ the dancer to dance; rather she paid them to be provided with an opportunity to earn money by dancing for the clients. The fact that the appellant also derived profits from selling food and drink to the clients does not alter that fact. That is not to say that *Cheng* provides a complete analogy; I accept Mr Hendy's submission that the relationship of the claimant to the club is more integrated than the caddy with the golf club. It is not simply a licence to work on the premises. But in its essence the tripartite relationship is similar.

51. The fact that the dancer took the economic risk is also a very powerful pointer against the contract being a contract of employment. Indeed, it is the basis of the economic reality test, described above. It is not necessary to go so far as to accept the submission of Mr Linden that absent an obligation on the employer to pay a wage ... the relationship can never as a matter of law constitute a contract of employment. But it would, I think, be an unusual case where a contract of service is found to exist when the worker takes the economic risk and is paid exclusively by third parties. On any view, the Tribunal was entitled to find that the lack of any obligation to pay did preclude the establishment of such a contract here.

81 Mr Reade also claimed support from *Mingeley-v-Pennock and another t/a Amber Cars* [2004] ICR 727 CA. There the claimant owned his own vehicle and paid the respondents, mini-cab operators, £75 per week for a radio and access to their computer system, which allocated calls from customers to a fleet of drivers. Under his agreement with the respondents he was required to wear a uniform and prohibited from working for any other operator. On the other hand, he was not required to work particular hours, or any hours, and all the fare money was his to keep. When he brought a complaint of racial discrimination he was met with the defence that he was not 'employed' by the respondents for the purposes of the Race Relations Act 1976, as he was not required "personally to execute any work or labour" (see s78(1)). The ET upheld that defence and his appeals to the EAT and Court of Appeal both failed. Giving the principal judgment in the latter court, Maurice Kay LJ stated:³⁴

In my judgment, on the plain words of section 78 and the authorities to which I have referred, the Employment Tribunal was correct to conclude that, in order to bring himself within section 78 Mr Mingeley had to establish that his contract with Amber Cars placed him under an obligation "personally to execute any work or labour". As the Tribunal found, there was no evidence that he was ever under such an obligation. He was free to work or not to work at his own whim or fancy. His obligation was to pay Amber Cars £75 per week and if he chose to work then to do so within the requirements of the arrangement. However, the absence from the contract of an obligation to work places him beyond the reach of section 78.

³⁴ Para 14

Case Nos: 2202550/2015
& Others

82 In addition, Mr Reade relied on *Khan-v-Checkers Cars Ltd* (unreported) UKEAT/0208/05/DZM, a decision of the EAT handed down on 16 December 2005. The claimant in that case sought to challenge the ET's decision that it did not have jurisdiction to consider his complaint of unfair dismissal because there was no "mutuality of obligation" between the parties. Giving judgment on the appeal, Langstaff J began by setting the scene:

1. ... the issue which the Tribunal had to address was identified as being whether the Claimant was an employee, and so might proceed with a complaint of unfair dismissal, which unless he was an employee he could not do.
2. The Respondent ("Checkers") conceded that the Claimant was a worker. It nonetheless contended that there was no mutuality of obligations between it and the Claimant. No one – and that includes the Employment Tribunal – appears to have recognised that there might be an inconsistency between the concession, and the contention. ...

The learned judge went on to recite the facts:

7. The Claimant worked as a private hire car driver. He claimed to have worked since April 2001 for Checkers, who operated a 24 hour taxi service based at Gatwick Airport under an exclusive contract between it and the British Airport Authority. The Tribunal's findings of fact are expressed in terms which are sufficiently economical for us to set them out in full, beginning with paragraph 5 of its decision.

"5. Checkers Cars Limited operates a 24 hour taxi service based at Gatwick Airport under an exclusive contract between it and British Airport Authority. The Authority operates the Gatwick Airport site and strictly enforces its requirements. The Respondent engages approximately two hundred drivers who provide a taxi service to both terminals and to the train station. All of the drivers, under their terms of engagement, only work for the Respondent. The volume of work is such that work is always available to drivers, although some periods are busier than others. It was not disputed that once a driver attended work, he or she was required to comply with many requirements such as maintaining the clean and tidy appearance of their vehicles, driving certain makes of vehicle and complying with the company's dress code. Drivers are required to comply with the Respondent's operating procedures that include what fares they can charge customers and what routes they can drive.

6. The Claimant was engaged to work as a driver and owned and was responsible for his own vehicle. He was required to obtain a private hire driver licence from Crawley Council. He paid his own income tax and National Insurance. In common with the other drivers, he was required to use set routes and charge set fares. He collected fares from customers, paying a commission to the Respondent. All of the drivers had complete flexibility over when they worked. Accordingly, the Claimant was not obliged to accept work and the Respondent was not obliged to offer him work. He could work at the times he wanted to work and for as few or as many hours as he wished. He did not have to give notice of when he was or was not available. This flexibility was evidenced by a schedule of days worked by the Claimant that was put before the Tribunal. Drivers were never required to attend work and were never disciplined for attending or not attending work. All drivers reporting for work were allocated jobs fairly by way of a queuing system administered by the drivers themselves. In addition to driving, the Claimant carried out other duties commensurate with his work, that included collecting

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

lost luggage or parcels left by passengers and delivering them from one terminal to the other where necessary.

7. Mr Maskell gave evidence that whilst drivers varied in their attendance the Respondent had adapted procedures to ensure an even flow of drivers to meet demand. For example, from time to time when there was a shortage of drivers steps were taken to inform drivers through contacting them by leaving a message on their mobile telephones that work was available in an effort to encourage them to offer themselves for work."

The central conclusions of the EAT were expressed in these paragraphs:

31. The Issue before the Tribunal was simply whether the Claimant was, or was not, an employee so as to be able to qualify for unfair dismissal rights. What was in issue was not whether, when he worked, he did so as an employee or independent contractor, for no issue as to continuity of employment pursuant to Section 212 of the Employment Rights Act 1996 arose. It is thus a sufficient answer to the Claimant's case for us to hold, as we do, that this Tribunal was entitled to find that there was no contract of employment.

32. It is thus strictly unnecessary for us to determine whether Mr Irons is correct to submit that the contract between the Claimant and Checkers was neither one of service nor for provision of services ... [I]f it had been material to our decision, we would have been inclined to find that the arrangement here was analogous to that in the Hong Kong Golf Club case, as it is to that of the position of the Claimant in Mingeley v Pennock, and, on the findings of fact that the Tribunal made, the contract went no further than to amount to a licence by Checkers to permit the Claimant to offer himself as a private hire taxi driver to individual passengers on terms dictated by the administrative convenience of Checkers and BAA. For that reason, too, we would have dismissed the appeal.

Submissions

83 We will leave the comprehensive written submissions on both sides to speak for themselves. In bare outline, Mr Linden advanced the following arguments.

- (1) The written terms between UBV and the Claimants should be read sceptically. They do not properly reflect their relationship. On the contrary, they are designed to misrepresent it. The truth is that the Claimants work for Uber, not the other way around. They are within the core definition of 'worker' under ERA, s230(3)(b) and the extended definitions, at least when they have the App switched on.
- (2) The entity by which the Claimants are employed is ULL. If that is correct, no jurisdictional issue arises.
- (3) Even if, contrary to the Claimants' primary case, they were employed by UBV, the choice of (Dutch) law in their standard terms would not be effective because it would have to give way to the protections enacted in the Rome I Regulations 2008 ('Rome I'), Arts 8 and/or 9 and/or 3(3) and (4) and/or 21.
- (4) The Claimants' working time begins when they leave home and ends when they return home at the end of a period of work.
- (5) For the purposes of NMWA, travelling from and to home 'counts' as work. Alternatively, at the very least the Claimants are 'working' at all times when they are logged on to the App.

Case Nos: 2202550/2015
& Others

84 Mr Reade replied to the following effect.

- (1) UBV's terms are valid and fairly define their relationship with the Claimants. The fact that Uber makes (and enforces) stipulations about the way in which the Claimants may make use of the 'platform' is unremarkable and unexceptionable. It simply reflects the common interest of the parties in maintaining service standards.
- (2) If, contrary to the Respondents' case, the Claimants were 'workers' rather than in business on their own account, they were so employed by UBV.
- (3) By operation of Rome I, Art 3(4), the choice of law clause between UBV and the drivers is not effective to defeat claims under WTR because those Regulations implement Community law, but the same does not go for ERA or NMWA, and the claims under those Acts are accordingly unsustainable (the Claimants' other arguments under Rome I being unsound).
- (4) For the purposes of WTR (if applicable at all), working time is confined to periods when drivers are carrying passengers.
- (5) Likewise, for the purposes of NMWA, the only activity capable of amounting to 'work' is driving passengers.

Analysis and Conclusions

Employment status – the core definition

85 Mr Reade laid great emphasis on the point that Uber drivers are never under any obligation to switch on the App or, even if logged on, to accept any driving assignment that may be offered to them. These freedoms are, he maintained, incompatible with the existence of any form of employment, or indeed any contract whatsoever under which the Claimants undertake to provide any service to Uber. We accept that the drivers (in the UK at least) are under no obligation to switch on the App. There is no prohibition against 'dormant' drivers. We further accept that, while the App is switched off, there can be no question of any contractual obligation to provide driving services. The App is the only medium through which drivers can have access to Uber driving work. There is no overarching 'umbrella' contract. All of this is self-evident and Mr Linden did not argue to the contrary.

86 But when the App is switched on, the legal analysis is, we think, different. We have reached the conclusion that any driver who (a) has the App switched on, (b) is within the territory in which he is authorised to work,³⁵ and (c) is able and willing to accept assignments, is, for so long as those conditions are satisfied, working for Uber under a 'worker' contract and a contract within each of the extended definitions. Our reasons merge and/or overlap in places, but we will endeavour to keep the main strands separate.

87 In the first place, we have been struck by the remarkable lengths to which Uber has gone in order to compel agreement with its (perhaps we should say its lawyers') description of itself and with its analysis of the legal relationships

³⁵ As already explained, we are concerned with London drivers. Mr Farrar, who lives in Hampshire, told us that he enters the Metropolitan area, in which he is entitled to work, at Guildford.

Case Nos: 2202550/2015
& Others

between the two companies, the drivers and the passengers. Any organisation (a) running an enterprise at the heart of which is the function of carrying people in motor cars from where they are to where they want to be and (b) operating in part through a company discharging the regulated responsibilities of a PHV operator, but (c) requiring drivers and passengers to agree, *as a matter of contract*, that it does not provide transportation services (through UBV or ULL), and (d) resorting in its documentation to fictions,³⁶ twisted language³⁷ and even brand new terminology,³⁸ merits, we think, a degree of scepticism. Reflecting on the Respondents' general case, and on the grimly loyal evidence of Ms Bertram in particular, we cannot help being reminded of Queen Gertrude's most celebrated line:

*The lady doth protest too much, methinks.*³⁹

88 Second, our scepticism is not diminished when we are reminded of the many things said and written in the name of Uber in unguarded moments, which reinforce the Claimants' simple case that the organisation runs a transportation business and employs the drivers to that end. We have given some examples in our primary findings above.⁴⁰ We are not at all persuaded by Ms Bertram's ambitious attempts to dismiss these as mere sloppiness of language.

89 Third, it is, in our opinion, unreal to deny that Uber is in business as a supplier of transportation services. Simple common sense argues to the contrary. The observations under our first point above are repeated. Moreover, the Respondents' case here is, we think, incompatible with the agreed fact that Uber markets a 'product range'.⁴¹ One might ask: Whose product range is it if not Uber's? The 'products' speak for themselves: they are a variety of driving services. Mr Aslam does not offer such a range. Nor does Mr Farrar, or any other solo driver. The marketing self-evidently is not done for the benefit of any individual driver. Equally self-evidently, it is done to promote Uber's name and 'sell' its transportation services. In recent proceedings under the title of *Douglas O'Connor v Uber Technologies Inc*⁴² the North California District Court resoundingly rejected the company's assertion that it was a technology company and not in the business of providing transportation services. The judgment included this:⁴³

Uber does not simply sell software; it sells rides. Uber is no more a "technology company" than Yellow Cab is a "technology company" because it uses CB radios to dispatch taxi cabs.

We respectfully agree.

³⁶ Eg the passenger's 'invoice' which is not an invoice and is not sent to the passenger

³⁷ Eg calling the driver ("an independent company in the business of providing Transportation Services") 'Customer' (in the New Terms). This choice of terminology has the embarrassing consequence of forcing Uber to argue that, if it is a party to any contract for the provision by the driver of driving services, it is one under which it is a client or customer of 'Customer'.

³⁸ Eg 'onboarding' for recruitment and/or induction and 'deactivation' for dismissal

³⁹ *Hamlet*, Act III, sc 2

⁴⁰ See especially paras 67-69.

⁴¹ See our primary findings above, paras 13-14.

⁴² Case3:13-cv-034260EMC, dated 11 March 2015

⁴³ At p10

Case Nos: 2202550/2015
& Others

90 Fourth, it seems to us that the Respondents' general case and the written terms on which they rely do not correspond with the practical reality. The notion that Uber in London is a mosaic of 30,000 small businesses linked by a common 'platform' is to our minds faintly ridiculous. In each case, the 'business' consists of a man with a car seeking to make a living by driving it.⁴⁴ Ms Bertram spoke of Uber assisting the drivers to "grow" their businesses, but no driver is in a position to do anything of the kind, unless growing his business simply means spending more hours at the wheel. Nor can Uber's function sensibly be characterised as supplying drivers with "leads".⁴⁵ That suggests that the driver is put into contact with a possible passenger with whom he has the opportunity to negotiate and strike a bargain. But drivers do not and cannot negotiate with passengers (except to agree a reduction of the fare set by Uber). They are offered and accept trips strictly on Uber's terms.

91 Fifth, the logic of Uber's case becomes all the more difficult as it is developed. Since it is essential to that case that there is no contract for the provision of transportation services between the driver and any Uber entity, the Partner Terms and the New Terms require the driver to agree that a contract for such services (whether a 'worker' contract or otherwise) exists between him and the passenger, and the Rider Terms contain a corresponding provision. Uber's case is that the driver enters into a binding agreement with a person whose identity he does not know (and will never know) and who does not know and will never know his identity, to undertake a journey to a destination not told to him until the journey begins, by a route prescribed by a stranger to the contract (UBV) from which he is not free to depart (at least not without risk), for a fee which (a) is set by the stranger, and (b) is not known by the passenger (who is only told the total to be paid), (c) is calculated by the stranger (as a percentage of the total sum) and (d) is paid to the stranger. Uber's case has to be that if the organisation became insolvent, the drivers would have enforceable rights directly against the passengers. And if the contracts were 'worker' contracts, the passengers would be exposed to potential liability as the driver's employer under numerous enactments such as, for example, NMWA. The absurdity of these propositions speaks for itself. Not surprisingly, it was not suggested that in practice drivers and passengers agree terms. Of course they do not since (apart from any other reason) by the time any driver meets his passenger the deal has already been struck (between ULL and the passenger).⁴⁶ The logic extends further. For instance, it is necessarily part of Uber's case (as constructed by their lawyers) that where, through fraud or for any other reason,⁴⁷ a fare is not paid, it has no obligation to indemnify the driver for the resulting loss. Accordingly, in so far as its

⁴⁴ We are mindful of Ms Bertram's evidence concerning the small number of individuals who operate more than one vehicle on their Uber account. These could, perhaps, be seen as in independent businesses, but those driving the cars in their fleets (all of whom must be individually approved ('onboarded') by Uber), we think, cannot. Whether such drivers are 'employed' by the account holder or by Uber would be a question for determination on the evidence.

⁴⁵ See the extracts from the New Terms and Driver Addendum quoted in paras 37 and 38 above.

⁴⁶ Hence, for example, the right (in UBV) to levy the £5 cancellation fee. Presumably Uber would have to say that that sum was also payable under a private (unwritten) contract made between the driver and the passenger, two individuals who not only did not know each other's identities but had never met or even communicated remotely.

⁴⁷ There might be innocent causes – say technological glitch, system failure etc

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

policy is to bear the loss and protect the driver (we were only told of a policy relating to fraud), it must be free to reverse the policy and if it does so, drivers will be left without remedy.⁴⁸ That would be manifestly unconscionable but also, we think, incompatible with the shared perceptions of drivers and Uber decision-makers as to Uber's legal responsibilities. For all of these reasons, we are satisfied that the supposed driver/passenger contract is a pure fiction which bears no relation to the real dealings and relationships between the parties.

92 Sixth, we agree with Mr Linden that it is not real to regard Uber as working 'for' the drivers and that the only sensible interpretation is that the relationship is the other way around. Uber runs a transportation business. The drivers provide the skilled labour through which the organisation delivers its services and earns its profits. We base our assessment on the facts and analysis already set out and in particular on the following considerations.

- (1) The contradiction in the Rider Terms between the fact that ULL purports to be the drivers' agent and its assertion of "sole and absolute discretion" to accept or decline bookings.
- (2) The fact that Uber interviews and recruits drivers.
- (3) The fact that Uber controls the key information (in particular the passenger's surname, contact details and intended destination) and excludes the driver from it.
- (4) The fact that Uber requires drivers to accept trips and/or not to cancel trips, and enforces the requirement by logging off drivers who breach those requirements.
- (5) The fact that Uber sets the (default) route and the driver departs from it at his peril.
- (6) The fact that UBV fixes the fare and the driver cannot agree a higher sum with the passenger. (The supposed freedom to agree a lower fare is obviously nugatory.)
- (7) The fact that Uber imposes numerous conditions on drivers (such as the limited choice of acceptable vehicles), instructs drivers as to how to do their work and, in numerous ways, controls them in the performance of their duties.
- (8) The fact that Uber subjects drivers through the rating system to what amounts to a performance management/disciplinary procedure.
- (9) The fact that Uber determines issues about rebates, sometimes without even involving the driver whose remuneration is liable to be affected.
- (10) The guaranteed earnings schemes (albeit now discontinued).
- (11) The fact that Uber accepts the risk of loss which, if the drivers were genuinely in business on their own account, would fall upon them.⁴⁹
- (12) The fact that Uber handles complaints by passengers, including complaints about the driver.
- (13) The fact that Uber reserves the power to amend the drivers' terms unilaterally.

93 Seventh, turning to the detail of the statutory language, we are satisfied, having regard to all the circumstances and, in particular, the points assembled

⁴⁸ If one discounts the negligible chance of pursuing the (nameless) passenger

⁴⁹ Eg in the case of fraud, or where a car is soiled

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

above, that the drivers fall full square within the terms of the 1996 Act, s230(3)(b). It is not in dispute that they undertake to provide their work personally. For the reasons already stated, we are clear that they provide their work 'for' Uber. We are equally clear that they do so pursuant to a contractual relationship. If, as we have found, there is no contract with the passenger, the finding of a contractual link with Uber is inevitable. But we do not need to base our reasoning on a process of elimination. We are entirely satisfied that the drivers are recruited and retained by Uber to enable it to operate its transportation business. The essential bargain between driver and organisation is that, for reward, the driver makes himself available to, and does, carry Uber passengers to their destinations. Just as in *Autoclenz*, the employer is precluded from relying upon its carefully crafted documentation because, we find, it bears no relation to reality. And if there is a contract with Uber, it is self-evidently not a contract under which Uber is a client or customer of a business carried on by the driver. We have already explained why we regard that notion as absurd.

94 Eighth, while it cannot be substituted for the plain words of the statute, the guidance in the principal authorities favours our conclusion. In particular, for the reasons already given, it is plain to us that the agreement between the parties is to be located in the field of dependent work relationships; it is not a contract at arm's length between two independent business undertakings.⁵⁰ Moreover, the drivers do not market themselves to the world in general; rather, they are recruited by Uber to work as integral components of its organisation.⁵¹

95 Ninth, we do not accept that the authorities relied upon by Mr Reade support the conclusion for which he argues. We have four main reasons.

- (1) None of the authorities actually turned on the limb (b) test.⁵²
- (2) They were concerned wholly or very largely with whether there was an 'umbrella' contract between the claimants and the respondents, an issue with which we are not concerned at all. Only one addressed (and then only in a single sentence) the question at the heart of our case of whether, *in performing individual services* (here driving trips), a claimant is working 'for' the putative employer pursuant to a contract.⁵³
- (3) Two of the cases arise out of facts which have little in common with the matter before us. *Cheng Yuen* and *Quashie* concern arrangements by which individuals were permitted to render to the golf club members and nightclub 'clients' services ancillary to the principal service or facility offered by the proprietors. But there is nothing 'ancillary' about the Claimants' work. It seems to us that there are added difficulties for the putative employer with a defence modelled on *Cheng Yuen* and *Quashie* where the claimants perform the very service which the respondent exists to provide. In such a case it is (as Uber appears to recognise) essential to the defence for the Tribunal to find not only that the claimants contract personally with those who receive the services in question but also that they collectively, rather than the respondent, 'are' the business. In a proper case the evidence

⁵⁰ See the *Redcats* case, cited above, para 78.

⁵¹ See the *Cotswold* case, also cited at para 78 above.

⁵² Although an *obiter* opinion is volunteered upon it in *Khan*.

⁵³ See the judgment of Lord Slynn in *Cheng Yuen*, para 19 (cited at para 78 above).

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

warrants such findings⁵⁴ but on a careful review of all the material placed before us, our conclusions on both propositions are, for the reasons already stated, entirely adverse to Uber.

- (4) Although the facts of *Mingeley* and *Khan* are closer to those of the instant case, there was ample room in both for the finding that the arrangements between the parties were consistent with the claimant personally entering into a contract with each service user. As we have explained, there is no room for that interpretation to be placed upon the dealings (such as they are) between the Uber driver and his passenger.

In all the circumstances, it seems to us that Mr Reade's arguments in reliance on the authorities he cited cannot prevail in the face of our findings on the evidence.

96 Tenth, it follows from all of the above that the terms on which Uber rely do not correspond with the reality of the relationship between the organisation and the drivers. Accordingly, the Tribunal is free to disregard them. As is often the case, the problem stems at least in part from the unequal bargaining positions of the contracting parties, a factor specifically adverted to in *Autoclenz*. Many Uber drivers (a substantial proportion of whom, we understand, do not speak English as their first language) will not be accustomed to reading and interpreting dense legal documents couched in impenetrable prose. This is, we think, an excellent illustration of the phenomenon of which Elias J warned in the *Kalwak* case⁵⁵ of "armies of lawyers" contriving documents in their clients' interests which simply misrepresent the true rights and obligations on both sides.

97 Eleventh, none of our reasoning should be taken as doubting that the Respondents *could* have devised a business model not involving them employing drivers. We find only that the model which they chose fails to achieve that aim.

Which is the employing entity?

98 Mr Reade submitted that if the drivers had any limb (b) relationship with the organisation, it must be with UBV. There was no agreement of any sort with ULL, which only exists to satisfy a regulatory requirement. We reject that submission. UBV is a Dutch company the central functions of which are to exercise and protect legal rights associated with the App and process passengers' payments. It does not have day-to-day or week-to-week contact with the drivers. There is simply no reason to characterise it as their employer. We accept its first case, that it does not employ drivers. ULL is the obvious candidate. It is a UK company. Despite protestations to the contrary in the Partner Terms and New Terms, it self-evidently exists to run, and does run, a PHV operation in London.⁵⁶ It is the point of contact between Uber and the drivers. It recruits, instructs, controls, disciplines and, where it sees fit, dismisses drivers. It determines disputes affecting their interests.

Employment status – the extended definitions

99 Given our decision on the core definition, applicability of the extended

⁵⁴ As *Mingeley* and *Khan* illustrate

⁵⁵ Cited at para 78 above

⁵⁶ As Ms Bertram in her oral evidence was eventually prevailed upon to accept

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

definitions does not, and cannot, arise. But, for what it is worth, we agree with Mr Linden⁵⁷ that if the drivers were supplied by UBV to work for ULL (or even for the passengers), claims would lie against UBV (subject to the conflict of laws issues) by virtue of NMWA, s34, WTR, reg 36(1) and ERA, s43K(1). Mr Reade's submissions to the contrary depend in the first place on there being a contract between driver and passenger. We have found that there is none.

When are drivers 'working' under a limb (b) or extended definition contract?

100 We have already stated our view that a driver is 'working' under a limb (b) contract when he has the App switched on, is in the territory in which he is licensed to use the App, and is ready and willing to accept trips. Mr Reade submitted that, even if there is a limb (b) contract between the driver and Uber, he is not 'working' under it unless and until he is performing the function for which (on this hypothesis) the contract exists, namely carrying a passenger. We do not accept that submission because, in our view, it confuses the service which the passenger desires with the work which Uber requires of its drivers in order to deliver that service. It is essential to Uber's business to maintain a pool of drivers who can be called upon as and when a demand for driving services arises. The excellent 'rider experience' which the organisation seeks to provide depends on its ability to get drivers to passengers as quickly as possible. To be confident of satisfying demand, it must, at any one time, have some of its drivers carrying passengers and some waiting for the opportunity to do so. Being available is an essential part of the service which the driver renders to Uber. If we may borrow another well-known literary line:

They also serve who only stand and wait.⁵⁸

101 We are inclined to think that the three conditions given in our last paragraph would need to be qualified where an Uber trip takes a driver out of the 'territory' in which he is authorised by Uber to work. It seems to us that, having ended the trip, he would be 'working' under his contract while returning to the territory with a view to undertaking more trips. But the point was not debated before us and accordingly no definitive ruling is given.

102 In case we are wrong in our primary conclusion, we would hold in the alternative that, at the very latest, the driver is 'working' for Uber from the moment when he accepts any trip. He is then bound, subject to the cancellation policy, to complete the trip (and will not be offered any other work until he has done so) and is required immediately by Uber to undertake work essential to Uber's delivery of the service to the passenger, namely to proceed at once to the pick-up point.

Conflict of laws

103 Given our conclusions so far, the conflict of laws points are strictly otiose. But in case, contrary to our view, the drivers are not employed by ULL but by UBV, and in deference to the arguments addressed to us, we will complete the analysis.

⁵⁷ Submissions, paras 79-83

⁵⁸ Milton, *On his blindness*. The line encapsulates our view, although we are alive to the fact that those to whom the poet referred were not seen as rendering "day-labour".

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

104 As we have recorded, the dispute is confined to applicable law. That brings into play Rome I. Mr Reade's starting-point is Art 3, which begins thus:

(1) A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

105 It seems to us that Mr Reade is faced with an immediate difficulty. The choice of law set out in the Partner Terms and the New Terms specifies that those agreements are to be governed by the laws of the Netherlands, but the hypothesis on which we are now proceeding is that quite separate agreements must be inferred, under which UBV employs drivers as limb (b) workers. Do claims under these inferred contracts fall within the choice of law clause? So far as material, it reads:

Except as otherwise set forth in this Agreement, this Agreement shall be exclusively governed by and construed in accordance with the laws of the Netherlands, excluding its rules on conflicts of laws.

It seems to be necessary to Mr Reade's argument to interpret "this Agreement" as including the inferred worker contract. We see no reason to do so. As we have recorded, both versions of the document purport to set out terms on which drivers are given access to the App and strenuously deny that they create, or give rise to, any form of employment relationship. How could one imply further terms which say the very opposite?⁵⁹ It is one thing to disregard terms on the basis that they are not consistent with the real bargain between the parties,⁶⁰ quite another to imply into the written contract an entirely fresh agreement wholly incompatible with its express terms. We conclude that any inferred 'worker' contract must have an existence separate and apart from "this Agreement," in which the choice of law clause relied on by Mr Reade is contained. (Nor, to state the obvious, could there be any basis for holding, independently of the choice of law clause, that any inferred 'worker' contracts between drivers and UBV were governed by the law of the Netherlands. On Rome I principles, the applicable law would inevitably be that of England and Wales.)⁶¹

106 In case we are wrong, and the choice of law clause contained in the agreement between the drivers and UBV 'bites', we will briefly consider the submissions addressed to us. In the first place, we were taken to two further provisions of Art 3:

(3) Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.

(4) Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are

⁵⁹ See *eg* the speech of Lord Hoffmann in *Johnson-v-Unisys Ltd* [2001] ICR 480 HL, para 37: "Implied terms may supplement the express terms of the contract but cannot contradict them."

⁶⁰ Such as the right of substitution provision in *Autoclenz*

⁶¹ See Art 8(2)-(4), cited below.

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.

107 Mr Reade conceded that, since WTR implement Community law and cannot be derogated from by agreement,⁶² Art 3(4) applies to claims under those Regulations. But he maintained that that provision did not assist the Claimants in respect of their other claims. In particular, Art 3(3) did not apply because "all other elements relevant to the situation at the time of choice" were not located in England and Wales: for one, UBV was and is domiciled in the Netherlands.

108 In a very brief submission, Mr Linden appeared to argue that Art 3(4) wins the day for the Claimants in respect of all categories of claim.

109 We accept Mr Reade's submission. Domicile of the employer must be a relevant 'element'.

110 Next, attention turned to Art 8, which provides:

(1) An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs (2), (3) and (4) of this Article.

(2) To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.

(3) Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph (2), the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.

(4) Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs (2) or (3), the law of that other country shall apply.

111 Here, the contest before us was confined to the question whether the limb (b) contract under which the Uber driver works is an 'individual employment contract' within the meaning of para (1).

112 Mr Linden submitted, in reliance on the recitals to Rome I⁶³ that the legislation must be read purposively, having regard to its stated aim of protecting parties who enter into contracts from a position of weakness. He also drew our attention to the judgments of the CJEU in *Allonby-v-Accrington and Rossendale College* [2004] ICR 1328, *Lawrie-Blum-v-Land Baden-Württemberg* [1987] ICR 483 and *Holterman Ferho Exploitatie BV-v-Spies von Büllesheim* [2016] IRLR 140, all

⁶² Reg 35

⁶³ In particular, (22) and (33)-(36)

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

of which, he submitted, argue for the need for an ample interpretation of the concept of 'employment' in the European context.

113 Mr Reade in reply also cited the *Spies von Büllesheim* case, quoting extensively from the judgment. He relied particularly on these passages:

45 It is in the light of the foregoing considerations ... that the referring court must determine ... whether in the present case Mr Spies von Büllesheim, in his capacity as director and manager of Holterman Ferho Exploitatie, for a certain period of time performed services for and under the direction of that company in return for which he received remuneration and was bound by a lasting bond which brought him to some extent within the organisational framework of the business of that company.

46 More specifically, with regard to the relationship of subordination, the issue whether such a relationship exists must, in each particular case, be assessed on the basis of all the factors and circumstances characterising the relationship between the parties ...

We understood Mr Reade's broad contention to be that the 'individual employment contract' was to be equated with our contract of service. At all events, he submitted that, on the facts, the requirements specified by the CJEU were not met.

114 We prefer the submissions of Mr Linden. We do not read the *Spies von Büllesheim* case as marking a departure from established Community jurisprudence. In the *Allonby* case, the ECJ said this:

66. The term "worker"... cannot be defined by reference to the legislation of the member states but has a Community meaning. Moreover, it cannot be interpreted restrictively.

67 ... there must be considered as a worker a person who, for a certain period of time, performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration ...

68 ... It is clear from [the Article 141(2) definition of "pay"] that the authors of the Treaty did not intend that the term "worker" ... should include independent providers of services who are not in a relationship of subordination with the person who receives the services ...

69 ... the question whether such relationship exists must be answered in each particular case having regard to all the factors and circumstances by which the relationship between the parties is characterised.

70 Provided that a person is a worker ... the nature of his legal relationship with the other party to the employment relationship is of no consequence ...

71 The formal classification of a self-employed person under national law does not exclude the possibility that a person must be classified as a worker ... if his independence is merely notional, thereby disguising an employment relationship ...

In our view, it is clear that the critical distinction for Community law purposes is between the dependent worker (who is seen as meriting protection) and the independent contractor in business on his own account (who is not). Those in the former category may work under contracts of service or under some looser legal relationship. The distinction is unimportant, provided that the individual has a

Case Nos: 2202550/2015
& Others

dependent (or 'subordinate') status.⁶⁴ All are in 'employment' and the question whether an individual can properly be classified for any purpose as 'self-employed' is likely to be a distraction.⁶⁵ The key question in every case is whether or not he or she is operating an independent profession or business.⁶⁶

115 Mr Linden relied in the alternative on Art 9, the material parts of which read as follows:

(1) Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.

(2) Nothing in this Convention shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.

116 Mr Linden submitted that the rights which the Claimants seek to enforce are contained in 'overriding mandatory provisions'. He relied upon *Simpson-v-Intralinks Ltd* [2012] ICR 1343 EAT, in which Langstaff P held that the Sex Discrimination Act 1975 and the Equal Pay Act 1970 were 'mandatory rules' within what was then Art 7 of the Rome Convention and that accordingly, although the contract was expressed to be governed by the law of Germany and provided for any dispute to be determined in Frankfurt, the Employment Tribunal in London had jurisdiction to consider her claims under those Acts. Art 7 read:

(1) When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

(2) Nothing in this Convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract.

One part of the judge's reasoning was his view that the legislation under which the claims were brought was mandatory "by definition", because parties are prohibited from derogating from it by agreement. The result was that the case was remitted to the Employment Tribunal for determination of the statutory claims on the basis that German law was to be applied on all issues other than those on which the 1975 and 1970 Acts were mandatory. On the facts, one such issue (perhaps the only one) would be whether there was a contract of employment.

117 Mr Reade submitted that *Simpson* was of no assistance. It did not concern

⁶⁴ We see very little distance between domestic and Community law in this area. In *Bates van Winkelhof* (supra), Lady Hale acknowledged that 'subordination' may point to worker status although it not a "freestanding and universal characteristic" (judgment, para 39).

⁶⁵ As *Allonby* itself points out (para 71). In *Byrne Brothers*, Mr Recorder Underhill appeared to regard workers as quasi-employees, whereas Lady Hale in *Bates van Winkelhof* put them in the self-employed category. Neither treated the label as important in itself.

⁶⁶ If authority is needed, see *eg Hashwani-v-Jivraj* [2011] ICR 1004 UKSC, per Lord Clarke.

Case Nos: 2202550/2015
& Others

Mr Linden suggested a public policy that those shown to qualify as workers should enjoy the employment rights which they assert. We do not accept that such a principle would fall within Art 21.⁷² In any event, the Claimants do not identify any provision of Dutch law which is said to be "manifestly incompatible" with it. We reject the submission based on Art 21.

120 For all of these reasons, we are clear that if, contrary to our view, the Claimants were employed by UBV under limb (b) contracts, they would be entitled to rely on Art 8 or, in the alternative, Art 9. As in *Simpson*, the Claimants would have to litigate on the basis that Dutch law applied on all issues save those on which WTR, ERA and NMWA were mandatory.

Working time

121 We have already considered the issue as to when the Uber driver is to be treated as 'working' under his limb (b) contract. The closely related (but not identical) question now for consideration is when his 'working time' begins and ends. Under WTR, reg 2(1), a worker's working time is defined as including:

- (a) any period during which he is working, at his employer's disposal and carrying out his activity or duties ...

122 Mr Linden submitted that the entire time from when the driver leaves home to when he returns home at the end of a period of work is working time. He relied "by analogy" on *Federación de Servicios Privados del Sindicato Comisiones Obreras-v-Tyco Integrated Security SL* [2015] IRLR 935 CJEU, in which it was held that working time of the claimant field technicians spanned the entire period from leaving home to visit their first customer to returning home after making their last call. We reject that submission. For the reasons already given, we find that (subject to the case where a trip takes him outside his 'territory') the Uber driver's working time starts as soon as he is within his territory, has the App switched on and is ready and willing to accept trips and ends as soon as one or more of those conditions ceases to apply. For so long as the conditions apply, but no longer, we consider that he is "working, at his employer's disposal and carrying out his activity or duties." In the case of a driver who lives within the territory in which he works (presumably the majority do), working time may start as soon as he leaves home and continue (more or less) until he returns home. (It will, of course, be a matter of evidence in each case whether, and for how long, he remains ready and willing to accept trips.) In the case of a driver (like Mr Farrar) who lives outside the territory in which he works, time spent travelling from home to the territory where he works and, at the end of the period of work, from the territory to home is not, in our judgment, working time. When outside the territory he is not working, at Uber's disposal or carrying out the activity or duties for which he is employed. Rather, he is a commuter travelling to and from his place of work. The *Tyco Integrated Security* case does not assist us. There the claimants' travel from home to their first assignment and from their last visit to home were necessary incidents of the employers' provision of technical services to its customers. That cannot be said of the time which Mr Farrar spends travelling to and from the London territory.

⁷² If Mr Linden was right, choice of law would count for nothing and Arts 8 and 9 would be superfluous.

Case Nos: 2202550/2015
& Others

123 We are also inclined to think that the time of an Uber driver who undertakes a trip which takes him outside his territory continues to be working time for the duration of the trip and the return journey to his territory. But that depends at least in part on whether he is 'working' under his limb (b) contract throughout the relevant time and since, as we have already stated,⁷³ we do not feel able to determine that issue because it has not been the subject of argument, it is not appropriate for us to offer a concluded view on the corresponding working time point.

124 In case we are wrong in our primary conclusion, we hold in the alternative that working time begins at the latest when the driver accepts a trip and ends when that trip is completed.

'Work' under NMWA

125 The National Minimum Wage Regulations 2015 ('NMWR') contain complex provisions governing the way in which time is to be reckoned for the purpose of establishing in any particular case whether the employer has satisfied the requirements of NMWA. The first question is whether the Uber driver's working hours are given to 'salaried hours work', 'time work', 'output work' or 'unmeasured work'. It is common ground that the first of these is inapplicable. Mr Reade argued that the second, 'time work', applies. NMWR, reg 30 provides:

Time work is work, other than salaried hours work, in respect of which a worker is entitled under their (sic) contract to be paid –

- (a) by reference to the time worked by the worker;
- (b) by reference to a measure of output in a period of time where the worker is required to work for the whole of that period; or
- (c) for work that would fall within sub-paragraph (b) but for the worker having an entitlement to be paid by reference to the period of time alone when the output does not exceed a particular level.

Rightly, in our view, Mr Reade proceeded on the footing that the 'time work' analysis fits the case only if the driver is 'working' when he is carrying a passenger but not otherwise. For the reasons already stated, that is not our view and accordingly we are satisfied that the Uber driver does not undertake 'time work'.

126 Are we then concerned with 'output work'? NMWR, reg 36 reads:

Output work is work, other than time work, in respect of which a worker is entitled under their (sic) contract to be paid by reference to a measure of output by the worker, including a number of pieces made or processed, or a number of tasks performed.

In our judgment, 'output work' is inapplicable. The Uber driver's entitlement to pay does not depend on his achieving set units of production or completing a particular number of tasks.

127 It follows that the Uber driver performs 'unmeasured work'.⁷⁴ The hours of

⁷³ See para 101 above.

⁷⁴ The 'default' analysis, if the other three possibilities are discounted: reg 44

**Case Nos: 2202550/2015
& Others**

unmeasured work in any pay reference period are to be computed in accordance with NMWR, reg 45. In the ordinary case, the relevant hours are the "hours ... worked."⁷⁵ We were not asked to determine any issue as to how that provision should be applied, save for Mr Linden's submission that travelling time to and from home 'counts'. He relied on reg 47, which provides:

The hours when a worker is travelling for the purposes of unmeasured work are to be treated as unmeasured work.

The argument was not elaborated and Mr Reid did not make submissions in response. We do not consider that reg 47 is apt to include time spent by drivers who live outside the London territory travelling between home and the territory or returning home from it. Travel "for the purposes of work" is not, it seems to us, to be equated with travel for the purposes of getting to and from work.

128 But a driver's hours spent returning to his territory to continue working after an out-of-territory trip commencing within it would, it seems to us, count as reckonable time.⁷⁶

Outcome and Further Conduct

129 For the reasons given, the Claimants succeed to the extent explained in these reasons.

130 Subject to any appeal, it will be necessary to consider case management and further hearings, but we think it right to allow time first for the parties to digest our decision and the representatives to communicate with one another with a view to achieving as much common ground as possible on the further conduct of the litigation. The parties are asked to deliver to the Tribunal no later than 2 December written representations, preferably agreed, as to the best way forward.

A.M. Snelson

EMPLOYMENT JUDGE

Reasons entered in the Register and copies sent to the parties on

..... for Office of the Tribunals

⁷⁵ Reg 45(1)(a)

⁷⁶ Here we feel able to give a definitive view because it seems to us that the driver must succeed by one or other of two routes. He spends the time either 'working' (reg 45 - cf para 101 sup) or travelling "for the purposes of" work (reg 47).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 03ª REGIÃO 33ª
VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE
RTOOrd 0011359-34.2016.5.03.0112
AUTOR: RODRIGO LEONARDO SILVA FERREIRA
RÉU: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.

Poder Judiciário
33ª Vara do Trabalho
de Belo Horizonte-MG
processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112

Em 13 de fevereiro de 2017, às 17h00min, o Exmo. Juiz do Trabalho Titular da 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, **MÁRCIO TOLEDO GONÇALVES**, procedeu ao **JULGAMENTO** da Reclamação Trabalhista ajuizada por **RODRIGO LEONARDO SILVA FERREIRA** em face de **UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA..**

1. Relatório

RODRIGO LEONARDO SILVA FERREIRA ajuizou ação trabalhista em face de **UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA**, aduzindo, em suma, que foi contratado pela ré em 20 de fevereiro de 2015 para trabalhar na função de motorista, transportando passageiros na cidade de Belo Horizonte/MG; que foi dispensado de forma unilateral e abusiva em 18 de dezembro de 2015, sem receber as verbas trabalhistas a que tem direito; que recebia salário-produção entre R\$4.000,00 a R\$7.000,00; que trabalhou, em média, duas horas diárias em sobrejornada durante todo contrato de trabalho; que laborou em período noturno sem o pagamento de adicional; que trabalhou em feriados sem que houvesse compensação ou pagamento em dobro;

que não recebeu as verbas rescisórias; que devem ser aplicadas à ré as multas do art. 467 e 477, §8º da CLT; que faz jus ao reembolso de despesas para a realização do trabalho; que faz jus à indenização por dano moral sofrido em virtude de dispensa arbitrária. Diante dessas alegações, deduz os pedidos e os requerimentos de id d9ea4a8 - pág. 12 a pág.15. Atribui à causa o valor de R\$50.000,00. Junta procuração (id 646486f), declaração de hipossuficiência (id 36e81d7) e documentos (id 3937e7b a 3d4cd0f).

Em audiência inaugural, foi rejeitada a primeira tentativa conciliatória (id 019a330).

Defesa escrita da reclamada (id d27b239) em que argui preliminares de incompetência absoluta da justiça do trabalho e inépcia da petição inicial e requer a tramitação do feito em segredo de justiça. No mérito, contesta os pleitos exordiais, sob o argumento de inexistência de vínculo de emprego entre as partes. Pugna pela total improcedência dos pedidos iniciais. Alega inexistência de pessoalidade, ausência de exclusividade, habitualidade, onerosidade e subordinação. Rebate os pedidos de indenização por danos morais e de reembolso de despesas. Requer a condenação do autor por litigância de má-fé. Colaciona documentos (id 4d7c491 a id 8a79167) e mídia em CD contendo gravações.

Despacho publicado em 03 de outubro de 2016 indeferindo o pedido de decretação de segredo de justiça (id 2bd97f0).

Impugnação aos documentos e à defesa (id 8060f5a).

Audiência em continuidade (id fccbdc2) adiada em virtude de expedição de ofícios ao Ministério Público do Trabalho para remessa de cópia de procedimentos administrativos acerca da matéria debatida nos autos.

Ofício da PRT da 1ª Região com cópia do Inquérito Civil nº 004552.2016.01.000/6 juntada aos autos (id 3e961c3 e id fd23d92).

Na audiência de instrução, procedeu-se ao depoimento pessoal do autor e oitiva de duas testemunhas (id 34c8e7b).

As partes declararam que não tinham outras provas a produzir, encerrando-se a instrução do feito.

Razões finais escritas apresentadas pela ré (id 642b61d). Foi rejeitada a última tentativa conciliatória.

É o relatório.

2. Fundamentos

2.1. Preliminar suscitada de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho

A reclamada requer seja declarada a incompetência da Justiça do Trabalho ao argumento de que não há qualquer relação de trabalho entre ela e o reclamante. Aduz que a relação mantida entre as partes é de natureza civil, consubstanciada na contratação do uso do aplicativo Uber.

A determinação da competência material da Justiça do Trabalho é fixada em decorrência da causa de pedir e do pedido formulados na peça de ingresso. Assim, se o reclamante assevera que a relação material é regida pela CLT e formula pedidos de natureza trabalhista, a Justiça do Trabalho é competente para apreciar o feito nos termos do art. 114, I e X, da Constituição da República.

Rejeito.

2.2. Preliminar suscitada de ofício de Incompetência material da Justiça do Trabalho

Suscito, de ofício, preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho para apreciar o pedido de letra “g” da petição inicial.

É que, embora este juízo tenha entendimento em sentido contrário, a jurisprudência cristalizou-se no sentido de que *“a competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e sobre os valores objeto do acordo homologado que integrem o salário de contribuição.”* (Súmula 368, I, do C.TST)

Na mesma direção, o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante disciplinando a matéria, nos seguintes termos:

SÚMULA VINCULANTE 53 - A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

Sendo assim, curvando-me ao posicionamento vinculante supra, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, por incompetência *ex ratione materiae* relativamente ao pleito de condenação da ré na obrigação de efetuar os recolhimentos previdenciários, com fulcro nos arts. 485, IV do CPC 2015, c/c art. 769 da CLT.

2.3. Preliminar suscitada de inépcia da petição inicial

Pugna a reclamada pelo acolhimento da preliminar de inépcia dos pedidos de horas extras, adicional noturno e pagamento de feriados

em dobro. Afirma que tais pedidos, além de não possuírem causa de pedir, são genéricos e aleatórios.

A petição inicial só é inepta quando possuir defeitos, de tal monta, que tornem impossível o exercício do contraditório, dificultando o julgamento da causa pelo seu mérito.

Ora, além de ter observado os requisitos legais constantes do art. 840, parágrafo 1º, da CLT e 319, do CPC 2015, a peça vestibular possibilitou o exercício do direito de defesa e do contraditório pela parte adversária. Ademais é oportuno lembrar que o processo do trabalho é regido pelos princípios da simplicidade e informalidade.

Quanto aos pedidos de pagamento de hora extra e de adicional noturno, os requisitos previstos no art. 319, II, do CPC 2015, foram preenchidos com a simples indicação de trabalho em período noturno e realização de duas horas extras diárias. De igual modo, sendo possível a determinação em sentença do número de feriados trabalhados sem a devida compensação ou pagamento, não há se falar em pedido genérico e aleatório.

Dessa forma, os pedidos não são ineptos, não tendo sido verificada nenhuma das hipóteses elencadas no parágrafo primeiro do art. 330, do CPC 2015.

Rejeito.

2.4. Protestos registrados pela ré em virtude do indeferimento do requerimento de decretação de segredo de justiça

A reclamada requer que o presente feito tramite sob segredo de justiça porque, em seu dizer, as questões debatidas nos autos

representam segredo de negócio e envolvem o fluxo de informações pela internet, as quais são classificadas como sigilosas e confidenciais pelo marco civil da internet (arts. 7º, I e II e 23 da Lei 12.965/14).

Sem razão.

Os detalhes do negócio promovido pela ré contidos nos documentos colacionados ao autos não se inserem em nenhuma das hipóteses descritas no art. 189 do CPC 2015, não se sobrepondo à regra geral da publicidade dos atos que regem o processo do trabalho.

Com efeito, não se pode falar em desrespeito ao direito de imagem e patrimônio da ré até porque a proteção à livre iniciativa e livre concorrência não são fundamentos constitucionais para se afastar o princípio da publicidade, proposição central de uma sociedade democrática. Note-se que a ré não demonstra, concretamente, os riscos ou prejuízos advindos com a visibilidade do processo.

De igual modo, não se vislumbrou nos autos, nem tampouco apontou a ré de maneira específica, quaisquer documentos protegidos pela inviolabilidade prevista no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014).

Assim, mantenho a decisão que indeferiu o requerimento de decretação de segredo de justiça (id c405097).

2.5. Protestos registrados pelo autor em virtude do deferimento da contradita da testemunha Sr. Wagner Martins de Oliveira e do indeferimento de sua oitiva na condição de informante

Restou caracterizada, segundo o quadro fático traçado, a troca de favores entre a parte e a testemunha, de modo que o autor foi arrolado como testemunha em ação movida contra a reclamada (id 34c8e7b).

O entendimento da Súmula 357 do C. TST indica que “*não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador*”. Mas, a hipótese destes autos é diferente. Como o reclamante irá prestar depoimento na ação que a testemunha contraditada move contra a reclamada, fica presumida a existência da chamada “troca de favores”, em que os depoimentos recíprocos não terão a necessária isenção, para que possam ser considerados úteis à solução da lide.

Nesse sentido é o entendimento deste E. Regional:

“CONTRADITA. TROCA DE FAVORES. SUSPEIÇADA TESTEMUNHA. A teor da Súmula 357 do TST, o fato de a testemunha também litigar em juízo contra o empregador não caracteriza suspeição. Todavia, a situação intitulada troca de favores entre testemunha e autor, é hipótese diversa e não se enquadra no citado verbete.” (Processo: 1.0000574-93.2014.5.03.0108 RO(00574-2014-108-03-00-4 RO) Órgão Julgador:Quinta Turma Relator:Convocado Joao Bosco de Barcelos Coura - Publicado em 16/05/2016)

Cumpra destacar, por fim, que o acolhimento da contradita não importa em necessária oitiva na condição de informante quando o juiz entender inútil ou imprestável a produção de prova, sobretudo em razão do estabelecido no art. 457, §§ 1º e 2º, do CPC 2015, *in verbis*:

§1o É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado. §2o Sendo provados ou confessados os fatos a que se refere o § 1o, o juiz dispensará a testemunha ou lhe tomará o depoimento como informante.

Nada a sanar.

2.6. Protestos registrados pela ré em virtude do indeferimento da contradita da testemunha Sr. Charles Soares Figueiredo

A contradita apresentada pela reclamada da testemunha Sr. Charles Soares Figueiredo foi indeferida, uma vez que, diferentemente da primeira testemunha apresentada, o depoente não arrolou o demandante como sua testemunha no processo judicial movido em face da ré.

Assim a alegação de troca de favores se torna infundada porque ausente a evidência de benefício recíproco. Ademais, a testemunha foi advertida e compromissada, na forma da lei.

Sem razão, portanto, a reclamada em sua irresignação, não havendo que falar em nulidade por cerceamento de defesa ou de prejuízo para as partes.

2.7. Protestos registrados pelo autor em virtude do indeferimento da contradita da testemunha Sr. Norival Oliveira Silva

Esse juízo resolveu indeferir a contradita da testemunha Sr. Norival Oliveira Silva em razão de não se vislumbrar interesse no litígio que pudesse implicar suspeição, nos termos do art. 829 da CLT e do art. 447, §3º do CPC 2015.

A princípio, o simples fato de utilizar a plataforma eletrônica da ré para suas atividades comerciais não implica em falta de isenção de ânimo para depor. No entanto, atento a todas as peculiaridades da oitiva, percebeu-se que o depoente não estava totalmente comprometido com a verdade, o que será objeto de consideração em momento oportuno desta decisão.

Rejeito.

2.8. Impugnação de documentos

Impugnou a reclamada os documentos juntados pelo reclamante.

Todavia, tal impugnação não indicou qualquer vício quanto ao conteúdo ou quanto à forma de referidos documentos. Sendo assim, a mera alegação não lhes retira o valor probante e por ser inespecífica não prospera, haja vista que não se pode colocar a forma acima da essência, reputando-se como válidos os documentos juntados com a inicial.

Afasto.

2.9. Depoimento da testemunha Sr. Norival Oliveira Silva. Destituição de valor probatório

O depoimento prestado pela testemunha Sr. Norival Oliveira Silva (id 34c8e7b) revelou-se totalmente imprestável, porque constituído de declarações inverossímeis, no claro intuito de favorecer as alegações da defesa.

Corroborando tal conclusão, basta destacar alguns pontos desse depoimento que destoam de todos os demais, do conjunto probatório e até mesmo das máximas de experiência daquilo que ordinariamente acontece:

“(...) quem define o preço da viagem é o motorista (...)”, “(...) que a Uber não determinada nenhum tipo de comodidade para o passageiro; que não há obrigatoriedade de água mineral no carro da Uber; que veio de Uber para cá e não lhe ofereceram água (...)” e “(...)que uma sucessão de avaliações negativas não ocasionam nenhuma consequência para o motorista (...)”

Diante de tantas inverdades, só resta ao juízo destituir todo o valor probatório, fundamento pelo qual não considerarei tal depoimento como meio de prova da ré.

2.10. Relação jurídica entre autor e ré. Vínculo de emprego

O autor aduz que foi contratado para exercer as atividades de motorista da reclamada, tendo sido dispensado, de forma unilateral e abusiva, em 18 de dezembro de 2015, sem o recebimento das verbas trabalhistas. Alega que se tratava de comissionista puro e que realizava jornada extraordinária habitualmente, trabalhando, inclusive, em período noturno. Afirma que recebia mensalmente o valor entre R\$4.000,00 a R\$7.000,00. Pretende, assim, o reconhecimento de vínculo de emprego, com a devida anotação da carteira de trabalho e previdência social (CTPS). Pugna pelo deferimento das seguintes verbas trabalhistas: horas extraordinárias; adicional noturno; FGTS com 40%; férias com 1/3; 13º salário; aviso prévio; saldo de salário; multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT; remuneração dos feriados trabalhados, na forma da lei.

A ré contesta as alegações da petição inicial. Afirma que é empresa que explora plataforma tecnológica que permite a usuários de aplicativos solicitar, junto a motoristas independentes, transporte individual privado. Aduz que o reclamante é que a contratou para uma prestação de serviço de captação e angariação de clientes. Salienta que jamais houve pessoalidade entre as partes na medida em que o usuário pode ser atendido por qualquer um dos motoristas parceiros disponíveis na plataforma. Alega a inexistência de habitualidade na relação mantida entre as partes por não existir dias e horários obrigatórios para a realização das atividades. Salienta que o reclamante não recebeu nenhuma remuneração e que foi ele quem a

remunerou pela utilização do aplicativo. Contesta, assim, a pretendida caracterização de relação de emprego entre as partes e pugna pela total improcedência dos pedidos iniciais.

Antes do exame do caso concreto, faz-se necessária uma introdução de modo a situar a questão individual debatida nos presentes autos na conjuntura de funcionamento dos sistemas produtivos contemporâneos, na medida em que esta demanda, conquanto individual, tem natureza e potencial metaindividuais.

A presente lide examina a chamada “uberização” das relações laborais, fenômeno que descreve a emergência de um novo padrão de organização do trabalho

a partir dos avanços da tecnologia. Assim, há que se compreender o presente conflito segundo os traços de contemporaneidade que marcam a utilização das tecnologias disruptivas no desdobramento da relação capital-trabalho.

A princípio, é importante uma rápida contextualização histórica deste novo fenômeno. Na denominada sociedade urbana industrial podemos identificar a existência de três formas de organização do trabalho: a primeira foi criada pelo empresário norte-americano Henry Ford em 1914, o chamado fordismo, que representou a organização do trabalho em um sistema baseado numa linha de montagem em grandes plantas industriais. Havia ali certa homogeneização das reivindicações dos trabalhadores porque eles passavam a se encontrar sob o mesmo chão de fábrica, submetidos às mesmas condições de trabalho.

A partir da década de 1960, com o esgotamento do modelo fordista, disseminou-se um novo sistema de organização dos meios de produção denominado toyotismo. O sistema Toyota de produção, que também tinha como referência a montagem de um automóvel, quebrou o

paradigma da produção em massa, de modo a fragmentar o processo produtivo, reunindo assim diferentes contratos de trabalho no mesmo empreendimento, além de diferentes empresas especializadas nessa parcialização da produção. Havia uma prevalência da heterogeneidade na regulamentação das condições de trabalho dada a distinção feita entre os trabalhadores diretamente contratados por uma montadora e os contratados pelas demais empresas que prestavam serviços conexos ou periféricos, tais como vigilância, limpeza e constituição de peças utilizadas na montagem do veículo. Como desdobramento dessa segunda fase, em meados dos anos de 1970, por causa da Crise do Petróleo de 1973 e de outras tantas razões próprias das dinâmicas cíclicas do capitalismo, iniciou-se uma grave crise econômica, propiciando a propagação da terceirização irrestrita tanto na indústria, como no setor de serviços.

Agora, estamos diante de um novo modelo de organização do trabalho.

A partir da segunda década do século XXI, assistimos ao surgimento de um fenômeno novo, a “uberização”, que, muito embora ainda se encontre em nichos específicos do mercado, tem potencial de se generalizar para todos os setores da atividade econômica. A ré destes autos empresta seu nome ao fenômeno por se tratar do arquétipo desse atual modelo, firmado na tentativa de autonomização dos contratos de trabalho e na utilização de inovações disruptivas nas formas de produção.

Não há trabalho humano que não tenha nascido sob a égide do conhecimento e da tecnologia. Uma das marcas do capitalismo é exatamente esta. Da máquina a vapor à inteligência artificial, não

podemos ignorar a importância dos avanços tecnológicos na evolução das relações laborais.

Entretanto, é essencial perceber que, ao longo de todo esse processo de evolução tecnológica do capitalismo, uma ontologia tem permanecido, qual seja, a existência de um modo de extração de valor trabalho da força de trabalho. É neste contexto que devemos perceber o papel histórico do Direito do Trabalho como um conjunto de normas construtoras de uma mediação no âmbito do capitalismo e que tem como objetivo constituir uma regulação do mercado de trabalho de forma a preservar um 'patamar civilizatório mínimo' por meio da aplicação de princípios, direitos fundamentais e estruturas normativas que visam manter a dignidade do trabalhador.

Portanto, devemos estar atentos à atualidade do Direito do Trabalho, esta estrutura normativa que nasceu da necessidade social de regulação dos processos capitalistas de extração de valor do trabalho alienado. Qualquer processo econômico que possua, em sua essência material, extração e apropriação do labor que produz mercadorias e serviços atrairá a aplicação deste conjunto normativo, sob risco de, em não o fazendo, precipitar-se em retrocesso civilizatório.

Dito isto e sob tais premissas, cabe examinar o caso concreto e seu enquadramento jurídico.

O exame acerca da existência ou não de relação de emprego, como ordinariamente ocorre, deve nortear-se pelo Princípio da primazia da realidade sobre a forma, de modo que a análise de eventual existência de vínculo de emprego entre a ré e seus motoristas passa, preambularmente, pela apreciação da presença ou ausência dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego.

Segundo a CLT, empregado é *“toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”* (art. 3º da CLT).

Extraí-se desta definição que são elementos fático-jurídicos para o reconhecimento da relação de emprego: ser pessoa física; a pessoalidade; a não eventualidade, a onerosidade e, por fim, a subordinação. Passaremos, a seguir, ao exame de cada um destes elementos.

2.10.1. Pessoa física. Pessoalidade

Sendo desnecessário frisar que o autor é pessoa física, o primeiro elemento fático-jurídico que merece maior atenção é a presença ou não de pessoalidade na prestação dos serviços.

Conforme enfatiza o Professor Maurício Godinho Delgado “é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador.” (Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016).

Nesse diapasão, o depoimento da testemunha Sr. Charles Soares Figueiredo (id 34c8e7b) é absolutamente revelador quanto à presença desse pressuposto ao demonstrar que a reclamada exige prévio cadastro pessoal de cada um dos pretensos motoristas, ocasião em que devem ser enviados diversos documentos pessoais necessários para aprovação em seu quadro, tais como certificado de habilitação para exercer a função de condutor remunerado, atestados de bons antecedentes e certidões “nada consta”.

Informou o depoente que à época de sua contratação foi, inclusive, submetido à entrevista pessoal:

“(...) que participou de uma entrevista pessoal, que a entrevista foi com Michele, na antiga sede que ficava, acha, que no Gutierrez, que ficou lá de 8h da manhã até 12h participando de uma integração, que mais ou menos uns 20 motorista participaram (...).”

Corroborando estas declarações, chama atenção o depoimento do Sr. Saadi Alves de Aquino nos autos do IC 001417.2016.01.000/6 (id eecf75b). O declarante, na condição de coordenador de operações, acompanhava a contratação dos motoristas na cidade do Rio de Janeiro, processo que consistia em apresentação de documentos, testes psicológicos e análise de antecedentes por empresa terceirizada. Como se vê, a reclamada escolhia minunciosamente quem poderia integrar ou não os seus quadros.

Resta claro, portanto, o caráter *intuitu personae* da relação jurídica travada pelas partes, principalmente porque não é permitido ao motorista ceder sua conta do aplicativo para que outra pessoa não cadastrada e previamente autorizada realize as viagens. Nesse sentido, novamente, é o depoimento do Sr. Charles Soares Figueiredo (id 34c8e7b):

“(...) que não poderia colocar ninguém para ficar em seu lugar, que isso seria uma falta grave, com punição de bloqueio definitivo da plataforma (...).”

Esta proibição de se fazer substituir também pode ser confirmada por uma simples consulta ao sítio eletrônico da Uber. Com amparo no Princípio da conexão, transcreve-se trecho dos termos de segurança estabelecidos pela demandada:

“Os termos e condições da Uber não permitem o compartilhamento das contas dos motoristas parceiros. O uso da sua conta por outro motorista se constitui como um sério problema de segurança. Se soubermos que um

motorista não corresponde ao perfil do motorista parceiro exibido pelo aplicativo do passageiro, a conta será suspensa imediatamente e ficará pendente para investigação.” (Disponível em: <<https://help.uber.com/h/1d93388d-cf19-408f-9c41-43dbdd34d44/>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017)

Esse tópico merece atenção especial para que não seja confundida a infungibilidade da prestação de serviços no que tange ao trabalhador com a possibilidade de compartilhamento de veículos cadastrados no sistema eletrônico da Uber.

O automóvel registrado por cada motorista em sua conta é apenas uma ferramenta de trabalho que, por sua própria natureza, não tem relação alguma de dependência com os elementos fático-jurídicos do vínculo de emprego. Assim, a permissão dada ao proprietário do veículo de vincular terceiros para dirigi-lo é absolutamente irrelevante, tratando-se apenas de uma expressão do poder diretivo daquele que organiza, controla e regulamenta a prestação dos serviços.

Tanto é que a reclamada só permite que o trabalhador ceda o uso do veículo a outros motoristas previamente cadastrados em seu sistema, conforme relatou a testemunha Sr. Charles Soares Figueiredo (id 34c8e7b):

“(...) que o depoente agora é parceiro Uber, que se quiser pode colocar um motorista em sua plataforma, que tal motorista tem que ser cadastrado no Uber, sujeito a aprovação ou não, só que tal motorista dirigia o carro do parceiro Uber; (...)”

Fica claro, assim, que a ré mantém vínculo personalíssimo com cada motorista que utiliza sua plataforma, independentemente de este ser ou não o proprietário do veículo conduzido.

Por fim, cabe examinar a tese da defesa de que não há pessoalidade entre as partes, na medida em que o aplicativo apenas aciona o

motorista mais próximo para atender à demanda do usuário, sem que haja possibilidade de escolha do profissional que irá realizar a prestação do serviço

O argumento não procede. Não se pode confundir a pessoalidade marcante da relação motorista-Uber com a impessoalidade da relação usuário-motorista. Assim, da mesma forma que, na maioria das vezes, não podemos escolher qual cozinheiro irá preparar nosso prato em um restaurante ou qual vendedor irá nos atender em uma loja de sapatos, não é dado ao usuário do aplicativo indicar qual motorista o transportará.

Por tudo isto, restou configurado o elemento da pessoalidade.

2.10.2. Onerosidade

A onerosidade pode ser tida como o aspecto da relação empregatícia concernente à existência de contraprestação econômica pelo trabalho do empregado posto à disposição do empregador.

Tomada no aspecto objetivo, a onerosidade representa o mero pagamento, a retribuição pela prestação do serviço. Já no plano subjetivo, representa a expectativa do prestador de serviços de receber algo em recompensa pela atividade exercida.

A afirmação da reclamada de que era o reclamante, enquanto contratante, que a remunerava pela utilização da plataforma digital não se sustenta à luz do Princípio da primazia da realidade sobre a forma, por afrontar cabalmente a realidade dos fatos.

Primeiro porque a prova dos autos evidencia que a ré conduzia, de forma exclusiva, toda a política de pagamento do serviço prestado,

seja em relação ao preço cobrado por quilometragem rodada e tempo de viagem, seja quanto às formas de pagamento ou às promoções e descontos para usuários. Não era dada ao motorista a menor possibilidade de gerência do negócio, situação que não ocorreria caso fosse o obreiro o responsável por remunerar a ré.

Segundo porque a reclamada não somente remunerava os motoristas pelo transporte realizado, como também oferecia prêmios quando alcançadas condições previamente estipuladas. Neste sentido é o depoimento do Sr. Saadi Alves de Aquino, ex-coordenador de operações da ré, nos autos do IC 001417.2016.01.000/6 (id eecf75b):

“(...) que próximo ao Carnaval, por exemplo, o motorista ativado que completasse 50 viagens em 3 meses ganharia R\$ 1.000,00 (mil reais); (...) que no dia do protesto do taxista, no início de 2016, a empresa investigada já sabia que faltariam motoristas na cidade então programou uma promoção especial para o motorista que consiste em cumprir alguns requisitos, por exemplo, ficar online 8 ou mais horas, completar 10 ou mais viagens e ter uma média de nota acima de 4,7 e, então, o motorista ganharia 50% a mais de todas as viagens completadas nesse período e com esse padrão (...)”

O relato do Sr. Saadi Alves de Aquino comprova, inclusive, que a ré, ocasionalmente, pagava os motoristas por tempo à disposição:

“(...) que para fazer essa expansão de mercado criavam-se promoções para incentivar o motorista a ficar no local, por exemplo, em Niterói; que essas promoções eram no sentido de garantir um preço mínimo por hora; que, por exemplo, se o motorista ficasse online 8 horas no local da expansão, garantia-se R\$25,00 a hora, no mínimo, ainda que não tivesse viagem alguma; (...)”

Na mesma direção, é o teor do depoimento do Sr. Augusto César Duarte, ex-empregado que exerceu o cargo de gerente de operações e logística da reclamada (autos do IC 001417.2016.01.000/6 - id eecf75b):

“(...) a UBER garantia valores mínimos de receita por hora para determinados blocos de horários, que seriam de R\$20,00 a 30,00 por hora para os motoristas que ficassem online em determinados blocos de horas, com requisitos de taxa de aceitação de 85%, taxas de viagens completadas cujo valor seria algo em torno de 85% e número mínimo de viagens completadas por hora; que preenchidos esses requisitos, se o faturamento fosse menor que o valor mínimo garantido pela hora, a UBER pagava a diferença (...).”

Por fim, o sítio eletrônico da plataforma demonstra que a reclamada remunera seus motoristas ainda que a viagem seja gratuita ao usuário:

‘Alguns usuários possuem descontos ou promoções, e este valor é descontado também das viagens em dinheiro, por isso o valor pode ser reduzido ou até R\$0. Não se preocupe, estes descontos são custos da Uber e você receberá normalmente o valor da viagem em seu extrato’ (Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/pagamentos-em-dinheir> Acesso em: 11 de fevereiro de 2017)

Como se não bastasse, os demonstrativos de pagamento (id 3937e7b) jungidos aos autos pelo demandante revelam que os pagamentos realizados pelos usuários são feitos para a ré, que retira o seu percentual e retém o restante, repassando-o aos motoristas somente ao final de cada semana. Isso demonstra que a reclamada não apenas faz a intermediação dos negócios entre passageiros e condutores, mas, ao contrário, recebe por cada serviço realizado e, posteriormente, paga o trabalhador.

Não resta dúvida, nesse cenário, que a roupagem utilizada pela ré para tentativa de afastar o pressuposto da onerosidade não tem qualquer amparo fático. A prestação de serviço se constitui como relação onerosa, em que o autor ativava-se na expectativa de contraprestação de índole econômica (onerosidade subjetiva) e o trabalho desenvolvido era devidamente remunerado pela ré (onerosidade objetiva).

2.10.3. Não-eventualidade

O conceito de não-eventualidade é um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho, em torno do qual foram construídas distintas teorias.

O Professor Maurício Godinho Delgado, em sua obra Curso de direito do trabalho, sistematiza os principais conceitos e teorias acerca da não-eventualidade: a teoria do evento, dos fins do empreendimento e da fixação jurídica ao tomador de serviços. Pondera o citado autor:

“a conduta mais sensata, nesse contexto, é valer-se o operador jurídico de uma aferição convergente e combinada das distintas teorias em cotejo com o caso concreto estudado, definindo-se a ocorrência ou não de eventualidade pela conjugação predominante de enfoques propiciados pelas distintas teorias.” (Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016 - Pág.304).

Na direção apontada na obra em referência e pelo que revela todo o contexto fático probatório delineado nestes autos, tem-se que a melhor definição para a hipótese do presente caso é a teoria dos fins do empreendimento, combinada com a teoria da eventualidade.

Sob o prisma desta última, será considerado eventual o trabalhador admitido em virtude de um determinado e específico acontecimento

ou evento, ensejador de obra ou serviço na empresa. Nesses casos, a duração do serviço será transitória, condicionada a existência do motivo da contratação.

Eventualidade que não caracteriza o trabalho do autor. Os motoristas cadastrados no aplicativo da ré atendem à demanda intermitente pelos serviços de transporte.

Tanto é que os demonstrativos de pagamento (id 3937e7b) colacionados com a peça de ingresso confirmam que o autor se ativou de forma habitual entre março de 2015 a abril de 2016.

De igual modo, o conjunto probatório fornece elementos de convicção quanto à exigência, ainda que muitas vezes velada, de que os motoristas estejam em atividade de forma sistêmica. Em depoimento ao Ministério Público do Trabalho da 1ª Região, o Sr. Saadi Alves de Aquino, ex-coordenador de operações da ré, nos autos do IC 001417.2016.01.000/6 (id eecf75b), declarou que:

“(...) se o motorista ficar mais de um mês sem pegar qualquer viagem, o motorista seria inativo; que seria fácil voltar a ficar ativo, se fosse à empresa e manifestasse interesse; que eram enviados e-mails, como o casos dos sticks acima citados, para que o motorista “ficasse com medo” e voltasse a se ativar na plataforma; que como gestor tinha por meta incentivar os motoristas a estarem ativos (...).”

Indagada a respeito, a testemunha Sr. Charles Soares Figueiredo, nessa mesma toada, declarou (id 34c8e7b):

“(...) que recebeu um email que não se lembra a data dizendo que se não fizesse pelo menos uma viagem no prazo de uma semana, seria excluído da plataforma, mas não houve exclusão (...).”

Como se vê, a não-eventualidade não só caracteriza a natureza do trabalho realizado no contexto da atividade normal desempenhada pela ré, como também era exigida dos motoristas.

A presença deste elemento fático-jurídico na relação jurídica travada entre as partes fica ainda mais evidente sob o prisma da teoria dos fins do empreendimento que consagra não ser eventual o trabalhador chamado a desenvolver seus misteres para os fins normais da empresa.

Antes, prefacialmente, cabe a indagação: afinal, quais são os fins normais da reclamada? Trata-se de uma empresa de tecnologia que apenas faz a interface entre pessoas ou uma moderna empresa de transporte de passageiros?

Essa reflexão deve ser orientada, novamente, pelo Princípio da primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual *“em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”* (Américo Plá Rodriguez - *Princípios do Direito do Trabalho*).

Assim é que, embora os documentos em que constam o cadastro nacional de pessoa jurídica (id dbd1ace) e o contrato social (id 8cf0bcd) confirmem a tese da defesa no sentido de que a reclamada é empresa que explora plataforma tecnológica, não é essa a conclusão a que se chega ao se examinar, de forma acurada, a dinâmica dos serviços prestados.

Vejamos. A doutrina define o contrato de transporte de pessoas da seguinte maneira: “(...) é o negócio por meio do qual uma parte - o transportador - se obriga, mediante retribuição, a transportar outrem, o transportado ou passageiro, e sua bagagem, de um lugar para outro.”

(GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007 p.84-8).

Note-se que esse é exatamente o contrato firmado entre o usuário e a demandada quando uma viagem é solicitada no aplicativo. A reclamada define o preço a ser cobrado e escolhe unilateralmente o condutor responsável e o veículo a ser utilizado, sendo, por conseguinte, a fornecedora do serviço de transporte.

Tanto é que já há julgados responsabilizando a empresa por vícios na prestação de serviços decorrentes de erros do motorista na condução do veículo, podendo ser citado à guisa de exemplo o processo 0801635-32.2016.8.10.0013 tramitado no 8º Juizado Especial Cível e das Relações de Consumo de São Luís/MA. Não poderia ser diferente diante da nítida relação de consumo entre ela e os usuários do aplicativo.

É importante registrar aqui, porque reveladora de sua real atividade, que a ré recebe quantia percentual (entre 20 a 25%) do preço de cada corrida. Caso fosse mesmo apenas uma empresa de tecnologia a tendência era a cobrança de uma quantia fixa pela utilização do aplicativo, deixando a cargo dos motoristas o ônus e bônus da captação de clientes.

O relato da testemunha Sr. Charles Soares Figueiredo (id 34c8e7b) ilustra bem o gerenciamento do negócio de transporte realizado pela ré:

“(...) que toda semana a Uber mandava gráficos mostrando onde haveriam shows, eventos com grande público para que os motoristas ficassem sabendo onde haveria grande demanda (...).”

Assim, não há dúvidas de que, ainda que a ré atue também no desenvolvimento de tecnologias como meio de operacionalização de

seu negócio, essa qualificação não afasta o fato de ser ela, sobretudo, uma empresa de transporte.

Além disso, se fosse apenas uma empresa de tecnologia não fariam sentido os robustos investimentos em carros autônomos que têm sido realizados pela companhia, como notoriamente tem divulgado os veículos de comunicação.

Cabe ainda destacar as previsões normativas e o regramento específico aplicáveis ao motorista profissional, conforme art. 235, § 13º, da CLT, *verbis*:

A jornada diária de trabalho do motorista profissional será de 8 (oito) horas, admitindo-se a sua prorrogação por até 2 (duas) horas extraordinárias ou, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, por até 4 (quatro) horas extraordinárias.

[...]

§ 13. Salvo previsão contratual, a jornada de trabalho do motorista empregado não tem horário fixo de início, de final ou de intervalos. (destaques e grifos lançados).

Conquanto se possa questionar a constitucionalidade deste dispositivo, tal norma é aplicável exatamente ao caso em questão e tem como premissa ser inerente à atividade do motorista profissional a ampla (e até mesmo abusiva) flexibilidade na fixação do horário de trabalho.

Por fim, cabe destacar trecho da brilhante decisão do Tribunal do Reino Unido, o Employment Tribunal de Londres, que recentemente reconheceu que transporte é o ramo de atuação da demandada:

“Our scepticism is not diminished when we are reminded of the many things said and written in the name of Uber in unguarded moments which reinforce the Claimants’

simple case that the organisation runs a transportation business and employs drivers to t h a t e n d “ (D i s p o n í v e l e m : < <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-f/> > Acesso em: 11 de fevereiro de 2017)

‘Nosso ceticismo não é diminuído quando somos lembrados de muitas coisas ditas e escritas em nome da Uber, em momentos de descuidos e que reforçam a tese dos requerentes de que a demandada é simplesmente uma organização que dirige um negócio de transporte e emprega motoristas para esse fim. (tradução livre)

Assim, por qualquer ângulo que se analise a matéria, é inconteste a estreita correspondência entre o labor do reclamante (função de motorista) com as atividades normais da reclamada (serviços de transporte), sendo certo, por conseguinte, deduzir a nãoeventualidade da prestação dos serviços.

2.10.4. Subordinação

De todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, o mais importante é, sem sombra de dúvida, a subordinação. É em torno dela que se arquiteta, no fundo, o próprio Direito do Trabalho. É ela, outrossim, que demarca as principais fronteiras de aplicação da legislação trabalhista.

Contudo, o conceito de subordinação, apesar de sua importância, é também o mais complexo de se identificar em uma relação de trabalho. Primeiro por se tratar de critério natural e historicamente elástico que com o passar do tempo precisou se expandir para se adaptar às mudanças ocorridas no mundo do trabalho. Segundo porque é um

elemento multidimensional como observa o Min. Maurício Godinho Delgado ao relatar o RR-119400-55.2007.5.03.0001:

“(...) a subordinação jurídica, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante (...).”

Na hipótese dos autos, sob qualquer dos ângulos que se examine o quadro fático da relação travada pelas partes e, sem qualquer dúvida, a subordinação, em sua matriz clássica, se faz presente. O autor estava submisso a ordens sobre o modo de desenvolver a prestação dos serviços e a controles contínuos. Além disso, estava sujeito à aplicação de sanções disciplinares caso incidisse em comportamentos que a ré julgasse inadequados ou praticasse infrações das regras por ela estipuladas.

Quanto ao modo de produção e realização dos serviços, restou comprovado que a reclamada realizava verdadeiro treinamento de pessoal. Esclareceu o Sr. Charles Soares Figueiredo (id 34c8e7b):

“(...) que nessa oportunidade passaram por orientações de como tratar o cliente, como abrir a porta, como tratar o cliente, como ter água e bala dentro do carro, que são obrigatórios, que teriam que manter a água gelada e estarem sempre se terno e gravata, guarda-chuva no porta malas; que o uso de terno e gravata era só para Uber Black, que também foi passado que o ar condicionado sempre deveria

estar ligado, o carro limpo e lavado e o motorista sempre bem apresentado (...)."

Nos autos do IC 001417.2016.01.000/6 (id eecf75b), de igual modo, a Sra. Iris Morena Sousa e Freund, ex-gerente de marketing da ré, declarou:

"(...) que na época em que a depoente trabalhou os interessados tinham que comparecer na sede da Uber para receber treinamento de cerca de duas ou três horas, oportunidade na qual eram repassadas informações relativas à forma de utilização do aplicativo, à forma como os motoristas poderiam se comportar e como deveriam se vestir; que aqueles motoristas que recebiam avaliação baixa eram convocados para refazer o treinamento sob pena de serem excluídos do aplicativo (...)."

E em outra passagem do mesmo depoimento:

"(...) que havia orientação do Uber em relação ao comportamento dos motoristas no sentido de que deveriam abrir a porta para o cliente, disponibilizar água e balas, comportar-se com educação, etc(...)."

No mesmo sentido vale mencionar o depoimento do Sr. Saadi Mendes de Aquino (Id eecf75b):

"(...) que (a Uber) mantem o padrão de atendimento pela avaliação do cliente e por recomendações de estilo: os melhores motoristas geralmente (e ai se listavam o que a empresa entende por um bom padrão de atendimento ao cliente, como ter balas e água disponíveis, usar trajes sociais, volume do som e uma rádio neutra, deixar o ar condicionado ligado, perguntar se o passageiro tem um caminho de preferência ou prefere a navegação, abrir a porta do carro e não falar muito com o passageiro)(...)."'

Resta bastante evidente que a reclamada exerce seu poder regulamentar ao impor inúmeros regramentos que, se desrespeitados, podem ocasionar, inclusive, a perda do acesso ao aplicativo. Consultando seu sítio eletrônico, verifica-se a existência de um código de conduta que proíbe, dentre outras coisas, recusar o embarque de animais condutores de cegos, fazer uso de álcool ou drogas enquanto dirige ou fazer perguntas pessoais aos passageiros. (Disponível em: Acesso em: 07 de fevereiro de 2017)

O controle destas regras e dos padrões de atendimento durante a prestação de serviços ocorre por meio das avaliações em forma de notas e das reclamações feitas pelos consumidores do serviço. Aqui cabe um adendo: somente o avanço tecnológico da sociedade em rede foi capaz de criar essa inédita técnica de vigilância da força de trabalho. Trata-se de inovação da organização 'uberiana' do trabalho com potencial exponencial de replicação e em escala global.

Afinal, já não é mais necessário o controle dentro da fábrica, tampouco a subordinação a agentes específicos ou a uma jornada rígida. Muito mais eficaz e repressor é o controle difuso, realizado por todos e por ninguém. Neste novo paradigma, os controladores, agora, estão espalhados pela multidão de usuários e, ao mesmo tempo, se escondem em algoritmos que definem se o motorista deve ou não ser punido, deve ou não ser "descartado".

O depoimento do Sr. Charles Soares Figueiredo (id 34c8e7b) delinea a utilização pela ré desse novo padrão de monitoramento do trabalho:

"(...) que todo o passageiro avalia o motorista ao final da corrida, que a avaliação é medida por estrelas e que o máximo são cinco estrelas e que no mínimo, uma; que essa avaliação é o que mantém o motorista na plataforma; se o motorista obtiver avaliação com uma estrela, a Uber manda

um questionário no próprio aplicativo, perguntando para o passageiro o que ocorreu na viagem; que para o motorista a Uber não manda nada, ficando apenas o motorista ciente da porcentagem de estrelas, ou seja, de uma média de sua nota; que quando o passageiro chama, aparece a foto do motorista e sua nota média; que para ser mantido na plataforma, deveria obter nota mínima de 4.7; que três semanas abaixo dessa nota, o acesso à plataforma seria encerrado; (...)

O ex-coordenador de operações da empresa, Sr. Saadi Alves de Aquino (id eecf75b), em depoimento ao Ministério Público do Trabalho da 1ª Região explicou, minuciosamente, como funcionavam as suspensões e afastamentos:

“(...) se o motorista ficasse com média entre 4,4 e 4,7, tomaria os “ganchos” (de dois dias a cada vez) e teria nova chance, até três vezes, antes de ser desativado; que se ficasse com média abaixo de 4,4 era desativado diretamente, sem que pudesse aplicar novamente; que caso aplicasse novamente, não mais seria aceito.(...)”

Como se vê, os depoimentos retro demonstram que a nota dada pelo usuário, sob o pretexto de tornar a plataforma mais “saúdável”, exerce, na verdade, irresistível poder e controle sobre a forma de prestação dos serviços.

Assim, toda a narrativa de que os motoristas têm flexibilidade e independência para utilizar o aplicativo, fazer seus horários e prestar seus serviços quanto e como quiserem sobrevive apenas no campo do marketing. O fornecimento de “balinhas”, água, o jeito de se vestir ou de se portar, apesar de não serem formalmente obrigatórios, afiguram-se essenciais para que o trabalhador consiga boas avaliações e, permaneça “parceiro” da reclamada, com autorização de acesso a plataforma.

Ora, esta circunstância desmonta a ideia segundo a qual a Uber se constitui apenas como empresa que fornece plataforma de mediação entre motorista e seus clientes. Se assim fosse, uma vez quitado o valor pelo uso do aplicativo, não haveria nenhuma possibilidade de descadastramento.

Não obstante, verifica-se que a reclamada também utilizava meios diretos de controle da mão de obra. Nesse sentido, o depoimento da testemunha ouvida a rogo do autor:

“(...) que não podem entregar cartão para cliente dentro do carro, que isso implica em falta grave com punição de bloqueio; (...) que no caso do passageiro reportar alguma conduta grave por parte do motorista, o motorista teria a plataforma bloqueada; que confirmada a falta, o motorista seria bloqueado (...)” (testemunha Sr. Charles Soares Figueiredo - id 34c8e7b)

Processando informações de inatividade ou recusa de corridas solicitadas, o sistema suspendia ou até mesmo bania os trabalhadores:

“(...) que se o motorista recusar de 5 a 6 corridas, seria bloqueado por algumas horas; que quando se refere a recusa de viagem, quer dizer que o aplicativo acionou noticiando uma corrida para o motorista, mas o mesmo não aceitou (...)” (testemunha Sr. Charles Soares Figueiredo - id 34c8e7b)

“(...) que também havia a hipótese de um bloqueio temporário (“gancho”) que ocorria quando o motorista não aceitava mais do que 80% das viagens e esses ganchos eram progressivos, ou seja, 10 minutos, 2 horas e até 12 horas off-line, ou seja, bloqueado; que esse gancho era automático do sistema e não passava por qualquer avaliação humana (...)” (ex-coordenador de operações da empresa, Sr. Saadi Alves de Aquino - id eecf75b) (destaques lançados).

Resumindo, os algoritmos de controle não só dispensavam os trabalhadores que não obtinham a classificação desejada pela empresa, como também eram responsáveis por obstar o trabalho daqueles que recusavam acionamento.

E, assim, entramos neste 'admirável mundo novo' no qual os atos humanos de exteriorização do poder diretivo e fiscalizatório não mais se fazem necessários e são substituídos por combinações algorítmicas, reclamando, conseqüentemente, novas dimensões teóricas e atualizações do Direito do Trabalho para que este importante e civilizatório ramo do direito não deixe passar despercebida a totalizante forma de subordinação e controle construídas dentro de uma forma de flexibilização.

O mundo mudou e o Direito do Trabalho, como ramo jurídico concretizador dos direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º da Constituição da República), precisará perceber toda a dimensão de sua aplicabilidade e atualidade. Na era da eficiência cibernética, é preciso se atentar que o poder empregatício também se manifesta por programação em sistemas, algoritmos e redes.

Neste ponto, cabem algumas considerações adicionais. Um controle de novo tipo, o controle algorítmico com base em plataformas e espaços virtuais constitui uma realidade estabelecida por essa inovadora forma de organização do trabalho humano. Um controle que admite a possibilidade de término de uma relação de emprego sem a intervenção humana.

O que temos é um algoritmo, conjugando exclusivamente dados objetivos previamente programáveis, cujo propósito é o controle rígido e totalizante e com poder de decisão e que decide o destino laborativo de um ser humano. Se é certo que, no direito pátrio, o empregador tem

o poder potestativo de resilição contratual, por outro lado, não é menos certo que este direito deve ser exercido dentro dos parâmetros e segundo as normas que protegem e garantem a dignidade do trabalhador. O que se avizinha no contexto das inovações tecnológicas é o exercício de um controle e um poder sem intervenção humana.

O filósofo utilitarista, Jeremy Bentham com seu panóptico não poderia ter imaginado algo semelhante. Estamos diante de uma questão ética fundamental, destas que definem o caráter civilizatório de uma sociedade.

Estariamos construindo um 'algoritmo Eichmanniano'? A categoria politico-filosófica da chamada banalidade do mal pensada pela filósofa Hannah Arendt com uma roupagem algorítmica? Estamos construindo um mercado no qual o detentor do capital, que organiza a extração de valor de toda a força de trabalho à sua disposição, institui formas de poder e controle algorítmico, que prescindem da intervenção humana e com poder para uso disciplinar inclusive para decretar o fim da relação de emprego, sem qualquer possibilidade de contraditório? Estes são alguns dos desafios éticos acerca dos quais os operadores do direito deverão se preocupar.

Após essas necessárias considerações e voltando ao exame do controle algoritmo na perspectiva da caracterização do elemento fático-jurídico da subordinação, imprescindível mencionar a Lei 12.551/2011, que ao modificar o art. 6º da CLT, regulamentou novos aspectos da supervisão do trabalho na contemporaneidade:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. lançados). (grifos lançados)

Com a nova lei, equipararam-se os meios telemáticos e informatizados de supervisão aos meios pessoais e diretos de comando homenageando-se assim a força atrativa do Direito do Trabalho e sua permanente busca pelo alcance de seu manto protetor ao maior número de trabalhadores possível.

Assim, se antes poderia se questionar a autonomia daqueles que circunstancialmente têm flexibilidade de horário por não estarem sob vigilância tradicional, hoje não há dúvida de que o monitoramento eletrônico traduz subordinação até mesmo em seu sentido clássico.

Sem embargo, verifica-se, no caso dos autos, que há subordinação também no aspecto objetivo - já que o autor realizava os objetivos sociais da empresa.

Também presente a subordinação estrutural, uma vez que o reclamante, na função de motorista, se encontrava inserido na organização, dinâmica e estrutura do empreendimento.

Sob o ângulo desta, aliás, fica desmascarada a hipotética autonomia alegada pela ré. Afinal, o trabalhador supostamente independente, a despeito de ter controle relativo sobre o próprio trabalho, não detinha nenhum controle sobre a atividade econômica. Nada deliberava sobre os fatores determinantes da legítima autonomia, como, por exemplo, com quem, para quem e por qual preço seria prestado o serviço.

Cabe ressaltar: se o autor não tivesse, estruturalmente, inserido na cultura de organização e funcionamento da Uber, teria poder negocial

para dispor sobre a dinâmica de cada um dos contratos de transporte que realizasse.

Fato é que a subordinação estrutural viabiliza o alargamento do campo de incidência do Direito do Trabalho, instrumento de realização de justiça social, conferindo resposta normativa eficaz às profundas transformações do modelo de expropriação do trabalho humano, tais como o fenômeno da ‘uberização’. Não importa mais a exteriorização dos comandos diretos para fins de caracterização da subordinação, pois, no fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial.

Com efeito, o obreiro também era subordinado porque oferecia prestação laboral indispensável aos fins da atividade empresarial, não possuindo uma organização própria e não percebendo verdadeiramente os frutos do seu trabalho.

Sua força de trabalho pertencia à organização produtiva alheia, pois enquanto a ré exigia de 20 a 25% sobre o faturamento bruto alcançado, ao autor restavam as despesas com combustível, manutenção, depreciação do veículo, multas, avarias, lavagem, água e impostos.

Tal circunstância evidencia que o autor não alienava o resultado (consequente), mas o próprio trabalho (antecedente), ratificando, assim, a dependência própria do regime de emprego.

Fato é que, certamente visando um maior ganho financeiro, a ré tentou se esquivar da legislação trabalhista elaborando um método fragmentado de exploração de mão-de-obra, acreditando que assim os profissionais contratados não seriam seus empregados.

Nas palavras do ex-gerente geral da ré, Sr. Filippo Scognamiglio Renner Araújo:

“(...) que a equipe da Uber recebia treinamento sobre como se comunicar com público interno e externo, mais especificamente para diminuir riscos de reconhecimento de vínculo empregatício com os motoristas (...)” (depoimento prestado nos autos do IC 001417.2016.01.000/6 - id 07b4d62).

Mais uma vez, é elucidativo o depoimento do ex-gerente geral da ré que, ao relatar como era feito o cálculo das tarifas a serem cobradas, demonstra que a reclamada estipulava, por via transversa, os salários dos motoristas:

“(...) que o salário mínimo era calculado por hora, com base em 44 horas semanais; que a remuneração do motorista era calculada entre 1.2 e 1.4 salários mínimos, descontando todos os custos (...)” (depoimento prestado nos autos do IC 001417.2016.01.000/6- id 07b4d62).

Essas declarações, além de demonstrar que os gestores da ré tinham plena consciência de que ela era a efetiva empregadora dos motoristas, revelam também que a ré praticava uma política remuneratória abusiva.

Assim, resta evidenciado o quadro de exploração de mão-de-obra barata que não se coaduna com as normas do nosso ordenamento jurídico, cabendo, pois, ao Direito do Trabalho, o controle civilizatório para proteção social dos trabalhadores e, por via de consequência, da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República.

O que se extrai destes autos, em especial do teor da defesa, é que, por meio de um *marketing* engenhoso, a ré se apresenta como um fenômeno da “economia compartilhada” em que seus parceiros usam a plataforma para benefícios individualizados, de forma independente e autônoma.

A este propósito vale mencionar um dado extremamente significativo: segundo a relação dos seus atuais empregados, contida nos autos eletrônicos do Inquérito Civil 001417.2016.01.000/6, promovido pelo Ministério Público do Trabalho da 1ª Região, de um total de 105 (cento e cinco) empregados formalmente contratados pela Uber do Brasil Tecnologia, 24 (vinte e quatro) ocupam o posto de “gerentes de *marketing*”, vale dizer, quase 25% do total.

Levando-se em conta a quantidade de empregados formais com experiência em *marketing*, os quais recebiam salários expressivos (R\$10.500,00 acrescidos de benefícios), frente ao quadro dos demais trabalhadores, é possível afirmar que a Uber se configura também e, fundamentalmente, uma empresa de *marketing*. Porém, afastado esse véu de propaganda, o que desponta é uma tentativa agressiva de maximização de lucros por meio da precarização do trabalho humano.

Mais uma vez, cabem aqui mais algumas considerações adicionais e relevantes. A sociologia tem usado a expressão “*post-truth*” (pós-verdade) para designar os processos contemporâneos de moldagem da opinião pública. Situações nas quais os apelos emocionais e o universo dos afetos manipulados pelas apuradíssimas técnicas do *marketing* constituem-se como “verdades” e passam a ter mais influência e confiabilidade do que o mundo da realidade dos fatos objetivamente considerados.

A ré, *data venia*, navega nestas práticas, na medida em que se apresenta, no mundo do *marketing*, como uma plataforma de tecnologia, quando, em verdade, no mundo dos fatos objetivamente considerados é uma empresa de transportes.

Afirma fazer parte do mundo da economia de compartilhamento, apropriando-se de toda a carga positiva que essa corrente

comportamental e econômica possui, quando em sua essência é uma empresa privada com objetivo de lucro e intenso volume de investimento.

Neste mundo pós-contemporâneo, onde cada cidadão sonha em ser uma empresa de si e no qual os valores do mercado regido pelo sentido da concorrência (em oposição à ideia de solidariedade) capturam todas as subjetividades, essa estratégia de *marketing* encontra terreno fértil.

Portanto, como ficou demonstrado de forma exaustiva, todos os elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego restaram presentes.

Neste mesmo sentido, vale consignar a experiência internacional. Como já se disse, a Uber instaura em escala global um modelo de organização e extração de valor do trabalho humano alocado no setor de serviços e com o uso de plataformas tecnológicas. Sua dinâmica de operacionalização combina por um lado flexibilidade e, por outro, alto nível de controle e adestramento de condutas, com potencial de ser replicado exponencialmente para todo o mercado, na medida em que suas premissas tecnológicas e estruturais estão objetivamente presentes neste nosso início de século XXI.

Tratando-se de um fenômeno global, vale a pena mencionar a experiência jurisdicional de outras nações. Como já mencionado anteriormente, o Tribunal do Reino Unido, o Employment Tribunal de Londres, há cerca de três meses decidiu que os chamados *self-drivers*, que prestam serviços para a Uber, não se constituem como autônomos e que se trata, em realidade, de uma típica relação de emprego subordinado (*dependent work relationship*).

O estudo do direito comparado indica um elevadíssimo nível de identidades entre as definições centrais do que se entende como

contrato de trabalho subordinado. Países como França, Alemanha, Espanha, Reino Unido, dentre outras tantas nações possuem um núcleo de definição do contrato de trabalho extremamente próximo ao do Brasil. Tal fato não deve de forma alguma surpreender, na medida em que a matriz socioeconômica é a mesma. O Direito do Trabalho é diretamente tributário de um mesmo fenômeno, qual seja, a expropriação do trabalho humano auferida pelo capital desde os primórdios do surgimento do capitalismo. Daí a importância de se mencionar as experiências internacionais. É por conta disto que a boa e sábia CLT, em seu art. 8º, prevê até mesmo o uso do direito comparado como fonte subsidiária.

É claro que, no caso presente, este recurso não se faz necessário eis que, como se disse, o direito pátrio, até mesmo na acepção clássica da subordinação, tem resposta para a matéria em tela. Mas vejamos breves considerações acerca da decisão da Corte Inglesa:

Uber drivers are not self-employed and should be paid the “national living wage”, a UK employment court has ruled in a landmark case which could affect tens of thousands of workers in the gig economy.

The ride-hailing app could now be open to claims from all of its 40,000 drivers in the UK, who are currently not entitled to holiday pay, pensions or other workers’ rights. Uber immediately said it would appeal against the ruling.

Uber ruling is a massive boost for a fairer jobs market Employment experts said other firms with large self-employed workforces could now face scrutiny of their working practices and the UK’s biggest union, Unite, announced it was setting up a new unit to pursue cases of bogus self-employment. de fevereiro/17)(Disponível em: Acesso em: 11

‘Motoristas que prestam serviços para a Uber não são trabalhadores autônomos e deve ser pago a eles o “salário mínimo nacional”, esta é a decisão de um Tribunal do Trabalho do Reino Unido que decidiu e constituiu um precedente que pode afetar dezenas de milhares de trabalhadores na economia gig.

Com tal decisão, 40.000 motoristas do Reino Unido, que atualmente não têm direitos a pagamento de férias, pensões e outros direitos poderão acionar a empresa. A Uber comunicou que apelará da decisão imediatamente.

Tal decisão é um enorme impulso para um mercado de trabalho mais justo. Especialistas em mercado de trabalho disseram que outras empresas com grande número de trabalhadores independentes agora poderão enfrentar uma revisão de suas práticas e o maior sindicato do Reino Unido, Unite, anunciou que está elaborando novos casos de falsos trabalhadores autônomos objetivando propor novas demandas’. (tradução livre).

Finalmente, ainda quanto à experiência internacional, vale mencionar a importante Recomendação nº 198 da Organização Internacional do Trabalho (OIT):

Recomendação n ° 198

Os Membros devem formular e aplicar uma política nacional para rever em intervalos apropriados e, caso necessário, clarificando e adotando o alcance de regulamentos e leis relevantes, no sentido de garantir proteção efetiva aos trabalhadores que executam seus trabalhos no contexto de uma relação de trabalho.

A natureza e a extensão da proteção dada aos trabalhadores em uma relação de trabalho deve ser definida por práticas ou leis nacionais, ou ambas, tendo em conta padrões de trabalho internacional relevantes. Tais leis ou práticas,

incluindo àqueles elementos pertencentes ao alcance, cobertura e responsabilidade à implementação, devem estar claros e adequados para assegurar proteção efetiva aos trabalhadores em uma relação de trabalho (...)

(...)

(...) combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção (...).” (grifos lançados)

2.10.5. Reconhecimento do vínculo de emprego

Portanto, estando presentes todas as circunstâncias fático-probatórias que caracterizam o contrato de trabalho, nos termos do art. 3º da CLT, julgo procedente o pedido para reconhecer o vínculo empregatício havido entre as partes, que deverá ser anotado na CTPS do autor, no prazo de 05 dias a partir de sua intimação específica, sob pena de aplicação de multa diária de R\$1.000,00 (hum mil reais).

A função a ser anotada será de motorista, remuneração consistente em 80% sobre o faturamento das viagens, admissão em 20/02/2015 e saída em 17/01/2016 (OJ 82 da SDI-I do TST e Princípio da Adstrição).

Não tendo a reclamada, ante o Princípio da eventualidade, se oposto, em tópico específico, acerca da modalidade de extinção contratual

declarada na peça de ingresso, reconheço que houve dispensa injusta por iniciativa da ré, condenando-a ao pagamento das seguintes verbas:

- a) aviso prévio indenizado;
- b) 11/12 de férias proporcionais com 1/3;
- c) 13º salário proporcional de 2015 e 2016;
- d) FGTS com 40% de todo o contrato, inclusive verbas rescisórias, exceto férias indenizadas;
- e) multa do art. 477, §8º da CLT.

Como os haveres rescisórios não foram quitados até a presente data, é certo que já está exaurido o prazo fixado no art. 477, §6º, da CLT, razão pela qual fica deferido, em favor do reclamante, a multa fixada no §8º daquele mesmo dispositivo legal.

Indefiro a multa do art. 467 da CLT, uma vez que não havia verbas rescisórias incontroversas a serem quitadas em audiência.

Deverá a reclamada proceder à comunicação da dispensa no sistema Empregador Web, no prazo de 05 dias contados de sua intimação específica, sob pena de indenização substitutiva, na hipótese de o autor não receber o seguro-desemprego por culpa atribuível à ré.

Indefiro o pedido de pagamento de 18 dias de saldo de salário, tendo em vista que os documentos de id 9e03d57 demonstram que o autor recebeu pelos dias trabalhados em dezembro de 2015. Importante registrar aqui que o obreiro não aponta qualquer diferença a seu favor que possa justificar a condenação no pagamento desta verba.

A remuneração média para fins de cálculo das verbas rescisórias será apurada na fase de liquidação de sentença, a partir dos extratos de id 3937e7b a id 3d4cd0f, observando-se o período reconhecido de vigência do contrato de trabalho.

2.11. Jornada extraordinária. Repouso semanal remunerado em dobro. Adicional noturno

Alega o demandante que, durante todo o período contratual, realizou jornada extraordinária, em média, de duas horas extras por dia de trabalho. Afirma também ter laborado em diversos feriados sem que houvesse remuneração em dobro. Por fim, aduz que se ativou no período noturno, mas sem perceber o adicional respectivo. Pleiteia a condenação da ré no pagamento de duas horas extraordinárias por dia de trabalho, repouso semanal remunerado em dobro, adicional noturno e reflexos em aviso prévio, férias com 1/3, 13º salário e FGTS com 40%.

A defendente contesta sob o argumento de que o reclamante jamais foi seu empregado, não lhe sendo aplicáveis as disposições do art. 58 da CLT. Assevera que na hipótese de reconhecimento do vínculo de emprego, não haveria, ainda assim, que se falar no pagamento de horas extras, na medida em que as atividades desenvolvidas foram exclusivamente externas, sem qualquer tipo de controle ou fiscalização, nos termos do disposto no art. 62, I, da CLT.

Ultrapassada a controvérsia acerca da existência de vínculo de emprego, cumpre-me verificar se a jornada de trabalho do reclamante se enquadra na hipótese prevista no art. 62, I da CLT.

Diz o artigo consolidado que não são abrangidos pelo regime de jornada estabelecida nas normas trabalhistas *“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”*(art. 62, I, CLT).

A valer, o intuito do legislador foi disciplinar os casos em que é insuscetível a aferição da efetiva jornada de labor. Daí porque a

utilização do termo incompatível, que pode ser traduzido como aquilo que não se pode harmonizar, ou seja, o que é inconciliável ou incombinável. Então, o que afasta o direito do empregado às horas extras não é o fato da jornada de trabalho do empregado não ser controlada, mas de não ser controlável.

Em outras palavras, a redação legal não normatiza os casos em que o empregador simplesmente exerce a faculdade de abstenção de controle. Assim, se a atividade do empregado, mesmo sendo externa, pode ser fiscalizada e controlada pelo empregador, fará jus o empregado ao recebimento das horas extras laboradas.

No caso dos autos, a possibilidade de controle é evidente porque a ré tem à sua disposição instrumento de telemática capaz de registrar cada minuto de trabalho, de tempo à disposição ou de descanso do obreiro. Saliente-se: a atividade só poderia ser realizada com equipamento em conexão *online* com a empresa, o que, por óbvio, permite o monitoramento remoto do trabalho do empregado.

O que se evidencia dos autos é que o *smartphone* do obreiro não era apenas ferramenta de trabalho, mas também relógio de ponto altamente desenvolvido, verdadeiro livro de registro das atividades realizadas, que confirmam as conclusões do jurista Francês Jean-Emmanuel Ray de que a máquina, ao contrário de reduzir o poder de fiscalização do empregador, viabiliza maior controle sobre o trabalho do empregado. (ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno Direito do Trabalho, p.146)

Nesse sentido se deu o depoimento do Sr. Charles Soares Figueiredo (id 34c8e7b), no qual mencionou que “o aplicativo vem com todas as corridas que o motorista fez e com o valores”

O depoimento do ex-coordenador de operações da ré, Sr. Saadi Alves de Aquino, nos autos do IC 001417.2016.01.000/6 (id eecf75b), também demonstra não só a possibilidade como efetivo controle da jornada. Na ocasião, esclareceu o depoente que para serem elegíveis a determinadas promoções, os motoristas precisavam cumprir o requisito de ficar *online* oito ou mais horas.

Por fim, ainda como reforço argumentativo, é cediço que a Lei 12.619/2012 estabeleceu, em seu art. 2º, V, o direito dos motoristas de ter sua *“jornada de trabalho e tempo de direção controlados de maneira fidedigna pelo empregador”*, afastando, portanto, a aplicação do art. 62, inciso I, da CLT, sobre os motoristas profissionais.

Dos elementos expostos, conclui-se que o reclamante tem direito à limitação de sua jornada de trabalho, nos termos do Capítulo II, do Título II, da CLT.

Assumindo a estratégia de enquadrar o autor como executor de trabalho externo, a ré não trouxe aos autos os relatórios em que constam os dias e horários em que o reclamante permaneceu à sua disposição (tempo online no aplicativo).

Descumpriu-se, deste modo, a obrigação prevista no art. 74, § 2º, da CLT, o que atrai a aplicação do consubstanciado na Súmula 338, do C. TST, presumindo-se verdadeira a jornada descrita na petição inicial.

Não tendo sido produzida prova em sentido contrário, reconheço que o autor, durante todo o período contratual, realizou duas horas extraordinárias por dia de trabalho. No entanto, a realidade dos fatos, assinalada inclusive na peça preambular, aponta que o autor era comissionista puro, sendo devido, portanto, apenas o adicional destas horas extras (Súmula 340, do C.TST).

Aqui, destaco que a vedação do pagamento de remuneração por distância percorrida prevista no art. 235-G, da CLT, não se aplica à hipótese do autos. Embora remunerado por produção, o autor trabalhava dentro do perímetro urbano, e estava sujeito à fiscalização eletrônica, dos próprios passageiros e dos agentes de trânsito da cidade. Esta sujeição não permitia que a forma de remuneração compromettesse a segurança da coletividade ou do motorista.

Desse modo, julgo parcialmente procedente o pedido do reclamante, e condeno a reclamada a pagar os adicionais de duas horas extras por dia de trabalho. Dada a habitualidade, defiro o pedido de reflexos do adicional em aviso prévio indenizado (art. 487, §5º, da CLT), 13º salário (Súmula 45, do C. TST), férias com 1/3 (art. 142, §5º, da CLT), recolhimentos de FGTS com 40% (Súmula 63, do C. TST).

Ainda, por aplicação da Súmula 338, do C. TST, condeno a reclamada ao pagamento do adicional noturno, no percentual de 20%, com relação ao labor executado entre as 22h e as 05h (art. 73, §2º, da CLT), observando-se o instituto da hora ficta noturna (art. 73, § 1º, da CLT), com reflexos (item I da Súmula 60 do C. TST) em aviso prévio, férias com 1/3, 13º salário (§ 3º do art. 487 da CLT, §§ 5º e 6º do art. 142 da CLT e art. 2º do Decreto 57.155/65) e recolhimentos de FGTS com 40% (Súmula 63 do C. TST).

Por fim, condeno a reclamada ao pagamento da remuneração, em dobro, dos feriados laborados, nos termos da Súmula 146 do C. TST, observado o teor da Súmula 340 do C. TST.

Entretanto, os reflexos dos feriados devem repercutir apenas no FGTS com 40%. A habitualidade que o autor pretende ver caracterizada, de modo a repercutir em 13ºs salários, férias com 1/3 e outras não tem suporte fático. Os feriados, por si mesmo, são ocorrências esporádicas

e, por isso, não repercutem em outras parcelas acessórias, exceto no FGTS, nesse caso, por expressa determinação legal.

Para a determinação dos valores devidos, serão observados, em regular liquidação de sentença, os seguintes parâmetros:

- adicional de hora extra de 50%;
- jornada de trabalho de 10 horas;
- frequência absoluta, trabalho em todos os feriados e no período noturno, caso não juntados, em liquidação de sentença, os relatórios com os dias e horários que o obreiro se ativou;
- base de cálculo e divisor nos termos da Súmula 340 do C. TST;
- apuração dos reflexos deferidos com a observância da Súmula 347 do C.TST.2.12 Ressarcimento de despesas com combustível, balas e água

O reclamante alega que, durante todo o contrato de trabalho, por exigência da ré, era obrigado a carregar água mineral e balas para oferecer aos clientes. Informa, ainda, que suportava toda a despesa com combustível do veículo utilizado em prol do serviço. Pretende o pagamento de indenização substitutiva de, no mínimo, R\$1.000,00 (hum mil reais) mensais, para ressarcimento destas despesas.

Pois bem.

Como já salientado em capítulo anterior desta decisão, restou comprovado que a reclamada camuflava as exigências por meio de orientações ou sugestões dadas aos motoristas. A tática engenhosa consiste em estabelecer um padrão de atendimento, como o oferecimento de água e guloseimas, para que os clientes avaliem negativamente aqueles motoristas que não estejam cumprindo o modelo de excelência. Por conseguinte, com receio de não ser bem

classificado pelo passageiro, todo trabalhador se vê obrigado a observar tais práticas.

Nos autos do IC 001417.2016.01.000/6 (id eecf75b), o Sr. Filippo Scognamiglio Renner Araújo, ex-gerente geral da ré, declarou:

“(...) que assim eram treinados em como se relacionar com os motoristas; que, por exemplo, não poderiam dizer o que o motorista deveria fazer, ou que “fosse educado”, “se vestisse de tal maneira”; “que eram treinados para apresentar as boas práticas dos motoristas que eram mais bem avaliados (...)”

Reforçando o caráter de exigência, relatou a testemunha Sr. Charles Soares Figueiredo (id 34c8e7b):

“(...) que nessa oportunidade passaram por orientações de como tratar o cliente, como abrir a porta, como tratar o cliente, como ter água e bala dentro do carro, que são obrigatórios, que teriam que manter a água gelada e estarem sempre se terno e gravata, guarda-chuva no porta malas (...)”

Estabelecido o quadro-fático, cumpre frisar, nesse ponto, que o Princípio da alteridade, que permeia o Direito do Trabalho, veda a transferência do ônus da atividade econômica ao empregado, o que foi realizado pela ré ao repassar ao empregado os custos com balas e água oferecidas aos usuários do aplicativo.

De igual modo, se o automóvel era utilizado para atender à finalidade específica da reclamada, esta deveria arcar com as despesas com gasolina, ônus do empreendimento, a teor do disposto no art. 2º da CLT.

Quanto aos valores despendidos pelo reclamante, entendo que a melhor solução é o arbitramento a partir das máximas de experiência e à luz dos Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Isso porque

a prova testemunhal quanto a matéria não foi convincente, até por destoar daquilo que se considera logicamente plausível.

Neste cenário, considerando jornada de trabalho diária de 10 horas em que se alternam períodos de inatividade e trabalho, bem como os valores recebidos durante o pacto laboral (id 3937e7b a id 3d4cd0f), fixo que o autor desembolsava R\$2.000,00 (dois mil reais) por mês de combustível. Em relação aos gastos com água e bala, estipulo que o obreiro despendia mensalmente R\$100,00 (cem reais).

Por todo o exposto, defiro o pedido de condenação da ré ao reembolso de R\$2.100,00 (dois mil e cem reais) mensais por todo contrato de trabalho.

2.13. Danos morais

Requer o reclamante a condenação da reclamada à indenização por dano moral em razão de dispensa que entende ter sido arbitrária. Aduz que sem nenhum fundamento ou justificativa a empresa encerrou o contrato de trabalho. Por tais fatos, pugna pelo pagamento de indenização por dano moral.

A ré aduz que, ao contrário do alegado pelo autor, o término da parceria entre as partes decorreu da má conduta do reclamante ao disponibilizar, em grupos de “Whatsapp”, áudio por ele próprio gravado, relatando prática de burla à plataforma Uber, com o objetivo de obter vantagem indevida.

Feitas essas assinalações passo ao exame da questão.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa, nos termos do inciso III do art. 1º da Constituição

da República. Por ser essência e baliza de todos os direitos da personalidade, a agressão a esse princípio deve ser coibida.

Nessa direção, o art. 5º, V e X, da Carta Magna assegura o direito de indenização por danos morais; e o art. 186 do Código Civil dispõe: *“aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Para a caracterização do citado dano moral, é necessária a conjugação de três requisitos: a comprovação do dano; nexo de causalidade entre a conduta do empregador e o dano sofrido; a culpa (tendo o art. 927 do Código Civil introduzido, excepcionalmente, a responsabilidade objetiva, sem culpa, nas situações mais raras aventadas por aquela regra legal).

Conforme foi tratado em tópico anterior desta decisão, ainda que tenha causado assombro a comprovada técnica de gerenciamento da mão-de-obra por meio de algoritmos que prescindem da intervenção humana, no caso dos autos a reclamada exerceu o seu direito potestativo de rescisão contratual.

Ainda que tenhamos avançado quanto a matéria, pacificando o entendimento no sentido de que a dispensa coletiva deve ser socialmente justificada, a dispensa individual ainda encontra respaldo no poder potestativo do empregador.

Nesse contexto, é de somenos importância o conteúdo da mídia digital colacionada pela ré com a gravação que motivou o rompimento da relação jurídica.

Deste modo, não demonstrado que, ao exercer o direito de dispensar o empregado, a reclamada agiu com excesso ou abuso de direito, julgo improcedente o pedido de danos morais.

2.14. Litigância de má fé. Autor

A procedência de inúmeros pedidos demonstra que a parte autora apenas exerceu seu direito de ação nos termos da lei, não havendo que se falar em abuso, do direito de ação que a ele é constitucionalmente garantido.

Nestes termos, rejeito o pedido de aplicação de litigância de má-fé ao autor.

2.15 Litigância de má-fé. Testemunha

O depoimento da testemunha Sr. Norival Oliveira Silva (id 34c8e7b) foi marcado pela contradição de suas declarações, traduzindo-se em tentativa inócua de adulteração dos fatos com o intuito de beneficiar a reclamada. Não se cuida de mero lapso, até porque provoca repercussões relevantes no âmbito do processo.

Houve consciente alteração da verdade dos fatos, a fim de beneficiar a ré. A gravidade da postura da testemunha mais se acentua porque, no dizer de Calmon de Passos, *“Quem primeiro é atingido é o Estado-juiz, induzido a exercitar mal o seu poder-dever constitucional de dar efetividade às prescrições da ordem jurídica”*.

Ora, a testemunha, conscientemente, alterou a verdade dos fatos, ao declarar que *“quem define o preço da viagem é o motorista”*, *“que a Uber*

não determinada nenhum tipo de comodidade para o passageiro; que não há obrigatoriedade de água mineral no carro da Uber; que veio de Uber para cá e não lhe ofereceram água” e “que uma sucessão de avaliações negativas não ocasionam nenhuma consequência para o motorista”.

Todos esses fatos relatados colidem frontalmente com os demais depoimentos, o conjunto probatório e até mesmo com as máximas de experiência comum daquilo que ordinariamente acontece.

Como se vê, o depoente não veio a juízo com a intenção de esclarecer os fatos, mas apenas com a nítida intenção de favorecer a parte ré. Sua conduta afeta não só a parte contrária, mas também, e principalmente, a credibilidade da Justiça, induzida que é, nessas circunstâncias, a erro.

A função exercida por uma testemunha na instrução de um feito é de primordial importância para se buscar a verdade. E apenas a verdade interessa ao Magistrado, pois só de posse dela será possível fazer justiça às partes e a todos os jurisdicionados. Por isso, as pessoas que se dispõem a exercer essa função devem ser sérias e comprometidas com a verdade.

Não se pode admitir que encarem o seu munus como se fosse uma brincadeira inconsequente ou um favorecimento pessoal. É preciso estabelecer e deixar bem claro a importância e a seriedade dos atos que se praticam num processo judicial.

Por tais razões, comportamentos como o da referida testemunha devem ser repudiados pelo Poder Judiciário, porque se mostram incoerentes com os princípios que norteiam a boa-fé e a lealdade processual, deveres estes que não se aplicam apenas às partes, mas também a todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, consoante determina o caput do art. 77 do CPC de 2015.

E nem há que se dizer que a noção de lealdade é apenas processual, porque esta vem da experiência social, sendo hábito daquele que é honesto e atua com retidão, segundo os ditames de sua própria consciência, comportamento este, repita-se, que não foi observado pela testemunha supracitada.

A conduta antijurídica da testemunha Sr. Norival Oliveira Silva deve, portanto, ser reprimida, de modo a prevalecer, sempre, a dimensão ética do processo. Desta forma, impõe-se sua condenação ao pagamento de multa, no importe de R\$2.000,00 (dois mil reais), a ser revertida em favor da parte autora e cobrada oportunamente em execução de sentença.

Notifiquem-se o Ministério Público Federal e a Polícia Federal para que apurem e adotem as medidas cabíveis em face de eventuais CRIMES DE FALSO TESTEMUNHO (art. 342 do Código Penal) cometidos.

2.16. Justiça gratuita (art. 790, § 3º da CLT)

Observado o momento oportuno (OJ 269 da SDI-I/TST), ante o disposto no art. 790, § 3º da CLT, defere-se à parte autora os benefícios da justiça gratuita, para isentá-la do pagamento de eventuais despesas processuais, em que pese o resultado dado a demanda.

2.17. Expedição de ofício

Expeça-se ofício à SRT, ao Ministério Público do Trabalho da 1ª Região, ao INSS e à União Federal (Receita Federal do Brasil), imediatamente, com cópia da petição inicial, defesa, ata de audiência e desta decisão, uma vez constatada a prática de fraude à legislação trabalhista e previdenciária.

Tendo em vista a constatação de irregularidade quanto ao objeto social (id 8cf0bcd) e atividade econômica da empresa (id dbd1ace), que atua no ramo de transporte individual de passageiros, expeça-se ofício, imediatamente, à Secretaria de Finanças do Município de Belo Horizonte e a Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Minas Gerais com cópia desta decisão para que referidos órgãos tomem as providências que entenderem cabíveis quanto a possíveis sonegações fiscais.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, resolve a 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, relativamente ao pleito de condenação da ré na obrigação de efetuar os recolhimentos previdenciários, com fulcro nos artigos 485, IV do CPC 2015, c/c art. 769 da CLT; rejeitar as preliminares de incompetência material e de inépcia da petição inicial suscitadas pela ré. No mérito, resolve julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados por **RODRIGO LEONARDO SILVA FERREIRA** em face de **UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA** para reconhecer o vínculo empregatício havido entre as partes e condenar a reclamada a pagar ao reclamante as seguintes parcelas:

- a) aviso prévio indenizado;
- b) 11/12 de férias proporcionais com 1/3;
- c) 13º salário proporcional de 2015 e 2016;
- d) FGTS com 40% de todo o contrato, inclusive verbas rescisórias, exceto férias indenizadas;
- e) multa do art. 477, §8º da CLT;

f) adicionais de duas horas extras por dia de trabalho e reflexos em aviso prévio indenizado (art. 487, §5º, da CLT), 13º salário (Súmula 45, do C. TST), férias com 1/3 (art. 142, §5º, da CLT), recolhimentos de FGTS com 40% (Súmula 63, do C. TST);

g) adicional noturno no percentual de 20% com relação ao labor executado entre as 22h e as 05h (art. 73, §2º, da CLT), observando-se o instituto da hora ficta noturna (art. 73, § 1º, da CLT), com reflexos (item I da Súmula 60 do C.TST) em aviso prévio, férias com 1/3, 13º salário (§ 3º do art. 487 da CLT, §§ 5º e 6º do art. 142 da CLT e art. 2º do Decreto 57.155/65) e recolhimentos de FGTS com 40% (Súmula 63 do C.TST);

h) remuneração, em dobro, dos feriados laborados, nos termos da Súmula 146 do C.TST, observado o teor da Súmula 340 do C. TST e reflexos em FGTS com 40%;

i) reembolso de R\$2.100,00 (dois mil e cem reais) mensais por todo contrato de trabalho.

Para a determinação dos valores devidos, serão observados, em regular liquidação de sentença, os seguintes parâmetros: - adicional de hora extra de 50%; - jornada de trabalho de 10 horas; - frequência absoluta, trabalho em todos os feriados e no período noturno, caso não juntados, em liquidação de sentença, os relatórios com os dias e horários que o obreiro se ativou; - base de cálculo e divisor nos termos da Súmula 340 do C. TST; - apuração dos reflexos deferidos com a observância da Súmula 347 do C.TST.

A remuneração média para fins de cálculo das verbas rescisórias será apurada na fase de liquidação de sentença a partir dos extratos de id 3937e7b a id 3d4cd0f, observando-se o período reconhecido de vigência do contrato de trabalho.

Deverá a reclamada anotar a CTPS do autor, no prazo de 05 dias a partir de sua intimação específica, sob pena de aplicação de multa diária de R\$1.000,00 (hum mil reais). A função a ser anotada será de motorista, remuneração consistente em 80% sobre o faturamento das viagens, admissão em 20/02/2015 e saída em 17/01/2016.

Deverá a reclamada, ainda, proceder a comunicação da dispensa no sistema Empregador Web, no prazo de 05 dias contados de sua intimação específica, sob pena de indenização substitutiva, na hipótese de o autor não receber o seguro-desemprego por culpa atribuível à ré.

Defere-se à parte autora os benefícios da justiça gratuita, para isentá-la do pagamento de eventuais despesas processuais.

Tudo nos termos da fundamentação, que integra o presente *decisum*. Os demais pedidos são improcedentes.

Notifiquem-se o Ministério Público Federal e a Polícia Federal para que apurem e adotem as medidas cabíveis em face de eventual CRIME DE FALSO TESTEMUNHO (art. 342 do Código Penal) cometido pela testemunha Sr. Norival Oliveira Silva, com cópia da petição inicial, defesa, da ata de audiência, desta decisão.

Intime-se a testemunha Sr. Norival Oliveira Silva por meio de Oficial de Justiça, a tomar conhecimento da presente decisão, no prazo legal, no endereço declarado por ele na ata de id 34c8e7b.

Incidirão juros e correção monetária, observando-se o disposto no art. 883, da CLT e nas Súmulas 200, 211 e 381, do C.TST. Quanto ao FGTS deverá ser observada a OJ 302 da SDI-I, C.TST. Não se aplica, por ora, a correção monetária pelo IPCA-E.

Autoriza-se a dedução do IR sobre as parcelas deferidas à parte autora que tributáveis a cargo desta mediante comprovação nos autos pela reclamada, devendo ser observado o teor da OJ 400 da SDI-1/TST.

Quando da apuração do imposto de renda, determino sejam observadas a Instrução Normativa nº 1127 de 07/02/2011 da Secretaria da Receita Federal do Brasil-RFB e a Orientação Jurisprudencial nº 363 da SDI-I do Colendo TST.

Em respeito ao artigo 832, § 3º da CLT, declaro que as parcelas de natureza indenizatória da presente, para efeitos previdenciários, são as supra deferidas que constam do art. 28, § 9º da Lei 8.212/91; as demais têm natureza salarial, devendo haver incidência da contribuição social.

O cálculo de liquidação destacará em apartado o valor das contribuições previdenciárias devidas, do qual se dará vista à União, pelo prazo de 10 dias, para manifestação, considerando-se correto o cálculo caso não haja oposição, no prazo assinado acima. Homologado o cálculo, a reclamada será intimada a recolher o valor das contribuições apuradas, sob pena de execução (art. 114, inciso VIII, da CR/88).

Aplica-se ao cálculo das contribuições sociais devidas a atualização monetária prevista na legislação previdenciária, nos termos do art. 879, §4º da CLT, bem como os juros e multa moratórios determinados nos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/91, sendo o termo de sua contagem o dia 10 do mês seguinte ao da competência a que se referirem, nos termos do art. 30, inciso I, alínea “b”, do mesmo diploma legal.

Deverá a reclamada, ainda, comprovar os recolhimentos previdenciários referentes ao período contratual reconhecido, quota do empregado e do empregador (Lei 8.212/91, art. 33, § 5º), sob pena de expedição de ofício à Procuradoria Geral Federal.

Condeno a reclamada a pagar as custas processuais de R\$600,00 calculadas sobre R\$30.000,00, valor arbitrado para esse fim (art. 789, §2º, da CLT).

Expeça-se ofício à SRT, ao Ministério Público do Trabalho da Primeira Região, ao INSS e à União Federal (Receita Federal do Brasil), imediatamente, com cópia da petição inicial, defesa, ata de audiência e desta decisão.

Expeça-se ofício, imediatamente, à Secretaria de Finanças do Município de Belo Horizonte e a Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Minas Gerais com cópia desta decisão para que referidos órgãos tomem as providências que entenderem cabíveis quanto a possíveis sonegações fiscais.

Intimem-se as partes.

Intime-se a União, oportunamente.

Nada mais.

MÁRCIO TOLEDO GONÇALVES

Juiz do Trabalho

BELO HORIZONTE, 13 de Fevereiro de 2017.

MARCIO TOLEDO GONCALVES

Juiz(a) Titular de Vara do Trabalho

PODER JUDICIÁRIO ||| JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

13ª Vara do Trabalho de São Paulo ||| RTOrd 1001492-33.2016.5.02.0013

RECLAMANTE: FERNANDO DOS SANTOS TEODORO

RECLAMADO: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., UBER
INTERNATIONAL B.V., UBER INTERNATIONAL HOLDING B.V.

Autos 1001492-33-2016-5-02-0013

Ação trabalhista - rito ordinário

data de publicação: 20.04.2017 autor:

FERNANDO DOS SANTOS TEODORO

RÉUS:

1. UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA,
2. UBER INTERNATIONAL BV e
3. UBER INTERNATIONAL HOLDING BV

SENTENÇA

1. Relatório

FERNANDO DOS SANTOS TEODORO propôs ação trabalhista em face de UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, UBER INTERNATIONAL BV e UBER INTERNATIONAL

HOLDING BV, em que postulou a declaração da relação jurídica de emprego e o pagamento das parcelas especificadas na petição inicial. Deu à causa o valor de R\$ 62.531,00 e apresentou documentos.

As rés apresentaram contestações, instruídas com documentos, em que arguíram preliminares e, no mérito, refutaram as assertivas do autor, pugnando pela improcedência dos pleitos.

O autor manifestou-se sobre a defesa e os documentos apresentados pela parte contrária, reiterando os pedidos iniciais.

Foi colhido o depoimento pessoal das partes. Inquiridas três testemunhas. Instrução processual encerrada sem outros elementos.

Facultado às partes o oferecimento de razões finais, que foram apresentadas por meio de petições escritas.

Tentativas conciliatórias frustradas.

2. Fundamentação

2.1. Incompetência material

A ré arguiu a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para apreciar a relação jurídica existente entre as partes, uma vez que teria

havido entre elas contrato de natureza civil, e não uma relação de trabalho.

A competência material deve ser aferida, abstratamente, em função da causa de pedir e do pedido¹. Se estes guardam pertinência com a relação jurídica de trabalho, resta afirmada a competência da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, I), independentemente da situação fática efetivamente ocorrida, pois esta se engloba na análise do mérito da pretensão.

Tendo em vista, portanto, que a pretensão do autor é justamente a de ver declarada a relação de emprego, é inafastável a conclusão de que a competência material, para processar e julgar a demanda, só pode mesmo ser da Justiça do Trabalho.

Por esse fundamento, rejeito a preliminar.

2.2. Nulidade de citação

A segunda e a terceira rés suscitarão a nulidade de sua citação, tendo em vista que foi irregular o ato praticado, na pessoa da preposta da primeira ré.

Sem razão. Conforme os termos da decisão que proferi na audiência de 14 de fevereiro de 2017 ([ID 9496cbc](#)), as três rés compõem um grupo econômico, sendo inclusive o quadro societário da primeira empresa formado, exclusivamente, pela segunda e pela terceira ([ID 9999287](#)). Assim, a finalidade primordial do ato processual de citação (dar conhecimento da demanda ao réu) foi atingida. Tanto foi que as suscitantes compareceram na audiência e apresentaram sua contestação ([ID 6a90e57](#)). Aliás, registre-se por oportuno que as três rés foram representadas em audiência pela mesma pessoa, na condição de

preposta, o que ratifica a validade da decisão pertinente à citação das suscitantes.

Por fim, saliento que a declaração de nulidade processual requer a demonstração, pela parte interessada, de prejuízo manifesto (CLT, art. 794). E, como já exposto, não ocorreu qualquer prejuízo processual, à vista da regular apresentação da defesa e acompanhamento da instrução do feito.

Diante desses motivos, rejeito a arguição de nulidade.

2.3. Inépcia da petição inicial I

São requisitos da petição inicial, dentre outros, a exposição dos fatos que embasam a pretensão do autor e o pedido, com suas especificações (CLT, art. 840, § 1º; CPC, art. 319, III e IV). O preenchimento desses requisitos constitui pressuposto processual de validade, sem cuja presença fica o juiz impedido de apreciar o mérito da ação. Saliento que, embora no processo do trabalho as exigências formais quanto à petição inicial sejam mitigadas, tal não elide a necessidade de sua aptidão, uma vez que essa peça conforma a sentença a ser, eventualmente, dotada da imutabilidade da coisa julgada.

Assim, verifico que não foi exposta suficientemente a causa de pedir do pleito de pagamento de **horas extras e adicional noturno**. Na exordial alegou o autor que trabalhava mais de 44 horas por semana, em horário diurno e também noturno. Não há, entretanto, a quantificação das horas de trabalho, ou mesmo a indicação de uma jornada de trabalho média, que pudesse ser usada para fins de apuração do montante pleiteado. Por outro lado, a ré também não indicou

horários de trabalho ou carga horária que pudessem servir para suprir a omissão do libelo.

Diante disso, por ineptos (CPC, art. 330, I), excluo tais pedidos do objeto do processo (CPC, art. 485, I).

2.4. Inépcia da petição inicial II

As rés arguíram a inépcia da petição inicial, uma vez que não haveria “pedido expresso e específico” em relação à responsabilização da segunda e da terceira rés, no rol de pedidos da exordial.

A petição inicial indica, nos itens 4 e 5 da fundamentação, a relação societária entre as rés, indicando a pertinência da desconsideração da personalidade jurídica da primeira ré, haja vista que seu capital social é diminuto. Desse modo, embora não haja, de fato, repetição dessa alegação no rol final da peça, a petição inicial contém tese explícita acerca da responsabilidade de todas as rés.

Nesse aspecto, a redação da peça é de razoável clareza quanto aos pedidos, tendo sido observados os requisitos legais pertinentes (CLT, art. 840, §1º), razão pela qual não se afigura inepta. Rejeito a preliminar.

2.5. Carência de ação

As chamadas condições da ação devem ser aferidas *in statu assertionis*, isto é, pressupondo-se verdadeiras as alegações contidas na petição inicial; eventual descompasso entre tais afirmações e os fatos efetivamente ocorridos integra o mérito da pretensão, não implicando, pois, carência de ação.

De início, saliento que o Código de Processo Civil de 2015 não manteve entre as condições da ação a chamada possibilidade jurídica do pedido (art. 485, VI). O CPC anterior, de 1973, apesar das críticas doutrinárias, seguiu o pensamento inicial de Liebman (depois modificado), segundo o qual seria juridicamente impossível o pedido expressamente vedado pelo ordenamento, implicando tal circunstância a carência da ação. No atual diploma processual, no entanto, são condições para o exercício do direito de ação apenas a legitimidade e o interesse.

É correta a nova opção legislativa, que se coaduna com reclamos doutrinários de alguns anos. Com efeito, dizer-se que o pedido é vedado pelo ordenamento jurídico é dizer que o pedido, à luz do ordenamento, deve ser rejeitado. Ou seja, esse pedido é improcedente. Não tem cabimento em tal situação a extinção do processo sem resolução do mérito.

Por sua vez, a legitimidade de parte é entendida como a pertinência entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada pelo autor. Tendo em vista que dessa situação, no caso em exame, resulta, em tese, a responsabilidade do réu, as partes são legítimas para figurar nos pólos do processo.

O *interesse de agir* decorre, segundo a doutrina majoritária, do trinômio: a) utilidade do provimento jurisdicional pleiteado, que deve ser apto a pôr o autor em situação jurídica mais vantajosa do que a atual; b) necessidade de atuação judicial para alcançar o fim colimado; c) adequação do procedimento adotado. A demanda, nos moldes em que foi proposta, preenche tais requisitos, razão pela qual reputo presente interesse processual.

Portanto, presentes as condições de admissibilidade do julgamento do mérito, rejeito as alegações defensivas a esse respeito.

2.6. Segredo de justiça

A ré requereu a tramitação do feito em segredo de justiça, sob o argumento de que as questões debatidas no processo envolvem fluxo de informações pela internet, que são consideradas sigilosas pela Lei 12.965/2014 (artigos 7º, I e II). Aduziu também que as questões debatidas representam “segredo de negócio da reclamada”.

A Constituição Federal garante, no inciso IX do art. 93, que

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Para delimitar as exceções em relação à regra geral fundamental da publicidade do processo, o Código de Processo Civil de 2015 prevê a tramitação em segredo de justiça, nos seguintes termos:

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

- I - em que o exija o interesse público ou social;*
- II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;*
- III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;*
- IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.*

Das quatro hipóteses estritas de exceção do princípio da publicidade, duas não têm aplicação ao caso concreto, sequer em teoria. São as dos incisos II e IV. Ademais, a hipótese do inciso III não tem relação com a alegação da ré, já que as informações empresariais que ela disse tentar proteger não se enquadram na noção legal e constitucional de intimidade. Por fim, a exigência do “interesse público ou social” (inciso I) não dá guarida ao requerimento de sigilo do processo; pelo contrário, entendendo que a amplitude alcançada pela atividade da empresa em território brasileiro nos últimos anos dá amparo à rejeição do sigilo da tramitação.

Saliente-se, por fim, que os direitos assegurados aos usuários de serviços de internet pela Lei 12.965/2014, notadamente no art. 7º, não exigem a tramitação de processos como o presente em segredo de justiça.

Rejeito o requerimento.

2.7. Requerimento de ofício à Receita Federal

A ré requereu a expedição de ofício à Secretaria da Receita Federal, a fim de que fossem apresentados nos autos documentos relativos à situação fiscal do autor no tocante ao imposto sobre a renda, especialmente a cópia de sua declaração de renda do ano-base de 2016.

O requerimento tem natureza instrutória. Visa a subsidiar a alegação de mérito no tocante ao eventual exercício pelo autor da profissão de corretor de imóveis, o que, na visão da ré, elidiria a alegação tendente à declaração de vínculo de emprego. Tendo em vista, então, que a instrução processual foi encerrada sem reiteração do requerimento, entende-se que a busca por tais elementos tenha

sido deixada de lado pela parte interessada. Ainda que assim não fosse, o ofício requerido é inócuo para o fim a que se destina, uma vez que a exclusividade na prestação de serviços não é requisito de existência da relação de emprego.

Indefiro, portanto, o requerimento.

2.8. Relação de emprego

2.8.1. Alegações das partes

As alegações do autor para requerer a declaração de relação de emprego são, em síntese, as seguintes: a) a ré angaria motoristas para a prestação de serviços de transporte a passageiros, mediante uso de um aplicativo de internet; b) o pagamento pelo serviço é feito pelo passageiro à ré, que repassa ao motorista o valor, com retenção de uma taxa de 25 a 30%; c) o motorista formaliza um contrato de adesão para iniciar a prestação de serviços; d) a ré controla, por meio do seu aplicativo, tanto a prestação dos serviços quanto o respectivo pagamento; e) a ré exigiria a contratação de seguro em benefício dos passageiros; f) o contrato de adesão é redigido de forma a induzir a conclusão de que o objeto não é o de fornecimento de serviços de transportes, mas sim o fornecimento de tecnologia de internet; g) os elementos da relação de emprego são visíveis durante a execução do contrato, especialmente porque a ré fixa os preços conforme sua autodeterminação; h) existem avaliações recíprocas de passageiros e motoristas, e também cobranças por parte da ré, elementos que concretizariam o poder disciplinar de empregador; i) o reclamante se dedicava diariamente ao trabalho para a ré, nos moldes em que ela exigia; j) a ré fornece contato com agências de locação de veículos, para que as pessoas que não têm carro

possam, também elas, prestar serviços de transporte de passageiros; k) a ré estipula pagamento de bônus em dinheiro em alguns casos; l) a ré impõe padrões de apresentação, vestimenta e tratamento a ser dado aos passageiros, a revelar a direção da atividade econômica; m) a ré tem o poder de cancelar a prestação de serviços, pelo aplicativo, a qualquer momento, o que ocorreu com o autor em seu desligamento, sem aviso prévio; n) a dinâmica da atividade da ré exige o trabalho de motoristas, que por isso não podem ser considerados profissionais autônomos - nessa linha decidiu a Comissão de Trabalho do Estado da Califórnia (EUA) e também o Judiciário do Reino Unido; o) o Decreto 56.981, do Município de São Paulo, impõe a obrigação do condutor de se vincular a uma empresa que explore o serviço por aplicativo de internet; p) trabalhou efetivamente de 23.12.2015 a 03.06.2016, quando foi sumariamente dispensado por decisão da ré; q) seu faturamento médio mensal era de R\$ 5.927,14.

De outro lado, a ré sustentou que a relação jurídica entre as partes não era de emprego - não seria sequer uma relação de trabalho. Para tanto, elencou, em síntese, os seguintes argumentos: a) a empresa não explora serviços de transportes, e sim a plataforma tecnológica de mediação entre passageiros e motoristas; b) a ré não possui frota de veículos, e não contrata motoristas, seja na condição de empregados ou na condição de autônomos; c) os clientes da ré não são os passageiros, mas sim os motoristas-parceiros, a quem ela emite notas fiscais da prestação de serviços que realiza; d) a ré apenas oferece a plataforma; a prestação de serviços de transporte é mantida entre o motorista e o passageiro; e) há várias empresas no mesmo segmento da ré operando no Brasil, inclusive na cidade de São Paulo; f) os motoristas não precisam atuar exclusivamente com uma plataforma, podem atender a todas segundo sua decisão pessoal; g) os motoristas decidem quando, onde

e em que horário irão atender seus usuários; h) o autor tem inscrição como corretor de imóveis, o que indica que o serviço de transporte pode ter sido prestado eventualmente para complementação de renda; i) não estão presentes os requisitos legais para a configuração de uma relação de emprego; j) a taxa paga pelo motorista à ré varia de 20% a 25%, dependendo do produto; k) a ausência de pessoalidade se vê quando um motorista pode cadastrar outros no aplicativo; l) os motoristas são livres para decidir ficar “off line”, com o aplicativo desligado, e não sofrem cobranças em razão disso; m) os motoristas têm liberdade para conceder descontos aos passageiros, sem precisar de autorização da ré para isso; n) a ré não avalia o desempenho dos motoristas, quem o faz são os passageiros - a avaliação inversa também ocorre pelo mesmo aplicativo; o) não existe subordinação estrutural no caso em exame, pois o motorista é cliente da ré, e não um prestador de serviços a ela; p) o autor assumia os riscos de seu próprio empreendimento, já que cabiam a ele os custos com combustíveis, lubrificantes, manutenção e outros; q) não existia onerosidade na relação, até porque era o reclamante que remunerava a reclamada pela utilização da plataforma.

2.8.2. Considerações iniciais sobre a matéria controvertida

Em razão da complexidade da matéria envolvida na demanda, reputo conveniente uma apreciação analítica dos pontos controvertidos e dos aspectos essenciais da lide.

Em um primeiro momento, será analisada a questão da atividade empresarial da ré, por se mostrar tal argumento como prejudicial em relação ao desenvolvimento de todo o raciocínio. Com efeito, é com base nesse argumento que a ré sustentou a inexistência de qualquer relação de trabalho entre si e os motoristas.

Uma vez superada essa tese, passa-se na sequência à análise específica dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego.

2.8.3. A questão da atividade empresarial da ré

Conforme já exposto acima, a defesa da ré sustentou que inexistente relação de trabalho entre si e os motoristas, os quais seriam “parceiros”. Aduziu que é a empresa que presta serviços aos motoristas, oferecendo a eles o uso da plataforma e do aplicativo, de modo a fomentar a atividade desses mesmos motoristas, na prestação do serviço de transporte diretamente aos passageiros.

A retórica da contestação é bem construída, amparada em expressões contemporâneas e na assim chamada economia do compartilhamento. Todavia, ela não corresponde à realidade.

Basicamente, não é verdade que o produto explorado pela empresa é meramente a ferramenta eletrônica, o aplicativo oferecido aos motoristas. A ré oferece no mercado um produto principal: o transporte de passageiros. O aplicativo é um instrumento, um acessório ao bom funcionamento do serviço. E os consumidores do produto da ré não são os motoristas, mas sim os passageiros.

Para chegar a tal conclusão, recorde-se que o modelo capitalista de sociedade se ampara em uma célula fundamental: a *forma mercadoria*. Daí a referência ao *produto* em sentido amplo, que abrange a noção de serviço oferecido no mercado. Em linhas gerais, o capital é investido na produção de mercadorias, e a circulação destas gera a extração de um excedente; parte do excedente é reinvestida na produção (daí a reprodução do modelo), e outra parte é acumulada pelo capitalista na forma de lucro. É dessa forma básica que são derivadas as relações sociais

capitalistas. No que mais importa no caso concreto, para compreender a natureza da relação jurídica de que se trata, a questão é indicar qual é a mercadoria de que a ré extrai o seu excedente econômico.

E a resposta deve ser enunciada de maneira clara: *a mercadoria da ré é o serviço de transporte*. Nenhuma dúvida me ocorre quanto a isso. Não é por outra razão que é da ré (e não do motorista) o poder fundamental de quantificar o valor na circulação da mercadoria. É a ré que fixa o preço do serviço de transporte que o passageiro irá **pagar**.

Veja-se o que disse a testemunha *Felipe Gonçalves Wanderley*, que exerce o cargo de gerente de operações da empresa. Ele referiu os critérios que a ré utiliza, unilateralmente, para estabelecer, também unilateralmente, os preços dos serviços de transporte. Ora, fosse a relação jurídica pertinente ao serviço de transporte unicamente entre o passageiro e o motorista (que é a tese da defesa), a fixação do preço ocorreria por negociação entre eles - isto é, entre o motorista e o passageiro. Mas não. A ré fixa um preço, e sequer o revela antecipadamente ao motorista².

Esse dado é relevante, a indicar que a ré atua na prestação de serviços de transporte de passageiros. E usa para isso a mão de obra de motoristas cadastrados em sua plataforma. Tal plataforma serve, portanto, como instrumento de prestação do serviço principal, apenas isso.

Note-se que a tese da ré (de que a mercadoria da empresa não é o transporte, mas sim o próprio aplicativo) implicaria a noção de que o seu excedente seria gerado a partir da operação de fornecimento da plataforma aos supostos clientes motoristas. Ou seja, deveria haver um *valor fixo*, uma mensalidade, por exemplo, paga pelos motoristas em razão do uso da plataforma. Mas isso não ocorre: o *valor que cabe*

à empresa é extraído do serviço de transporte prestado ao consumidor passageiro. Logo, como o excedente do capitalista é extraído na circulação da sua mercadoria, conclui-se com segurança que a mercadoria com que a ré atua não é o aplicativo, e sim o serviço de transporte.

A rigor não há novidade nessa conclusão. A empresa ré atua em inúmeros países, e as decisões oriundas do Estado da Califórnia e do Reino Unido, que constam dos autos, demonstram que o entendimento tem sido basicamente o mesmo aqui enunciado: *a ré atua na exploração de serviços de transporte.*

2.8.4. Elementos fático-jurídicos da relação de emprego

Superada essa primeira resistência da tese defensiva, pertinente à atividade empresarial da ré, chega-se à conclusão necessária de que *a relação existente entre ela e seus motoristas é uma relação de trabalho.* Com efeito, a ré presta serviços de transporte aos consumidores (que são os passageiros), lançando mão do trabalho humano prestado pelos motoristas. Não é correto, portanto, dizer que os motoristas são clientes da ré; eles não são clientes, são trabalhadores que despendem energia em prol da atividade lucrativa da empresa. Pois bem.

Resta saber então se essa relação de trabalho se configura juridicamente como relação de emprego.

O direito positivo brasileiro delinea a relação de emprego nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que conceituam, respectivamente, o empregador e o empregado. Da interpretação conjunta desses dispositivos legais conclui-se que a relação jurídica de emprego é a que tem por objeto a prestação, onerosa e subordinada,

de trabalho não-eventual por parte de pessoa física, com caráter *intuitu personae*.

Há, portanto, cinco elementos que caracterizam a relação empregatícia: a) prestação de trabalho por pessoa física; b) pessoalidade por parte do trabalhador; c) não-eventualidade; d) onerosidade; e) subordinação.

2.8.4.1. Trabalho por pessoa física

O primeiro requisito da relação de emprego é preenchido, sem qualquer controvérsia. Não há sequer alegação no tocante à possibilidade de vinculação de pessoa jurídica na plataforma, para prestação do serviço. Esta ocorre necessariamente com pessoas físicas.

2.8.4.2. Pessoalidade na prestação de serviços

O trabalho do motorista, na sistemática adotada pela empresa ré, é indubitavelmente de natureza pessoal.

A substituição de um trabalhador por outro, de forma indistinta, é vedada. O cadastro do motorista no aplicativo é feito *intuitu personae*, até mesmo com foto e identificação. A ré, em depoimento pessoal, referiu inclusive que “não mais” exige atestado de antecedentes criminais, a sugerir que isso ocorrera no passado, como aliás declarou a testemunha (depoimento). *Bruno Praça Sevieri* (cf. item 3 do depoimento).

No tocante à possibilidade de um motorista “vincular” o cadastro de outros, não se vê aí a exclusão da pessoalidade. A testemunha *Felipe Gonçalves Wanderley*, sobre o assunto, disse o seguinte:

[...]

14) o motorista pode cadastrar outros motoristas na plataforma; [...]

18) ainda no caso do item 14, o desligamento do primeiro motorista não implica o desligamento dos demais; é possível que eles regularizem o seu próprio cadastro, inserindo um veículo, podendo ser o mesmo, ainda que de propriedade do motorista excluído, salvo se a exclusão se der, justamente, por irregularidade ligada ao veículo;

19) o cadastro dos motoristas é feito normalmente, na situação do item 14; esclarece que o cadastro é originalmente individual e posteriormente deve ser solicitado a associação ao primeiro motorista [...].

Em suma, o cadastro de cada motorista é individual, e é aceito não pelo motorista originário, e sim pela empresa ré. Logo, a pessoalidade existe em relação a cada motorista que presta serviços pela plataforma.



Relatório Fundamentação

75ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO
Processo n.ºRTSum 0100351-05.2017.5.01.0075
S E N T E N Ç A

I - Relatório

CARLOS RENATO DE SOUZA GUERRA ajuizou ação trabalhista em face de **UBER DO**

BRASIL TECNOLOGIA LTDA., UBER INTERNATIONAL B.V., UBER INTERNATIONAL HOLDING B.V., postulando, em síntese, o reconhecimento do vínculo de emprego, com o pagamento das parcelas trabalhistas, conforme petição inicial.

Conciliação rejeitada.

As 03 reclamadas, em peça única, apresentaram contestação, arguindo preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho, Inadequação do Rito, Ilegitimidade passiva ad causam e pleiteando pela improcedência total do pedido, por não tratar-se de vínculo de emprego.

Alçada fixada no valor da inicial.

O processo foi retirado de pauta a fim de que fosse ouvida uma testemunha por meio de carta precatória.

No entanto, como não havia sido colhido o depoimento pessoal das partes e, no entender dessa magistrada, é importante que seja produzido previamente, reconsiderarei o despacho com inclusão do processo em pauta.

O autor não compareceu à audiência de prosseguimento. As reclamadas requereram a aplicação da pena de confissão.

A instrução se realizou através de prova documental.

Em razões finais, as partes se reportaram aos elementos dos autos, permanecendo inconciliáveis.

<https://pje.trt1.jus.br/primeirograu/VisualizaDocumento/Autenticado/d...1> de 31 31/05/2018 22:42

2.8.4.3. Não eventualidade da prestação de serviços

Quanto à característica da não eventualidade, sua aferição concreta depende, evidentemente, da situação pessoal do autor, e não das modalidades de trabalho compatíveis com a plataforma criada pela ré. Na medida em que se deixa isso claro, evita-se o erro de incidir em excludentes genéricas descritas pela contestação.

Parece correto dizer que a plataforma da ré admite o trabalho eventual. As testemunhas ouvidas em audiência afirmaram, de fato, que não existe um limite de tempo para o motorista permanecer inativo (“off line”), tampouco existe uma imposição de número mínimo de horas de trabalho por dia ou por semana. Todavia, dizer que o trabalho eventual é admitido não equivale a dizer que o trabalho de todos os motoristas é eventual.

O autor alegou que trabalhava mais de quarenta e quatro horas por semana. Como a ré detém todas as informações do cadastro de cada motorista, seria muito fácil a ela comprovar a exata frequência do autor ao trabalho. Bastava apresentar nos autos o detalhamento das viagens

realizadas e tempo de permanência “on line”. Desse modo, a ausência de prova sobre a alegação de eventualidade milita em desfavor da ré.

Diante disso, assumo a prestação de trabalho não eventual por parte do autor, no período discutido.

2.8.4.4. Onerosidade

Quanto ao requisito da onerosidade, não há maiores dificuldades em perceber sua existência no caso em exame. Na medida em que se afastou a tese da ré no tocante à sua atividade econômica principal (cf. item 2.8.3, cujos fundamentos são aqui reiterados), tornou-se clara a inversão retórica operada pela defesa: não existe pagamento de remuneração pelo motorista à empresa, em razão do fornecimento da plataforma; existe, isso sim, remuneração paga pela ré ao motorista, pelo trabalho desempenhado por ele na atividade econômica da empresa.

Aliás, os critérios utilizados pela empresa para o estabelecimento do preço das corridas permitem compreender que a fração do valor que é destinada ao motorista representa verdadeiro salário. A testemunha *Felipe Gonçalves Wanderley* disse o seguinte:

[...]

3) o preço da viagem é fixado conforme variáveis relativas à distância e à estimativa de tempo, e conforme constantes de valores definidos pela reclamada; esses valores são definidos com critérios que atendam às circunstâncias de trânsito, e à projeção de satisfação de motoristas e passageiros com o preço final; esclarece que essa definição é feita em um determinado momento, não sendo alterada a cada viagem;

4) a reclamada leva em conta uma projeção do faturamento do motorista por hora; não é possível projetar faturamento mensal ou semanal, à vista da liberdade que o motorista tem em quantificar suas horas de trabalho; [...]

Se “a reclamada leva em conta uma projeção do faturamento do motorista por hora”, a onerosidade presente nessa relação é a mesma que existe em qualquer contrato de trabalho, em que o empregador insere o custo trabalhista com mão de obra no preço final de seu produto.

2.8.4.5. Subordinação

A ré sustentou com veemência que o autor (como de resto todos os seus motoristas) não trabalhava de forma subordinada. Aduziu, entre outros fundamentos, a possibilidade de ele poder ficar desconectado do aplicativo pelo tempo que quisesse; a ausência de fiscalização e cobranças típicas de relação de emprego; a liberdade de escolha do autor quanto a dias e horários de trabalho; a possibilidade de oferecer descontos aos passageiros, sem qualquer ingerência da ré.

A relevância desse aspecto da lide requer algumas considerações acerca da ideia de trabalho subordinado, no contexto do arcabouço teórico do direito do trabalho.

O art. 3º da CLT menciona a palavra dependência ao prever o requisito da *subordinação jurídica* como elemento da relação de emprego³. A doutrina tradicional, a certa altura, pacificou-se ao atribuir à noção de subordinação a característica de contrapartida do poder empregatício patronal.

Délio Maranhão salientava, no tocante à fenomenologia da subordinação no contrato de trabalho:

“Como se explica esta subordinação de um contratante a outro? O empregador, que exerce um empreendimento econômico, reúne, em sua empresa, os diversos fatores de produção. Esta, precisamente, sua função social. Desses fatores, o principal é o trabalho. Assumindo o empregador, como proprietário da empresa, os riscos do empreendimento, claro está que lhe é de ser reconhecido o direito de dispor daqueles fatores, cuja reunião forma uma unidade técnica de produção. Ora, sendo o trabalho, ou melhor, a força de trabalho, indissoluvelmente ligada a sua fonte, que é a própria pessoa do trabalhador, daí decorre, logicamente, a situação subordinada em que este terá de ficar relativamente a quem pode dispor de seu trabalho.”⁴

Assim, vê-se que a subordinação do empregado tem ligação com o poder do empregador de dispor de sua força de trabalho, sendo esta um dos fatores de produção reunidos na empresa, cuja titularidade pertence ao empregador. Daí, aliás, a expressão *trabalho por conta alheia*, que qualifica a situação do empregado, o qual despende sua energia em favor do empreendimento de outra pessoa, o empregador. Cabe a este o risco do negócio; logo, cabe a ele organizar a prestação de serviços; pelo mesmo fundamento, cabe ao empregado subordinar-se a essa organização.

Nessa mesma linha, Maurício Godinho Delgado, de forma clara e didática, conceitua a subordinação como a

“situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”⁵

Ora, à luz de tais enunciados teóricos, não há alternativa senão reconhecer que o trabalho do autor, como motorista, era prestado de forma subordinada. Como já exposto, a mão de obra do motorista é fator de produção na geração da mercadoria (serviço de transporte), cuja circulação propicia o excedente econômico à ré. Além disso, o preço do serviço final é estabelecido unilateralmente pela ré, cabendo ao motorista apenas a ciência do percentual que lhe caberá quando concluir a viagem que aceitar. Parece evidente que o empreendimento como um todo, o *negócio*, é da empresa ré, e não do motorista.

Cumprе ressaltar, quanto ao caso em exame, que a ré mencionou em depoimento pessoal que monitora a chamada *taxa de cancelamentos*, cujo aumento inclusive gerou a dispensa do autor (cf. itens 2 a 4 do depoimento pessoal). Está presente em tal conduta tanto a exteriorização da organização dos fatores de produção pelo empregador quanto a subordinação do empregado a essa mesma organização. Em suma: havia trabalho subordinado.

Por outro lado, não são convincentes os argumentos defensivos de que, como o autor não era obrigado a aceitar viagens, tampouco era obrigado a permanecer conectado pelo aplicativo, ele não trabalhava subordinadamente. Tais aspectos não têm a relevância jurídica que a defesa lhes empresta.

Em doutrina tradicional há subsídios para assim concluir. Muito antes do surgimento dos aplicativos de internet, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena definia a subordinação como “a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho”⁶, endossando a defesa quanto à confusão de

“subordinação com o cumprimento de horário e a convivência de empregado e empregador, porque este modo

de ver concederia a uma das partes a possibilidade material de dar ordens e de controlar diretamente seu cumprimento, o que, em rigor, não tem importância”.⁷

O autor chamava a atenção ao fato de que,

“Na dinâmica e na estrutura da empresa, que pressupõe integração e coordenação de atividades, a exteriorização da subordinação em atos de comando é fenômeno de ocorrência irregular, variável, muitas vezes imperceptível e esses atos sofrem um processo de diluição, até quase desaparecerem, à medida que o trabalho se tecniciza e se intelectualiza.”⁸

A rigor, a ré não exige quantidades fixas de horas e dias de trabalho aos motoristas porque tais parâmetros, no contexto da tecnologia dominada pela empresa, se mostram desnecessários. A ré não precisa exigir esses parâmetros, o que lhe gera inclusive uma redução de custos, pois ela pode sustentar (como de fato sustenta) que esse tempo dos motoristas, aguardando chamadas, não representaria tempo à disposição da empresa e não mereceria, por isso, remuneração.

Todavia, é certo que a ré controla de perto os indicadores de demanda e oferta dos seus serviços no mercado, e busca evitar que haja escassez do produto aos consumidores. Isso pode ser constatado pelo relato da testemunha *Felipe Gonçalves Wanderley*, segundo a qual “eventualmente ocorrem incentivos em caso de alta demanda em determinadas regiões, pelos quais a reclamada oferece pagamento adicional de R\$2,00 por viagem, que em verdade representam um desconto de R\$2,00 no valor que contratualmente a reclamada teria a receber do motorista pela viagem”. Com práticas como essa, a empresa consegue manter adequado o nível de oferta de serviço, em atenção à demanda existente na região. Não há necessidade, então, de estipular quantidade mínima de horas de trabalho por semana, por exemplo.

Assim, não é correto o argumento de que tais circunstâncias elidem o requisito da subordinação. Esta tem seu conteúdo jurídico próprio, adensado em décadas de estudos teóricos e científicos, os quais, como já exposto, endossam a visão de que os sinais visíveis ou indícios da subordinação são variáveis e irregulares, não se confundindo com sua essência própria.

Diante desses motivos, reputo presente o derradeiro elemento da relação de emprego, qual seja o trabalho subordinado.

2.8.5. Conclusão

Tendo em vista os fundamentos que foram expostos nos tópicos anteriores, em razão da presença dos elementos fático-jurídicos respectivos, acolho a alegação do autor de que ele era empregado da ré.

O período de trabalho restou confirmado pelo que disse a ré no item 1 de seu depoimento pessoal⁹.

Assumida a existência de relação de emprego entre as partes, é conclusão decorrente que cabia ao empregador comprovar os dados funcionais controvertidos, no caso a remuneração mensal. Essa afirmação se ampara no fato de que a prova do contrato de trabalho (e, por consequência, de seus elementos básicos) se faz pelas anotações na CTPS (CLT, art. 456). Tivesse o empregador atuado legalmente e realizado tais anotações, elas seriam dotadas de presunção relativa de veracidade. Na medida em que o empregador age ilicitamente, não realizando as anotações na CTPS, não pode atribuir à parte adversa os efeitos processuais probatórios dessa conduta. Só o autor do ilícito pode sofrer consequências jurídicas de seu ato.

Por essas razões, acolho como verdadeiros os valores de salário apontados pelo autor na petição inicial.

Diante disso, declaro que houve entre as partes relação empregatícia e, conseqüentemente, defiro o pedido de anotação da CTPS, com datas de admissão e desligamento respectivamente em 23.12.2015 e 03.06.2016, função de motorista e salário por comissão.

Cumprimento da obrigação de fazer, pela primeira ré, em 8 dias (a contar de intimação específica), sob cominação de multa de R\$ 150,00, por dia de atraso (CPC, arts. 536 e 537), limitada ao período de 30 dias. Somente então, supletivamente, a secretaria da Vara deverá proceder às anotações determinadas, sem prejuízo da execução da multa ora arbitrada.

2.9. Dissolução contratual - justa causa

A justa causa é o ato doloso ou culposamente grave do empregado, previsto em lei (CLT, art. 482), que inviabilize a continuidade do vínculo¹⁰, autorizando, assim, a resolução contratual sem ônus para o empregador.

Constituindo-se exceção na base principiológica do Direito do Trabalho, a justa causa se interpreta estritamente e sua comprovação em juízo é ônus do empregador. “A caracterização da justa causa, por se tratar de medida extrema, com severos efeitos na vida profissional e até mesmo pessoal do trabalhador, depende de comprovação inequívoca nos autos, através da produção de sólidos e convincentes elementos de prova, ônus que compete ao empregador por força do arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC.”¹¹

A interpretação restritiva da justa causa do empregado é uma decorrência do sistema. No Brasil, o empregador tem, conforme a doutrina majoritária, o direito potestativo de despedir seu empregado sem dar qualquer explicação sobre os motivos que o levaram a essa decisão. De um dia para o outro, a pessoa se vê sem emprego, sem renda, sem fonte de sustento para si e sua família, sem que possa, sequer, exigir a motivação da conduta.

Nesse contexto, é evidente que a justa causa do empregado não apenas um ato grave; deve ser muito grave. Tão grave que não deixe margem a dúvidas acerca da inexigibilidade de manutenção do vínculo ou pagamento das indenizações legais pelo empregador. Em suma: *in dubio pro operário*.

Pois bem. No caso dos autos, a ré alegou que

“o término da parceria entre as partes não decorreu de um ato unilateral da Reclamada, mas decorreu sim da má conduta do Reclamante, que era classificado como um motorista regular, além de possuir alta taxa de cancelamento e baixa taxa de viagens completas. Como se não bastasse, em verificação dos documentos internos, a Reclamada verificou que o Reclamante apresentou um documento do veículo não condizente com as informações fornecidas pelos órgãos públicos (Doc. 15)” (ID 2dbb311 - p. 45)

Contudo, a suposta justa causa não se sustenta.

Em primeiro lugar, a irregularidade documental não tem a relevância e a gravidade que a defesa tenta lhe emprestar. Tudo sendo feito à distância, eventuais erros de digitação de dados e documentos não é algo que escape à expectativa ordinária. Não se pode presumir o dolo do empregado. Ademais, a contestação salientou sobre esse tema o seguinte (ID 2dbb311 - p. 45 e 46, com grifo meu):

“No caso do Reclamante, o que se verificou foi que o Reclamante realizou o cadastro no UberBlack, em dezembro de 2015, com o mesmo número de telefone e em dois cadastros diferentes, sendo: (i) um com o veículo “Ford Fusion” de placa ENV1461, ano 2011; e o segundo com o veículo “I/Nissan Sentra 20SV CVT” de placa “OJP8018” (Doc. 16). Ocorre que o documento deste segundo veículo não foi passível de confirmação, pois o Renavam mencionado não era existente: “002213093”, apesar de constar no documento cadastrado pelo Reclamante (Doc. 17). Assim, esta segunda conta foi rejeitada e o Reclamante iniciou a utilização da plataforma da Reclamada com a primeira conta e veículo. No mês seguinte, o Reclamante cadastrou o veículo “I/Nissan Sentra 20SL CVT” de placa “FQV0464”, com ano de fabricação de 2014. Na época do cadastro, este veículo preenchia os requisitos mínimos para participar do produto UberBlack e assim permaneceu até ter sua conta desativada com base na elevada taxa de cancelamento em 3/6/2016.

No entanto, em janeiro de 2017, o Reclamante na tentativa de retornar à plataforma, cadastrou novos documentos de um veículo. Para a surpresa da Reclamada, trata-se do mesmo veículo anteriormente cadastrado “I/Nissan Sentra 20SL CVT” de placa “FQV0464”, que, porém, estava sendo cadastrado com novo ano de fabricação: 2015 (Doc. 18).”

Ora, a conduta que ensejou suposta justa causa em junho de 2016 não pode ter elementos de janeiro de 2017.

Por outro lado, a alta taxa de cancelamentos de viagens, por parte do autor, não foi comprovada a contento. Não há documento que permita constatar concretamente essa alegação da defesa, tampouco relato testemunhal acerca do tema.

Diante disso, afasto a alegação de justa causa. Consequentemente, reputo extinto o contrato de trabalho por dispensa imotivada.

2.10. Verbas rescisórias e outras

Defiro, diante da declaração de vínculo de emprego e da ausência de quitação regular, o pagamento das seguintes verbas:

- a) aviso prévio indenizado (CLT, art. 487, § 1º), em importe equivalente a 30 dias (Lei 12.506/2011, art. 1º e parágrafo único);
- b) 13º salário proporcional do exercício de 2016, na fração de 6/12;
- c) férias proporcionais, na fração de 6/12 (CLT, art. 146, parágrafo único), com acréscimo de 1/3;
- d) FGTS sobre os salários pagos durante o curso do contrato de trabalho, bem como sobre todas as parcelas acima, de 11,2%.

2.11. Multa do § 8º do art. 477 da CLT

A multa do § 8º do art. 477 da CLT incide também (e principalmente) nos casos em que o empregador deixou de anotar a CTPS do trabalhador. Propor o contrário seria premiar justamente quem mais merece a punição legal, isto é, o empregador recalcitrante com o registro do empregado.

Como o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região editara tese jurídica prevalecente (de n. 2), no sentido de que “o reconhecimento de vínculo empregatício em juízo não enseja a aplicação da multa, em razão

da *controvérsia*”, decidi em algumas ocasiões pela rejeição da multa, ainda que ressaltando entendimento diverso.

Todavia, veio a lume a súmula 462 do Tribunal Superior do Trabalho, consolidando o entendimento dessa Corte Superior, *in verbis*:

SÚMULA Nº 462. MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO. *A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, §8º, da CLT. A referida multa não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias.*

Portanto, reconhecendo a função constitucional do TST de uniformizar a jurisprudência trabalhista em âmbito nacional, afasto a aplicação do verbete regional e defiro o pagamento da multa do § 8º do art. 477 da CLT.

2.12. Multa do art. 467 da CLT

A multa do art. 467 da CLT requer a dissolução do contrato de trabalho, a ausência de controvérsia sobre a integralidade ou parte do montante das verbas salariais devidas, e o não pagamento dessas verbas até a data da audiência, desde que o empregador não seja pessoa jurídica de direito público.

No caso dos autos, a pretensão relativa às verbas devidas tornou-se controversa diante da resposta ofertada pelo réu.

Indefiro, portanto, o pedido de pagamento da multa.

2.13. Dano moral

O autor alegou ter sofrido dano de natureza moral em razão da conduta da ré, que lhe impôs um regime de trabalho prejudicial, a despeito das promessas de altos ganhos. Aduziu que a prática da ré caracteriza verdadeiro *dumping* social, ocasionando dano à personalidade. As circunstâncias de seu desligamento e as ameaças proferidas por taxistas também teriam gerado dano extrapatrimonial à sua pessoa.

Consiste o dano moral na lesão a interesses não-patrimoniais, juridicamente protegidos, de pessoa física ou jurídica¹². Não há falar, em função desse conceito, em prova de sofrimento ou constrangimento: essa modalidade de dano, segundo a doutrina, é insita à própria conduta; prova-se a lesão moral tão logo se prove a ação que agrida injustamente algum interesse extrapatrimonial da vítima. O importante na aferição do dano moral é, portanto, a existência de um interesse extrapatrimonial juridicamente protegido, o qual pode se referir a bens jurídicos materiais ou imateriais.

No caso em exame, o pedido é procedente. A conduta da ré ao sonegar garantias sociais dos trabalhadores equivale a explorar de maneira selvagem a mão de obra de pessoas que não raro se viram desempregadas e afastadas do mercado formal de trabalho. São, como se vê, pessoas em uma situação de necessidade e clara fragilidade aos intentos da ré. Sucumbem, com pouca resistência, aos apelos modernos de trabalho autônomo e independente.

A essa configuração da exploração de mão de obra estão ligadas, diretamente, a prática do *dumping* e as condições de risco ligadas a revoltas dos taxistas (cuja ocorrência na cidade de São Paulo é fato notório). A submissão a essas condições de trabalho não eram

ocasionais ou decorrentes da má sorte do motorista; eram, isso sim, uma consequência da política de concorrência estabelecida de forma consciente pela ré.

Nos autos do inquérito civil 001417-2016-01-000/6, em trâmite na Procuradoria Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, foi ouvido o depoimento de *Augusto Cesar Duarte da Silva*, o qual atuara como gerente de operações e logística da ré¹³. Ele confirmou a existência de verdadeiro ato de dumping pela empresa, inclusive e notadamente na concessão de descontos acima da margem delucros - gerando operações com prejuízos (cf. ID d5e587f - p. 9).

Ora, nesse panorama, a revolta dos taxistas de fato não seria algo de ocorrência inusitada. A revolta (e seus efeitos) está ligada à conduta consciente da ré e à sua estratégia de dominação de mercado. Em tese, é possível ver indícios de infrações à ordem econômica e às normas legais de tutela da concorrência (cf. especialmente o art. 36, § 3º, inciso XV, da Lei 12.529/201114).

A atuação agressiva da ré no tocante ao ganho de mercado e ao barateamento de mão de obra esbarra em preceitos constitucionais, notadamente os direitos fundamentais dos trabalhadores e a valorização do trabalho como fundamento da ordem econômica. Tais normas basilares vedam o uso do ser humano como mercadoria de comércio ou como insumo da produção, o que na prática vem sendo feito pela ré. Existe aí uma clara violação ao princípio da dignidade humana. Assim, demonstrada a ocorrência do dano moral.

Diante disso, defiro a compensação por dano moral, a qual, considerando a gravidade dos fatos, a sua repercussão íntima e social, o porte econômico do réu e a dupla finalidade (compensação para o autor

e sanção pedagógica para o réu), arbitro no valor razoável requerido na petição inicial, R\$ 50.000,00.

2.14. Responsabilidade das rés - grupo econômico

As empresas que se organizam em grupos econômicos são, a teor do art. 2º, § 2º, da CLT, solidariamente responsáveis pelos débitos oriundos dos contratos de trabalho que mantenham.

Embora o dispositivo literalmente requeira que haja entre as empresas uma relação de direção, controle ou administração, a interpretação dessa norma deve ser extensiva, em benefício da proteção do crédito do trabalhador (*lex dixit minus quam voluit*). Com efeito, o grupo econômico trabalhista não é noção coincidente com aquela do direito empresarial: configura-se o grupo de empresas, para fins trabalhistas, quando existe uma atuação coordenada das empresas no plano da execução do contrato de trabalho, isto é, quando elas unem esforços em prol de objetivos comuns, e nessa união contam com o trabalho prestado pelos empregados de cada uma delas.

O fundamento dessa disposição é a unidade desse grupo empresarial no plano trabalhista. Para Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, “seu suposto de incidência é a pluralidade de empresas que, pela forma com que se agrupam, ou mais ou menos impressivamente se vinculam ou se interinfluenciam, consideram-se unitariamente fisionomizadas para a relação de emprego”¹⁵.

No caso dos autos, é inegável a existência do grupo, uma vez que o quadro societário da primeira ré (que tem o capital social de apenas R\$ 1.000,00) é formado apenas pelas outras duas rés.

Declaro as rés, portanto, solidariamente responsáveis pelos créditos deferidos na presente sentença.

2.15. Litigância de má-fé

A constatação da chamada litigância de má-fé pressupõe a ocorrência de dolo da parte em seu comportamento no processo, a ensejar as reprimendas legais (CPC, arts. 80 e 81).

No caso dos autos, não vejo excessos no exercício dos direitos de ação e defesa, razão pela qual indefiro o pedido de multa.

3. Disposições gerais

3.1. Justiça gratuita.

Defiro ao autor os benefícios da justiça gratuita (CF/88, art. 5º, LXXIV; CLT, art. 790, § 3º).

3.2. Honorários advocatícios de sucumbência.

Entendo devidos os honorários advocatícios de sucumbência, pois o assim denominado *jus postulandi* não se coaduna com as promessas constitucionais de acesso à justiça, representando atualmente apenas uma exceção à regra geral do patrocínio das causas trabalhistas por profissionais da advocacia.

Porém, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, o deferimento dos honorários requer o preenchimento

de dois requisitos: a obtenção dos benefícios da justiça gratuita, e a assistência pelo sindicato da categoria (Súmulas 219 e 329/TST).

Diante disso, ressalvo minha convicção pessoal e deixo de fixar honorários advocatícios de sucumbência, pois ausente a assistência sindical.

3.3. Contribuição previdenciária.

O cálculo da contribuição previdenciária observará o critério de *apuração mensal* (Decreto n. 3.048/1999, art. 276, § 4º) e a incidência sobre as parcelas de natureza salarial que foram objeto de condenação (CF/1988, art. 195, inciso I, “a”; Súmula 368/TST; STF - RE n. 569056/PR, Rel. Min. Menezes Direito, j. 11-09-2008). *Não serão executadas* nestes autos, portanto, as contribuições incidentes sobre as remunerações pagas no decorrer da vigência do contrato de trabalho.

Observe-se, quanto às parcelas sobre cuja natureza jurídica não haja controvérsia (dirimida, se existente, em tópico específico da sentença), o rol do art. 28, § 9º, da Lei 8.212/1991.

A contribuição de responsabilidade do empregado será deduzida do seu crédito (Lei 8.212/1991, art. 11, parágrafo único, *a* e *c*; Orientação Jurisprudencial n. 363, da SBDI-1 do TST), observando-se o limite máximo do salário de contribuição (Lei 8.212/1991, art. 28, § 5º).

Faculta-se à ré, se for o caso, no mesmo prazo de que disporá para apresentar cálculos de liquidação, a comprovação de: a) sua inscrição no SIMPLES; b) ser beneficiária de imunidade ou isenção tributária em relação às contribuições previdenciárias patronais.

Saliento que não estão abrangidas na cobrança as contribuições sociais devidas a terceiros (SESI, SENAI, SESC e outros), para cuja arrecadação o INSS possui autorização legal. Nesse sentido o precedente do Tribunal Superior do Trabalho no RR 161040-71-1996-5-08-0005, Rel. Juiz Convocado Luiz Antônio Lazarim, DJ 11.02.2005.

3.4. Imposto sobre a renda.

O IRPF incidirá sobre as parcelas tributáveis componentes da condenação (Lei 8.541/1992, art. 46). Não há incidência tributária sobre as parcelas de natureza indenizatória, em especial as férias (Súmula 386/STJ) e os juros de mora (Código Civil, art. 404). Exclua-se da base de cálculo do IRPF, ainda, a importância devida a título de contribuição previdenciária.

Quanto ao cálculo do imposto devido, observe-se a regra contida no art. 12-A da Lei 7.713/1988, incluído pelo art. 44 da Lei 12.350/2010. O valor do tributo deverá ser retido do crédito do autor e recolhido regularmente, facultando-se a ele a comprovação da existência de dependentes por ocasião da apresentação de cálculos de liquidação.

3.5. Critérios de liquidação.

A liquidação será feita por cálculo.

A condenação diz respeito a parcelas cujo pagamento não se verificou na vigência da relação de emprego; logo, não há compensação ou dedução a autorizar.

Observe-se na apuração dos créditos, salvo disposição específica no corpo da sentença, a média remuneratória indicada pelo autor na

petição inicial. Esclareço, por oportuno, que a menção feita à alíquota de 11,2% de FGTS, nos itens anteriores, resulta do acréscimo rescisório de 40% ($8\% + 40\% = 11,2\%$).

Correção monetária na forma do art. 39, caput, da Lei 8.177/1991, com incidência a partir do dia primeiro do mês subsequente ao vencido (súmula 381/TST).

Juros de mora na forma do art. 39, § 1º, da Lei 8.177/1991, incidentes sobre o valor corrigido da dívida (súmula 200/TST), a partir do ajuizamento da ação (CLT, art. 883).

Quanto à compensação por dano moral, a correção monetária é devida a partir da data de publicação desta sentença; os juros moratórios incidirão a partir do ajuizamento da pretensão (Súmula 439/TST).

3.6. Cumprimento

Cumprimento da decisão no prazo de 8 dias (CLT, art. 832, § 1º), se outro não tiver sido especificamente fixado em tópico da sentença.

Ressalto que, como o recurso cabível não é dotado de efeito suspensivo (CLT, art. 899), o cumprimento da decisão não depende do trânsito em julgado.

3.7. Expedição de ofício

Diante dos fortes indícios de irregularidades em âmbito coletivo e difuso, expeça-se ofício ao *Ministério Público do Trabalho*, para conhecimento e análise das providências cabíveis em seu âmbito de atuação. Instrua-se o ofício com cópia desta sentença e da ata de audiência.

4. Conclusão

com base nos fundamentos expostos, que integram esta conclusão para todos os efeitos legais, na ação trabalhista proposta por FERNANDO DOS SANTOS TEODORO em face de UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, UBER INTERNATIONAL BV e UBER INTERNATIONAL HOLDING BV, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados, a fim de condenar as rés, solidariamente, a pagar ao autor:

- a) aviso prévio;
- b) décimo terceiro salário;
- c) férias com acréscimo de um terço;
- d) FGTS;
- e) multa do § 8º do art. 477 da CLT;
- f) compensação por dano moral.

Ainda, imponho à primeira ré a seguinte obrigação de fazer, nos termos e sob as cominações expostas na fundamentação: anotar a CTPS do autor.

Custas pelas rés no importe de R\$ 1.600,00, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 80.000,00.

Cientes as partes (Súmula 197/TST). Intime-se a UNIÃO (CLT, art. 832, § 4º).

Observe a secretaria o quanto determinado no item 3.7.

NOTAS:

1. Nesse sentido: STJ - CC 91160/RS, 2ª Seção, Relator Min. Fernando Gonçalves, j. 27-2-2008, DJ 5-3-2008.

2. A testemunha *Bruno Praça Sevieri* explicou que “o destino da viagem só é conhecido pelo motorista quando o passageiro entra no carro” (cf. item 6 do depoimento). E antes disso, é bom deixar claro, o motorista já aceitou a corrida.

3. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

4. SÜSSEKIND *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 245.

5. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 302.

6. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 526. Há, também, doutrina mais recente com estudo diretamente voltado à chamada *subordinação integrativa*. Cfr. PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009.

7. *Ibidem*, p. 527.

8. *Ibidem*, p. 527, grifo meu.

9. O “reclamante foi cliente do aplicativo entre dezembro de 2015 e junho de 2016”.

10. SÜssekind, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**, 22 ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 573.

11. TRT/SP - RO 00023037820115020047, 3ª turma, Rel. Sonia Maria Franzini, DOE 12.12.2012.

12. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 92. “O dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da

personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 3: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62).

13. O depoimento colhido em inquérito civil realmente não tem a mesma eficácia de uma prova colhida em processo judicial, sob o crivo do contraditório. Todavia, pode ser considerado um elemento adicional de convicção. Ademais, no caso em exame, a empresa foi intimada e estava acompanhando a tramitação do inquérito civil junto ao Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro.

14. Lei 12.529/2011:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[...]

§ 3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo. 15 **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 271.

SAO PAULO, 11 de Abril de 2017
EDUARDO ROCKENBACH PIRES
Juiz(a) do Trabalho Substituto(a)



Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região
PJe - Processo Judicial Eletrônico
Consulta Processual

Número: 0011863-62.2016.5.03.0137

Data Autuação: 09/12/2016

Classe: **AÇÃO TRABALHISTA - RITO SUMARÍSSIMO**

31/01/2017

Valor da causa: **R\$ 24.478,81**

PARTES			
TIPO		NOME	
AUTOR		ARTUR SOARES NETO	
ADVOGADO		PEDRO ZATTAR EUGENIO - OAB:MG128404	
RÉU		UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.	
ADVOGADO		RENATO NORIYUKI DOTE - OAB: SP162696	
RÉU		UBER INTERNATIONAL B.V.	
RÉU		UBER INTERNATIONAL HOLDING B.V.	
DOCUMENTOS			
Id.	Data de Juntada	Documento	Tipo
59e6d a7	30/01/2017 20:36	Sentença	Sentença



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 03ª REGIÃO
37ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE RTSum
0011863-62.2016.5.03.0137
AUTOR: ARTUR SOARES NETO
RÉU: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., UBER
INTERNATIONAL B.V., UBER INTERNATIONAL HOLDING
B.V.

Processo n.º 0011863-62.2016.5.03.0137

Reclamante: ARTUR SOARES NETO

**Reclamadas: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., UBER
INTERNATIONAL e UBER INTERNATIONAL HOLDING B.V.**

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

Dispensado o relatório, nos termos do art. 852-I, *caput*, da CLT, por tratar-se de procedimento sumaríssimo.

II - FUNDAMENTAÇÃO

QUESTÃO DE ORDEM - SEGREDO DE JUSTIÇA

As reclamadas requerem a atribuição de segredo de justiça ao processo. Argumentam que foram anexados documentos com informações confidenciais referentes ao fluxo de informações pela internet. Salientam que as questões debatidas representam segredo de negócio e podem causar prejuízo irreparável à imagem e patrimônio de todas elas.

Os argumentos relativos ao segredo de negócio e à proteção da imagem e do patrimônio das reclamadas não são hábeis a ensejar o deferimento do segredo de justiça, por falta de adequação às hipóteses previstas no art. 189 do CPC. Além disso, os documentos colacionados ao processo não revelam segredo de negócio da Uber, não havendo as reclamadas indicado, de maneira específica, sequer um documento que veicule informação protegida pelo segredo de negócio. Outrossim, a simples circunstância de tramitar reclamação trabalhista em desfavor das reclamadas não ofende a imagem e o patrimônio delas. Não fosse assim, deveria ser atribuído o segredo de justiça a todos os processos que tramitam perante este Especializada, porque todas as reclamadas poderiam invocar o mesmo argumento de ofensa às respectivas imagens.

Por outro lado, constata-se que realmente foram anexados documentos protegidos pela inviolabilidade prevista no art. 7º, II e III, da Lei n. 12.965/2014 (marco civil da internet).

Com efeito, os documentos de ID ea857aa a ID cbea3e0, denominados de “relatórios de viagens”, e ID 4179cc9, intitulado “fraude código promocional”, bem como a defesa (ID 011f4f7) consignam informações relativas a usuários da plataforma da Uber, incluindo, em seu conjunto, nome completo, bem como horário e frequência das viagens realizadas. Esses documentos são protegidos pela inviolabilidade a que se refere o art. 7º, II e III, da Lei n. 12.965/2014, porque contém informações relativas ao fluxo de comunicações pela internet, já que o aplicativo da Uber é acessado via internet.

Entretanto, considerando-se o princípio da publicidade que rege a relação jurídica processual, impõe-se modular o segredo de justiça ora atribuído, de modo a abranger apenas os documentos de ID ea857aa a

ID cbea3e0 e de ID 4179cc9, bem assim a defesa de ID 011f4f7, porque os demais documentos não se inserem nas exceções previstas no art. 7º, II e III, da Lei n. 12.965/2014 e no art. 189, III, do CPC, além de não haver constado, na ata da audiência realizada, o nome completo de nenhum usuário da Uber, tampouco informações de usuários que sejam protegidas pelos mencionados dispositivos legais.

Assim, **defiro, em parte**, o requerimento de atribuição de segredo de justiça, para alcançar apenas os documentos de ID ea857aa a ID cbea3e0 e de ID 4179cc9, bem assim a defesa de ID 011f4f7, devendo a Secretaria da Vara atribuir sigilo a esses documentos por meio do sistema do PJE, dando visibilidade deles apenas às partes e aos respectivos procuradores, diante dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e liberando a visibilidade dos demais documentos e desta sentença, por força do princípio da publicidade.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

As reclamadas argumentam que o reclamante e a Uber do Brasil mantiveram relação jurídica de natureza estritamente comercial. Suscitam, assim, a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento do feito.

Sem razão.

Segundo o artigo art. 114, I e IX, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho.

No caso, o reclamante pretende o reconhecimento da existência de vínculo de emprego entre ele e a Uber do Brasil, com o consequente deferimento das verbas trabalhistas descritas na petição inicial.

Ora, pretendendo o autor justamente o reconhecimento de relação de emprego, afigura-se competente esta Justiça Especializada para processar e julgar a demanda, nos exatos termos do art. 114, I, da Constituição da República.

Declarar se a relação jurídica estabelecida entre as partes possui natureza empregatícia ou meramente comercial consubstancia matéria afeta ao mérito da demanda.

Rejeito.

PRELIMINARES DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL

As reclamadas aduzem preliminares de inépcia da petição inicial. Argumentam que os pedidos indicados nos itens 116 e 121 da petição inicial, por conterem os termos “etc” e “todas as verbas devidas”, são imprecisos. Salientam que o requerimento de expedição de ofícios não se correlaciona com nenhuma causa de pedir.

Sem razão.

Com efeito, a petição inicial traz a exposição dos fatos e os pedidos logicamente decorrentes dessa exposição, havendo sido observados, portanto, os requisitos a que alude o art. 840, § 1º, da CLT.

Não é demais mencionar que o processo do trabalho é regido pelo princípio da simplicidade, razão pela qual a confecção da petição inicial dispensa formalidades excessivas.

Os termos “etc” e “todas as verbas devidas” realmente constaram das causas de pedir deduzidas nos itens 116 e 121 da petição inicial, mas não do rol dos pedidos consignados no item 161 da referida peça processual, do que se infere que os pleitos formulados foram devidamente especificados ao término da petição inicial, não havendo pedidos genéricos ou imprecisos.

Por sua vez, o requerimento de expedição de ofícios se fundamenta nas supostas irregularidades trabalhistas narradas no decorrer da petição inicial. Assim, houve a correta dedução da respectiva causa de pedir.

Desse modo, **rejeito** as preliminares de inépcia.

**PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DO RITO ELEITO -
REQUERIMENTO DE CONVERSÃO DO PROCEDIMENTO
SUMARÍSSIMO EM PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

As reclamadas arguem a preliminar de inadequação do rito eleito, afirmando que, em decorrência da complexidade da demanda, o processo deveria tramitar sob o rito ordinário, não sob o rito sumaríssimo. Pretendem, assim, a extinção do processo sem resolução do mérito ou, sucessivamente, a conversão do rito sumaríssimo em ordinário.

Sem razão.

Ao contrário do aduzido pelas reclamadas, verifica-se, pela análise do rol de pedidos, que todos os pleitos são certos e determinados, havendo-lhes sido atribuído o valor correspondente. Assim, foi cumprido o requisito previsto no art. 852-B, inciso I, da CLT.

Ademais, o valor atribuído à causa é inferior a quarenta salários mínimos.

É o quanto basta para que o processo tramite sob o rito sumaríssimo, porque a legislação não faz a exigência de que a demanda não seja complexa para que tramite sob esse rito. Ora, não cabe a este Juízo criar critério não previsto em lei para definir o rito sob o qual a demanda tramitará. Quando muito, pode adaptar o rito para que não se verifiquem prejuízos processuais irreversíveis à parte, como na

hipótese em que, diante da complexidade da demanda, se admite a oitiva de número maior de testemunhas do que o legalmente previsto para determinado rito, sempre de maneira fundamentada.

Se não bastasse, a alegada incompatibilidade do rito sumaríssimo com o presente feito não se verificou quando da instrução processual. De fato, sequer surgiu a necessidade de produção de prova pericial, aventada em defesa como elemento inviabilizador do trâmite sob o rito sumaríssimo, tampouco requereram as reclamadas a oitiva de mais de duas testemunhas. Pelo contrário, a ata da audiência revela que foi possibilitada às partes a mais ampla dilação probatória, inclusive havendo se encerrado a instrução processual apenas porque as próprias partes assim requereram.

Quanto a eventuais recursos, as partes poderão utilizar-se de todos aqueles cabíveis segundo a legislação processual, incumbindo ao órgão jurisdicional competente admiti-los ou não, conforme os requisitos legais estejam preenchidos ou não.

Ante o exposto, **rejeito** a preliminar de extinção do processo por inadequação do rito eleito e **indefiro** o requerimento de conversão do rito sumaríssimo em ordinário, mantendo a decisão já proferida na ata da audiência (ID 41a19ba, p. 2).

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SEGUNDA E DA TERCEIRA RECLAMADAS

As reclamadas suscitam a preliminar de ilegitimidade passiva da Uber International B.V. e da Uber International Holding B.V., afirmando que o reclamante mantém relação jurídica apenas com a primeira reclamada, Uber do Brasil.

A legitimidade passiva *ad causam* (para a causa) consiste na pertinência subjetiva da ação e deve ser analisada *in status assertionis* (em abstrato), ou seja, a partir das alegações consignadas na própria petição inicial.

Na espécie, em relação à segunda e à terceira reclamadas, a legitimidade passiva decorre da circunstância de elas haverem sido indicadas, na petição inicial, como integrantes do mesmo grupo econômico do qual a primeira reclamada faz parte, havendo sido deduzida, inclusive, pretensão de desconconsideração da personalidade jurídica da Uber do Brasil Tecnologia Ltda.

A caracterização ou não do grupo econômico e o deferimento ou não da desconconsideração da personalidade jurídica da primeira reclamada consubstanciam matérias referentes ao mérito da demanda.

Afasto.

REQUERIMENTO DE EXCLUSÃO DE DOCUMENTOS ANEXADOS PELO RECLAMANTE

As reclamadas requerem a exclusão dos documentos anexados pelo reclamante nos IDs e022e48, d4f149b e 49b834d, afirmando que se referem a motoristas parceiros que atuam na cidade de São Paulo, não em Belo Horizonte.

Entretanto, o argumento das reclamadas não se refere a qualquer irregularidade formal dos documentos anexados pelo autor, mas sim ao valor probante que a eles se pode atribuir.

Portanto, não é o caso de exclusão dos documentos, mas sim de valoração adequada da prova, o que versa, na verdade, sobre o mérito da demanda.

Indefiro, portanto, o requerimento de exclusão dos documentos de IDs e022e48, d4f149b e 49b834d.

DA RELAÇÃO JURÍDICA HAVIDA ENTRE AS PARTES - DAS VERBAS POSTULADAS

O reclamante aduz que, após aprovação em processo seletivo, iniciou, em 01-06-2016, as atividades como motorista da Uber do Brasil, havendo sido imotivadamente dispensado em 21-11-2016, sem o recebimento de nenhuma verba trabalhista. Alega que chegou a realizar jornadas de trabalho de dez a onze horas por dia, em horários variados, de acordo com a demanda por clientes, especialmente no horário noturno. Salienta que, de segunda a quinta-feira, trabalhava aproximadamente das 15/16h às 22/23h e, de sexta-feira a domingo, das 15/16h às 02/03h. Afirma que recebia semanalmente o valor médio de R\$504,42. Ressalta que, ao longo do período em que atuou como motorista da Uber do Brasil, percebeu que *“não detém toda a autonomia para o exercício da atividade”* e que *“o sistema implantado não permitirá jamais uma remuneração justa pelo extenuante trabalho”* (ID b2e1d2e, p. 4). Argumenta que a Uber, por meio do seu aplicativo, controla o serviço de transporte efetuado entre os motoristas e os passageiros, fixa a tarifa pelo serviço, recebe o valor pago pelo cliente e realiza semanalmente o repasse das quantias recebidas dos clientes para o motorista contratado, retendo 25% ou 30% desse valor. Menciona decisões estrangeiras. Pretende, assim, o reconhecimento de vínculo de emprego, com a devida anotação da carteira de trabalho e previdência social (CTPS). Pugna pelo deferimento das seguintes verbas trabalhistas: multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT; horas extraordinárias; verba prevista no art. 71, § 4º, da CLT, por não observância ao intervalo intrajornada; adicional noturno e horas extras em virtude do instituto da redução da hora noturna; remuneração dos domingos e feriados

trabalhados, na forma da lei; férias proporcionais acrescidas do terço; indenização por danos morais, no valor de R\$1.000,00, por ausência de ponto de apoio com sanitários e local para refeições; aviso prévio indenizado; 13º salário proporcional; depósitos do FGTS acrescidos da multa rescisória de 40%; auxílio alimentação e cesta básica, de acordo com a norma coletiva de trabalho da categoria.

As reclamadas contestam as alegações iniciais. Afirmam que não prestam serviços de transporte, não funcionam como transportadoras, nem operam como agente para o transporte de passageiro. Aduzem que o reclamante não lhes prestou serviços, tratando-se de usuário da plataforma disponibilizada por elas. Salientam que os motoristas não lhes são subordinados, tratando-se de profissionais autônomos, sem nenhuma exclusividade. Argumentam que elas prestam serviço aos motoristas, consistente em, por meio de uma plataforma digital, incrementar a capacidade de eles angariarem passageiros. Salientam que o reclamante dirigia quando quisesse e que a única exigência para a manutenção da parceria com elas seria *“a constante promoção de experiências positivas para os usuários”* (ID 011f4f7, p. 18). Alegam que, após o envio da documentação solicitada, o reclamante foi acolhido como motorista parceiro, havendo aceitado livremente as condições que lhe foram oferecidas para a utilização da plataforma Uber. Salientam que o reclamante não recebeu nenhuma remuneração por parte das reclamadas e que foi ele quem as remunerou pela utilização do aplicativo. Asseveram que o autor tinha *“completa autonomia para o estabelecimento dos dias e horários nos quais pretendia se conectar ao aplicativo para atender os usuários da Uber que buscam o serviço de transporte individual privado”* (ID 011f4f7, p. 18). Aduzem que não houve vício do consentimento no contrato pactuado entre as partes.

Contestam, assim, a pretendida caracterização de relação de emprego entre as partes e pugnam pela total improcedência dos pedidos iniciais.

Pois bem.

Segundo se infere dos arts. 2º e 3º da CLT, os pressupostos para a caracterização da relação de emprego são a pessoalidade, a subordinação jurídica, a onerosidade e a não eventualidade na prestação dos serviços. Apenas o somatório de todos esses pressupostos tem por consequência a caracterização do vínculo de emprego.

No caso, o conjunto probatório produzido revela a ausência de subordinação do reclamante para com as reclamadas, o que inviabiliza o pretendido reconhecimento do vínculo empregatício.

De fato, a subordinação jurídica consiste *“na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”* (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*.

14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 311). Ou seja, a subordinação jurídica se refere ao dever que o empregado tem de acatar as ordens dadas pelo empregador no que diz respeito ao modo da prestação dos serviços. Não se confunde com a subordinação jurídica a mera existência de obrigações contratuais entre as partes - o que é comum em todo tipo de contrato -, sendo, na verdade, fundamental que o próprio modo da prestação de serviços seja dirigido pela outra parte para que esteja configurada a subordinação a que se refere o art. 3º, *caput*, da CLT.

Na espécie, o depoimento pessoal do próprio reclamante revela, em vários trechos, a ausência da aludida subordinação jurídica, já que as reclamadas não lhe davam ordens, nem lhe dirigiam determinações.

Logo no início do depoimento, o autor revelou que, em vídeo que lhe foi exibido pela Uber do Brasil, no procedimento de contratação entre as partes, ficou claro que havia modos de comportamento recomendáveis para com o cliente, mas não obrigatórios. Esses modos de comportamento, entretanto, lhe ajudariam a obter avaliação positiva por parte do cliente. Eis o mencionado trecho do depoimento do autor:

(...) que os vídeos do escritório exibiram modos de comportamento com o cliente, deixando claro que não se tratavam de regras obrigatórias, mas que, para que o reclamante obtivesse uma boa pontuação e permanecesse ativo, era recomendado seguir as instruções, como estar bem trajado, descer do carro e abrir a porta para o passageiro, manter o carro limpo, bem regularizado, com água, balas e doces e o que pudesse acrescentar, tudo isso para que os clientes fizessem uma boa avaliação do serviço prestado pelo autor; (...) (ID 41a19ba, p. 2, destaquei).

Além disso, o autor, no depoimento pessoal, elucidou que ninguém da Uber lhe disse que sofreria punição em caso de não atendimento das recomendações: “(...) *que ninguém da Uber disse ao reclamante que sofreria punição de ser desligado da plataforma caso não atendesse ao padrão; (...)*” (ID 41a19ba, p. 2).

O reclamante, ainda, salientou que tinha ampla liberdade com relação a horários de utilização do aplicativo, afirmando que poderia utilizá-lo em qualquer horário e quantas vezes quisesse por semana, não havendo nenhuma determinação da Uber quanto a horário de trabalho, sequer tendo de informar à Uber os momentos em que ligaria ou desligaria o aplicativo:

(...) que a Uber deu liberdade para o depoente utilizar o aplicativo em qualquer horário; que poderia prestar o serviço

em qualquer horário e quantas vezes por semana quisesse; que a Uber não determinava horário de trabalho; (...) que não tinha que comunicar haver ligado ou desligado o aplicativo; (...) (ID 41a19ba, pp. 2-3).

Tanto não havia regras quanto aos horários de utilização do aplicativo, que o reclamante afirmou haver saído de férias, durante determinado período, sem sequer haver a necessidade de prestar informação às reclamadas a respeito: *“(...) que ficou fora da plataforma porque saiu de férias alguns dias, não havendo tido que informar ninguém da Uber quando saiu de férias; (...)” (ID 41a19ba, p. 3).*

Os itinerários das corridas também não eram determinadas pelas reclamadas, seguindo-se, a princípio, o itinerário solicitado pelo cliente ou, alternativamente, os sugeridos no Waze ou no GPS: *“(...) que o itinerário da viagem é definido pelo cliente; que se este não souber o itinerário, é definido pelo WAZE ou GPS, vinculados ao aplicativo da Uber; (...)” (ID 41a19ba, p. 3).*

Corroborando a inexistência de subordinação jurídica, a testemunha Daniel Botelho Mandil salientou que o motorista parceiro pode inclusive recusar-se a atender chamadas feitas por usuários do aplicativo:

(...) que se o motorista recusar seguidamente, dentro da mesma hora, mais de 3 viagens, o aplicativo retira automaticamente, durante um a dois minutos, o motorista de online, que durante este tempo passa a ficar offline; que o intuito é evitar que um dos motoristas fique com o aplicativo ligado, recebendo chamadas, sem estar efetivamente no automóvel, como, por exemplo, dormindo; (...) (ID 41a19ba, p. 5)

O depoimento da testemunha Norival Oliveira Silva também corrobora a inexistência de subordinação jurídica ao relatar a ausência

de exclusividade, a inexistência de determinação de itinerário pela Uber e a total ausência de controle de jornada de trabalho:

(...) que o depoente é cadastrado na Uber, CABIFY, MUP motoristas, VIRTUS motoristas, EASY DRIVER, GET NINJAS e outros, não havendo vedação por parte da Uber a que o motorista cadastrado outras formas de intermediação concorrentes; (...); que a Uber não controla o itinerário feito pelos motoristas durante a corrida, utilizando sistema de GPS apenas para calcular previamente o deslocamento e o valor da corrida; que a Uber tem controle do horário de início e término de cada corrida; que nunca teve horário fixo na utilização da intermediação feita pela Uber; (...) (ID 41a19ba, p. 4)

Os documentos colacionados com a petição inicial não revelam ordens ou determinações das reclamadas quanto ao modo pelo qual o motorista deveria desempenhar o seu trabalho, mas meras recomendações e, por vezes, incentivos ao motorista. A propósito, os documentos de IDs d4f149b, e022e48 e 49b834d consubstanciam meros incentivos para que o motorista continuasse a dirigir, a fim de aumentar a sua renda, bem assim feedbacks (retornos) quanto à taxa de aceitação do motorista pelos clientes. Os documentos de ID cfbdfb8 consignam sugestões de quando ficar online ou offline, de como buscar os passageiros, de como chegar ao destino de um passageiro, de como manter os veículos arrumados e limpos e de como melhorar as avaliações, bem como instruções de como utilizar o aplicativo.

A eventual classificação dos motoristas em bronze, prata e ouro para fins de acesso a determinadas vantagens decorrentes, por exemplo, de convênios mantidos pela Uber com postos de gasolina, não configura a existência de plano de carreira ou de subordinação jurídica, mas sim a concessão de incentivos para que o motorista permaneça ativo na plataforma.

Poder-se-ia argumentar que as sugestões e incentivos camuflariam verdadeiras ordens e determinações. Entretanto, eventual argumento nesse sentido perde sua força quando se constata que o próprio reclamante, em depoimento pessoal, revelou que, na sua concepção, se tratava, de fato, de incentivos:

(...) que já ficou desligado da plataforma por alguns dias e não recebeu punição, mas apenas notificação para retornar à atividade, para melhorar a renda, o que acha que era até um incentivo; que ficou fora da plataforma porque saiu de férias alguns dias, não havendo tido que informar ninguém da Uber quando saiu de férias; que também já recebeu notificação de incentivo para indicar motorista para se cadastrar na Uber, sendo que após a indicação e após o motorista fazer 25 viagens, recebeu R\$ 100,00 por meio de depósito em conta; (...) (ID 41a19ba, p. 3)

Não é demais mencionar que, via de regra, as relações contratuais estabelecem obrigações para ambas as partes. A mera existência de obrigações a serem seguidas pelo autor, como adequar-se à seleção de carros da Uber e às exigências desta quanto a exames junto ao Detran e quanto ao seguro passageiro, não caracteriza a subordinação jurídica, a qual, conforme acima salientado, demanda a existência de ingerências significativas no modo da prestação dos serviços, o que, no caso, não havia, segundo se infere dos trechos acima transcritos do depoimento pessoal do próprio reclamante.

Neste contexto, também não configura a existência de subordinação jurídica a necessidade de que o motorista parceiro seja bem avaliado para permanecer como ativo na plataforma, porquanto as reclamadas não têm nenhuma ingerência na avaliação por parte dos usuários do sistema, tratando-se de um risco assumido por ambas as partes contratantes.

Na verdade, a reforçar a ausência de subordinação jurídica do reclamante para com as reclamadas, há a assunção dos custos e riscos pelo próprio autor da atividade que desenvolvia como motorista, porquanto ele mesmo procurou adequar-se à seleção de carros da Uber e às exigências desta quanto a exames junto ao Detran e quanto ao seguro passageiro. A propósito, vejamos os seguintes trechos do depoimento do reclamante:

(...) que fez um investimento no carro de cerca de 25 mil reais para cadastrar-se na Uber, já que a Uber tinha uma seleção de carros e o do reclamante não as atendia à época; (...) que quem arcou com os custos do exame no Detran e com o seguro passageiro foi o próprio depoente; (...) que quem arcava com os custos de combustível, DPVAT e manutenção do veículo era o reclamante; (...) (ID 41a19ba, pp. 2-3)

Embora a exclusividade não seja elemento distintivo do vínculo de emprego em comparação com a prestação autônoma de serviços, serve, na espécie, para reforçar a ausência da subordinação jurídica, porquanto revela que as reclamadas não impediam que o reclamante utilizasse outros aplicativos ou que fizesse corridas sem vinculação com o aplicativo da Uber. Quanto ao aspecto, o reclamante informou o seguinte no depoimento pessoal: “(...) *que poderia desenvolver outra atividade remunerada mesmo sendo motorista da Uber, não havendo exclusividade; (...)*” (ID 41a19ba, p. 3).

Também não gera ingerência no modo pelo qual o reclamante prestava o serviço de motorista a existência de tabela de preços, posto que apenas haveria a obrigatoriedade de sua utilização caso o autor pretendesse valer-se do aplicativo da Uber, não havendo, como visto, regra de exclusividade. Além disso, a existência de tabela de preços, por si só, não implica a existência de subordinação jurídica do reclamante

para com as reclamadas. A propósito, em contratos de representação comercial, é comum fixar-se que o representante comercial autônomo não possa alterar os preços tabelados pela representada, não se transmutando a representação comercial autônoma, só por isso, em relação de emprego.

Ao contrário do aduzido pelo autor na petição inicial e na impugnação à defesa, não houve sua participação em processo seletivo para contratação, mas sim procedimento no qual o autor forneceu documentos, apresentou CNH na qual constava o exercício de atividade remunerada de motorista e assistiu a alguns vídeos sobre o funcionamento do aplicativo e as formas mais recomendadas de tratar os clientes, a fim de obter boas avaliações por parte deles. A propósito, o seguinte trecho do seu depoimento pessoal:

(...) que estava desempregado e precisava de uma renda extra; que viu na internet, não se recordando do site em que estava a informação, a oportunidade de negócio para ter renda extra de até R\$ 250,00 por dia, em caso de ser um motorista vinculado a Uber; que então fez o seu cadastro no site da Uber, após haver clicado em um ícone que dava acesso a uma página de cadastro, a qual foi preenchida pelo reclamante; que após o preenchimento do cadastro, foi redirecionado a uma página inicial com todas as informações do reclamante, na qual havia a informação relativa a todos os documentos necessários para tornar-se um cadastrado ativo; por exemplo, teve que fazer um exame psicotécnico junto ao Detran para acrescentar atividade remunerada na CNH; que além disso tinha que ter um seguro de passageiro; que também teve que fazer uma vídeo-aula de 10 a 12 minutos dentro da sua própria página junto a Uber; que se não assistisse à vídeo-aula, não teria como dar o próximo passo na página da Uber; que também teve que comparecer

a um escritório da Uber no Edifício João Pinheiro, na Rua João Pinheiro, em Belo Horizonte; que foi a esse escritório para atualizar os dados relativos à CNH, na qual já havia sido inserida a “atividade remunerada”; que neste escritório, em conjunto com outros candidatos a Uber e motoristas Uber, assistiu a algumas aulas de como deveria se comportar como motorista; que foram cerca de 3 vídeos de 5 a 10 minutos cada; que os vídeos eram muito semelhantes ao já visualizado na Internet; o vídeo da Internet mostrou mais sobre a Uber e as tecnologias e os produtos da Uber, como Uber X, Uber Black; que os vídeos do escritório exibiram modos de comportamento com o cliente, deixando claro que não se tratavam de regras obrigatórias, mas que, para que o reclamante obtivesse uma boa pontuação e permanecesse ativo, era recomendado seguir as instruções, como estar bem trajado, descer do carro e abrir a porta para o passageiro, manter o carro limpo, bem regularizado, com água, balas e doces e o que pudesse acrescentar, tudo isso para que os clientes fizessem uma boa avaliação do serviço prestado pelo autor; (...) (ID 41a19ba, p. 2)

Também sob a perspectiva da subordinação estrutural, não vejo como caracterizar a existência de vínculo de emprego entre o reclamante e a Uber do Brasil.

Com efeito, a subordinação estrutural se caracteriza pela inserção do trabalhador na dinâmica de funcionamento do tomador dos serviços, conformando-se a essa estrutura, ainda que não receba ordens diretas.

De fato, segundo se infere do contrato social da primeira reclamada (ID f6bc8f1), o seu objeto não consiste na realização de transporte de passageiros, mas principalmente no fornecimento de serviços de tecnologia.

Além disso, no contrato celebrado entre o motorista e a Uber do Brasil, fica evidenciado que esta fornece serviços de tecnologia, não serviços de transporte, não atuando como empresa de transporte, nem operando como agente para o transporte de passageiros (ID 50dfe27).

O depoimento da segunda testemunha ouvida reforça que, de fato, a Uber do Brasil funciona como uma plataforma digital de economia partilhada, cujo objetivo é interligar os motoristas parceiros aos usuários que necessitam de atendimento de motorista:

(...) que é funcionário da Uber, com CTPS anotada, sendo gerente de operações e logística; que o sistema da Uber consiste em uma plataforma de economia compartilhada, o que significa que é utilizada por clientes que querem pedir uma corrida e também pelos motoristas com cadastros ativos; que são dois aplicativos separados, um para os motoristas parceiros e um para os usuários; que o usuário pede a corrida de um lado e do outro lado, o motorista recebe a solicitação de corrida, aceitando-a ou não; (...) (ID 41a19ba, p. 4)

Portanto, não se constituindo as reclamadas como empresas de transporte de passageiros, mas como de fornecimento de serviços de tecnologias, não vejo como afirmar que o autor estivesse inserido, como empregado, na estrutura empresarial, sob a ótica da subordinação estrutural.

Por fim, a Lei n. 13.103/2015 não possui previsão de que todos aqueles que exerçam a atividade de motorista sejam considerados empregados. Pelo contrário, admite a coexistência de motoristas autônomos e de motoristas empregados.

Ante todo o exposto, com todo o respeito a entendimentos em sentido contrário, a análise conjunta da prova documental e da prova oral revela a inexistência da subordinação jurídica a que se refere o art. 3º, caput, da CLT, razão pela qual julgo improcedente o pleito de reconhecimento de vínculo de emprego entre o autor e as reclamadas.

Por consectário, julgo improcedentes os pleitos deduzidos nos itens “a” a “q” do rol, posto dependentes do reconhecimento da relação de emprego, inclusive o atinente à indenização por danos morais, porque, não sendo as reclamadas empregadoras, não possuem o dever de manter as condições de trabalho indicadas no item “h” do rol.

Prejudicado o pleito de responsabilização solidária das reclamadas pela caracterização de grupo econômico, porque, embora realmente a formação de grupo econômico esteja demonstrada pelo contrato social de ID f6bc8f1, segundo o qual as duas últimas reclamadas são as únicas sócias da Uber do Brasil Tecnologia Ltda., não houve o deferimento de nenhuma verba trabalhista.

JUSTIÇA GRATUITA

Defiro ao reclamante o benefício da justiça gratuita, uma vez que, para tanto, basta a declaração de hipossuficiência financeira (ID 3a95e2b), cuja presunção de veracidade não foi afastada pelas reclamadas, ficando, assim, indeferida a impugnação levantada a respeito. Inteligência do art. 790, § 3º, da CLT.

I II- DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, nos autos da presente reclamação trabalhista, ajuizada por ARTUR SOARES NETO em face de UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., UBER INTERNATIONAL B.V. e UBER INTERNATIONAL HOLDING B.V., **REJEITO** as preliminares e **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos deduzidos.

Defiro ao reclamante o benefício da justiça gratuita.

Custas pelo autor, no montante de 2% sobre o valor atribuído à causa, das quais, todavia, fica **ISENTO**, por ser beneficiário da justiça gratuita.

Intimem-se as partes.

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2017.

FILIPPE DE SOUZA SICKERT
JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO

BELO HORIZONTE, 30 de Janeiro de 2017.

Filipe de Souza Sickert
Juiz(a) do Trabalho Substituto(a)



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª
REGIÃO**

**Vara do Trabalho do Gama - DF
RTOrd 0001995-46.2016.5.10.0111**

RECLAMANTE: _____

RECLAMADO: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.

ATA DE AUDIÊNCIA

Aos 18 dias do mês de abril de 2017, às 14:00 horas, na sala de audiências da VARA DO TRABALHO DO GAMA - DF, com a presença da Exma. Juíza Titular DRA. TAMARA GIL KEMP, realizou-se a sessão de julgamento da RECLAMAÇÃO TRABALHISTA cujos litigantes são as partes em epígrafe. Aberta a audiência, por ordem da MM. Juíza, estando presentes os que assinam esta ata, foi proferida a seguinte:

SENTENÇA

_____ ajuizou reclamação trabalhista em face da UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., postulando os pedidos expostos na inicial. Atribuiu a causa o valor de R\$40.408,71. Juntou documentos.

Regularmente notificada, a reclamada compareceu à audiência e apresentou defesa escrita com documentos.

Houve réplica.

Por ocasião da audiência, foi colhido o depoimento pessoal do autor, do postulado da reclamada e de duas testemunhas.

Razões finais remissivas pelas partes. Conciliação final rejeitada. É o relatório. DECIDO.

Fundamentos

1. Do segredo de justiça

A reclamada pugna pela decretação do segredo de justiça, sob a alegação de que as informações relacionadas ao caso estão intrinsecamente ligadas aos usuários do aplicativo UBER, sendo certo que os usuários possuem direito à inviolabilidade da intimidade e vida privada, além da proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

As informações sobre ações trabalhistas não estão disponíveis a qualquer interessado, embora o processo não corra em segredo de justiça, eis que não é possível a consulta processual no site deste Tribunal pelo nome ou CPF do reclamante, e nem mesmo pelo número do CNPJ da reclamada, consoante determinado no art. 4º, § 1º, II da Resolução 121/2010, do CNJ (Redação dada pela Resolução nº 143, de 30.11.2011).

Quanto à defesa e à maioria dos documentos colacionados ao feito, a pretensão não encontra amparo nas situações excepcionadas pelos incisos I a IV, do art. 189, do CPC, a seguir transcrito, *in verbis*:

“Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

- I - em que o exija o interesse público ou social;
- II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;
- III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;
- IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.”

Entretanto, compulsando os autos, verifica-se que foram colacionados aos autos documentos que merecem a proteção devida, conforme previsão do artigo 7º, incisos II e III, da Lei nº 12.965/2014, considerando que tratam de informações relativas ao fluxo de comunicações pela internet.

Logo, **defiro parcialmente** o pedido para atribuir o segredo de justiça apenas aos documentos do id. d354cf1 intitulados “Relatórios de viagens”.

2. Da incompetência material

Suscita a reclamada a incompetência material da Justiça Especializada para o processamento e julgamento da presente demanda sob o fundamento de que a relação jurídica entre as partes foi meramente comercial, decorrente da prestação de serviços de intermediação digital pela UBER ao motorista autônomo. Sem razão à reclamada.

O artigo 114, inciso I, da Constituição Federal dispõe sobre a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar as ações

oriundas da relação de trabalho e de outras controvérsias dela decorrentes, na forma da lei.

A exordial noticia relação de direito material com natureza de vínculo empregatício, o que atrai a competência dessa Especializada, na exata dicção do artigo 114, I da Constituição Federal.

Neste sentido, decisão deste Regional:

“1.INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Trata-se os autos de questão envolvendo relação de trabalho, a qual encontra-se inserida na competência da Justiça do Trabalho, consoante dispõe o art. 114 da Constituição Federal, conforme alteração conferida pela Emenda Constitucional 45/2004, bem como no disposto no art. 652, “a”, III, da norma Celetista.”(Processo nº 0000845-98.2015.5.10.0811 RO, DEJT: 11/10/2016, Relator: Desembargador Brasilino Santos Ramos)

Rejeito a preliminar.

3. Da inépcia da inicial

A reclamada arguiu a inépcia da inicial alegando que as partes celebraram contrato de natureza comercial, sendo certo que o reclamante pleiteia o reconhecimento do vínculo de emprego, mas não formula pedido de declaração de nulidade do contrato assinado. Saliencia que, quanto ao pedido de dano moral, não houve delimitação do bem jurídico violado, atraindo a declaração de inépcia da inicial.

Impossível dar guarida.

Inicialmente, deve-se esclarecer que a leitura conjugada dos artigos 840 da CLT c/c 330 do CPC permite concluir que a petição inicial deve

ser indeferida pela inépcia quando impossível ao réu exercer o direito de defesa ou quando o juízo não puder compreender os limites da lide.

Ademais, face ao princípio da simplicidade, o processo do trabalho exige apenas um breve relato dos fatos e do pedido, sendo certo que tal exigência foi satisfatoriamente cumprida. Inteligência do artigo 840, §1º, da CLT. Não fosse o suficiente, não se verifica a ocorrência de nenhuma das hipóteses de inépcia previstas no parágrafo único do artigo 330 do CPC.

Rejeito a preliminar.

4. Do reconhecimento do vínculo de emprego

Assevera o reclamante que foi contratado pela reclamada em 01/08/2016, sem registro na CTPS, para desempenhar a função de motorista executivo, sendo certo que foi dispensado sem justa causa em 19/09/2016, ausente o pagamento das verbas rescisórias.

A reclamada nega a prestação de serviços. Afirma que o autor contratou a intermediação da plataforma UBER para realizar o transporte individual de passageiros, não tendo atuado como empregado e sim como motorista parceiro, sendo detentor de completa autonomia e liberdade de atuação profissional e intelectual, no período de 01/08 a 19/09/2016, oportunidade em que foi desativado da plataforma por conta das más avaliações recebidas dos clientes.

Posta a questão, passo à análise.

Como é cediço, os requisitos da relação de emprego são subordinação jurídica, habitualidade, pessoalidade e onerosidade. Inexistindo a concomitância de tais pressupostos, sob a visão do Direito Material

do Trabalho, não se afigura sustentável a tese da relação empregatícia. Ressalto que não há na CLT exigência de que o empregado preste serviços com exclusividade, logo, tal circunstância não constitui requisito para configurar o vínculo empregatício.

É certo que o juízo trabalhista não se encontra preso a fórmulas preparadas podendo desconstituir situações provadas documentalmente em face da primazia da realidade ou mesmo firmar convencimento com prova exclusivamente indiciária, contudo, mister que se lastreie em prova constituída nos autos.

Com efeito, extrai-se do conjunto probatório dos autos que o autor gozava de total liberdade em sua atividade laborativa, não se submetendo a horários e a qualquer ingerência da reclamada.

Saliente-se que não há prova de ordens, submissão a horários, punições ou qualquer elemento de prova que denote subordinação, conforme se depreende do depoimento prestado pelo próprio reclamante, considerando que este poderia ficar com o aplicativo desligado e trabalhar quando lhe fosse conveniente, sem que os referidos fatos pudessem causar punições, situações típicas das relações de emprego.

Tal conclusão extrai-se do depoimento pessoal do próprio reclamante, ao confessar:

“(...) que acha que poderia silenciar o aplicativo; que o valor da corrida era especificado pela empresa; que o depoente recebia 75% do valor da corrida; que quando foi no escritório da reclamada foi para entregar documentos e saber os procedimentos de cadastro; que foi exigido que tivesse carteira de motorista com autorização para exercício remunerado da profissão de motorista; que, como não tinha, foi ao Detran para conseguir; não tinha que pedir autorização

para ficar offline; que não trabalhava com outros aplicativos e nem sabia que existia; que se não sáísse para fazer corridas a consequência era continuar recebendo as mensagens que mencionou acima; que nega ter ficado off-line por 2 ou 3 dias; que se ficasse off-line não recebia punição, apenas essas mensagens que mencionou; (...)

Na lição do renomado mestre Maurício Godinho Delgado:

“[...] a subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na ‘situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará [...]’ (Curso de Direito do Trabalho, Editora LTr, pág.296).

Desta forma, inevitável constatar que o reclamante trabalhava de modo autônomo, na condição de parceiro e dividindo ganhos, sem subordinação e sem rigor de horário, visto que poderia trabalhar nos momentos que lhe fossem adequados, atuando, assim, com ampla e total liberdade perante o contratante.

Ademais, pelo depoimento do autor, observa-se que houve um acerto de divisão dos ganhos pelos serviços prestados no elevado percentual de 75% do total arrecadado. Vale salientar que a remuneração à base de 75% dos serviços prestados não se enquadra no conceito de salário, pois, representa mais da metade da produção do reclamante. Desta forma, inevitável constatar que o reclamante trabalhava de forma autônoma, na condição de parceiro, partilhando ganhos com a reclamada.

Ressalte-se, ainda, que as mensagens enviadas informando sobre os valores recebidos são insuficientes para a caracterização da pressão exercida pelos empregadores na busca de melhores resultados, bem como para caracterizar a subordinação, considerando que as referidas mensagens faziam parte da própria parceria com o fim único de informar ao motorista parceiro a sua produtividade, o que também era de seu interesse, visto que seu ganho dependia dos valores das viagens realizadas.

Registre-se, por oportuno, que o depoimento da testemunha do reclamante _____ revelou-se frágil, reticente e digno de pouca fé, visto que as informações prestadas destoam da realidade, bem como da inicial, sendo certo que, em que pese haver pedido de reconhecimento de vínculo de emprego do período de 01/08 a 19/09/2016, a referida testemunha declarou que utilizou os serviços do autor, como motorista do UBER, nos meses de abril e julho de 2016.

Some-se a isso o fato de que no documento juntado aos autos intitulado de “relatório de viagens” não consta o nome da testemunha obreira como uma das clientes atendidas pelo reclamante.

Desta forma, tais fatos são suficientes para a descaracterização do vínculo empregatício, valendo salientar que se considera empregado aquele que executa serviços de natureza não eventual, sob subordinação e mediante salário (art. 3º da CLT), o que não era o caso do reclamante.

Assim, não satisfeitos os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, especialmente subordinação, em todo o período postulado, impõe-se o indeferimento da pretensão. Nesse sentido, confira-se julgado do Egrégio Tribunal Regional da 10ª Região:

“RELAÇÃO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Configura-se a relação de emprego quando comprovada a prestação de serviços por pessoa física, de forma não eventual, mediante pessoalidade, onerosidade e subordinação jurídica.

Dentre esses requisitos destaca-se a subordinação, somente presente nas relações de emprego. Não se verificando, no caso dos autos, a presença de um desses requisitos previstos no art. 3º da CLT, especificamente no que respeita à subordinação, não há por que se falar no almejado vínculo empregatício bem como em seus consectários legais. Recurso conhecido e desprovido.” (Processo nº 01821-2014-003-10-00-1 RO, Relator Juiz Paulo Henrique Blair, DJ de 26/08/2016)

Decorrendo todos os pleitos, direta ou indiretamente do vínculo de emprego postulado, **resta o reclamante sucumbente em todas as pretensões deduzidas.**

5. Da indenização por danos morais

Não comprovada eventual conduta ilícita por parte da reclamada, capaz de atingir a esfera moral do reclamante, não há que se falar na indenização pretendida.

Indefere-se.

6. Da justiça gratuita

Considerando-se a declaração firmada pelo autor de que não possui condições de arcar com os custos do processo, defiro os benefícios da justiça gratuita, nos termos do art. 790, § 3º, da CLT.**Dispositivo**

Face ao exposto, julgo **IMPROCEDENTES** as postulações de _____ em face da **UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.**

Tudo nos termos da fundamentação supra, que aqui se integra para os fins de lei.

Custas processuais, pelo reclamante, no importe de R\$808,17, calculadas sobre o valor atribuído à causa de R\$ 40.408,71, dispensadas na forma da lei. Liquidação por cálculos.

Intimem-se as partes.

E, para constar, foi digitada a presente ata, que vai assinada na forma da lei.

BRASILIA, 18 de Abril de 2017

TAMARA GIL KEMP
Juiz do Trabalho Titular

**Arrêt n°1737 du 28 novembre 2018 (17-20.079) -
Cour de cassation - Chambre sociale Cassation**

Sommaire :

Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

Viole l'article L.8221-6, II du code du travail la cour d'appel qui retient qu'un coursier ne justifie pas d'un contrat de travail le liant à une société utilisant une plate-forme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plate-forme et des livreurs à vélo exerçant sous le statut de travailleur indépendant des livraisons de repas, alors qu'il résulte de ses constatations que l'application était dotée d'un système de géo-localisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci et que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier.

Demandeur(s) : M. David Y... ; et autres

Défendeur(s) : Mme Valérie E..., en qualité de mandataire liquidateur de la société Take Eat Easy ; et autres

Donne acte à la CGT de son intervention volontaire ;

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 8221-6 II du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Take Eat Easy utilisait une plate-forme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plate-forme et des livreurs à vélo exerçant leur activité sous un statut d'indépendant ; qu'à la suite de la diffusion d'offres de collaboration sur des sites internet spécialisés, M. Y... a postulé auprès de cette société et effectué les démarches nécessaires en vue de son inscription en qualité d'auto-entrepreneur ; qu'au terme d'un processus de recrutement, les parties ont conclu le 13 janvier 2016 un contrat de prestation de services ; que M. Y... a saisi la juridiction prud'homale le 27 avril 2016 d'une demande de requalification de son contrat en un contrat de travail ; que, par jugement du 30 août 2016, le tribunal de commerce a prononcé la liquidation judiciaire de la société Take Eat Easy et désigné en qualité de mandataire liquidateur Mme Y... ;

Attendu que pour rejeter le contredit, dire que M. Y... n'était pas lié par un contrat de travail à la société Take Eat Easy et dire le conseil de prud'hommes incompétent pour connaître du litige, l'arrêt retient que les documents non contractuels remis à M. Y... présentent un système de bonus (le bonus "Time Bank" en fonction du temps d'attente au restaurant et le bonus "KM" lié au dépassement de la moyenne kilométrique des coursiers) et de pénalités ("strikes") distribuées en cas de manquement du coursier à ses obligations contractuelles, un "strike" en cas de désinscription tardive d'un "shift" (inférieur

à 48 heures), de connexion partielle au “shift” (en-dessous de 80 % du “shift”), d’absence de réponse à son téléphone “wiko” ou “perso” pendant le “shift”, d’incapacité de réparer une crevaison, de refus de faire une livraison et, uniquement dans la Foire aux Questions (“FAQ”), de circulation sans casque, deux “strikes” en cas de “No-show” (inscrit à un “shift” mais non connecté) et, uniquement dans la “FAQ”, de connexion en dehors de la zone de livraison ou sans inscription sur le calendrier, trois “strikes” en cas d’insulte du “support” ou d’un client, de conservation des coordonnées de client, de tout autre comportement grave et, uniquement dans la “FAQ”, de cumul de retards importants sur livraisons et de circulation avec un véhicule à moteur, que sur une période d’un mois, un “strike” ne porte à aucune conséquence, le cumul de deux “strikes” entraîne une perte de bonus, le cumul de trois “strikes” entraîne la convocation du coursier “pour discuter de la situation et de (sa) motivation à continuer à travailler comme coursier partenaire de Take Eat Easy” et le cumul de quatre “strikes” conduit à la désactivation du compte et la désinscription des “shifts” réservés, que ce système a été appliqué à M. Y..., que si, de prime abord, un tel système est évocateur du pouvoir de sanction que peut mobiliser un employeur, il ne suffit pas dans les faits à caractériser le lien de subordination allégué, alors que les pénalités considérées, qui ne sont prévues que pour des comportements objectivables du coursier constitutifs de manquements à ses obligations contractuelles, ne remettent nullement en cause la liberté de celui-ci de choisir ses horaires de travail en s’inscrivant ou non sur un “shift” proposé par la plate-forme ou de choisir de ne pas travailler pendant une période dont la durée reste à sa seule discrétion, que cette liberté totale de travailler ou non, qui permettait à M. Y..., sans avoir à en justifier, de choisir chaque semaine ses jours de travail et leur nombre sans être soumis à une quelconque durée du travail ni à un quelconque forfait

horaire ou journalier mais aussi par voie de conséquence de fixer seul ses périodes d'inactivité ou de congés et leur durée, est exclusive d'une relation salariale ;

Attendu cependant que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ; que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors qu'elle constatait, d'une part, que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci et, d'autre part, que la société Take Eat Easy disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations dont il résultait l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation caractérisant un lien de subordination, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 avril 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Président : M. Huglo, conseiller doyen faisant fonction de président

Rapporteur : Mme Salomon, conseiller référendaire

Avocat général : Mme Courcol-Bouchard, premier avocat général

Avocats : SCP Thouvenin, Coudray et Grévy - SCP Meier-Bourdeau
et Lécuyer - SCP Piwnica et Molinié



Ministério Público do Trabalho

