

**PROCESSO nº 0000564-48.2021.5.05.0011 (ROT)**

**RECORRENTE: RICARDO CALEFFI PEREIRA, IFOOD.COM AGENCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A.**

**RECORRIDO: RICARDO CALEFFI PEREIRA, GP FAST TRANSPORTES LTDA, IFOOD.COM AGENCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A.**

**RELATOR(A): JUÍZA CONVOCADA MIRINAIDE LIMA DE SANTANA CARNEIRO**

**Divergência (aguardando análise do relator)**

**SÚMULA Nº 340 DO C. TST. INTERVALO INTRAJORNADA**

Data venia, apresento divergência pontual apenas para afastar a incidência da Súmula nº 340 sobre as horas decorrentes da não observância do intervalo intrajornada. Referido intervalo trata-se de lapso de tempo excluído da jornada, não sendo por essa razão remunerado pelas parcelas variáveis, de modo que são inaplicáveis as disposições contidas na Súmula 340 do E. TST.

Farta é a jurisprudência sobre o tema:

**AGRAVO DE PETIÇÃO - INTERVALO INTRAJORNADA - COMMISSIONISTA - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 340 DO E. TST - A supressão do intervalo intrajornada garante ao empregado o direito a uma hora extra acrescida do adicional de no mínimo 50%, mesmo nas hipóteses de empregado comissionista misto, tendo em vista que o intervalo intrajornada suprimido configura lapso de tempo excluído da jornada, não sendo por essa razão remunerado, de modo que são inaplicáveis as disposições contidas na Súmula 340 do E. TST. Decisão mantida. Processo 0000215-19.2019.5.05.0010, Origem PJE, Relator(a) Desembargador(a) ELOINA MARIA BARBOSA MACHADO, Quarta Turma, DJ 26/05/2024**

**RECURSO ORDINÁRIO. SÚMULA 340 DO TST. INTERVALO INTRA E INTERJORNADA. INAPLICABILIDADE. Os intervalos intrajornada e interjornada não estão incluídos na jornada de trabalho do empregado comissionista puro, razão pela qual estes períodos não são remunerados. Neste caso, a supressão do intervalo não deve ensejar apenas o pagamento do adicional. A justa apuração do valor devido deve resultar da soma da hora de trabalho acrescido de adicional próprio. Processo 0000097-36.2020.5.05.0195, Origem PJE, Relator(a) Desembargador(a) JEFERSON ALVES SILVA MURICY, Quarta Turma, DJ 19/09/2023**

Portanto, voto para afastar a incidência da Súmula nº 340 do c. TST sobre o intervalo intrajornada.

Acompanho o voto da Relatora com relação aos demais tópicos do recurso.

**ELOINA MARIA BARBOSA MACHADO / Gab. Des. Eloína Maria Barbosa Machado em 17/06/2024 12:29**

**Anotação Pública - Destaque**

DIVERGÊNCIA ACOLHIDA.

VOTO MODIFICADO COM REFERÊNCIA À DIVERGÊNCIA.

**MIRINAIDE LIMA DE SANTANA CARNEIRO / Gab. Des. Maria das Graças  
Oliva Boness em 17/06/2024 22:27**

#### **Anotação Pública**

Acompanho a nova versão do voto.

**MARIA ELISA COSTA GONCALVES / Gab. Des. Maria Elisa Costa Gonçalves  
em 18/06/2024 09:39**

#### **Anotação Pública - Destaque**

Acompanho o novo voto

**ELOINA MARIA BARBOSA MACHADO / Gab. Des. Eloína Maria Barbosa  
Machado em 18/06/2024 10:11**

#### **EMENTA**

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. Tendo em vista que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita, a obrigação consistente no pagamento da verba de honorários advocatícios por ela devida em função da parcial sucumbência fica submetida à condição suspensiva de exigibilidade pelo prazo de 2 (dois) anos, conforme entendimento manifestado pelo STF, nos autos da ADI nº 5766.

Apelo interposto pelo **RECORRENTE: RICARDO CALEFFI PEREIRA, IFOOD.COM AGENCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A.** nos autos da ação em que litiga em face do **RECORRIDO: RICARDO CALEFFI PEREIRA, GP FAST TRANSPORTES LTDA, IFOOD.COM AGENCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A.** . O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos. Houve apresentação de contrarrazões. Dispensada a manifestação prévia do d. Ministério Público.

É o relatório.

#### **FUNDAMENTAÇÃO**

RECURSO DA 2ª RECLAMADA - IFOOD.COM  
AGENCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A.

### **I - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.**

Mediante petição de ID. 0e86fa8, IFOOD.COM AGÊNCIA DE RESTAURANTES ONLINE S/A, 2ª Reclamada, interpôs RECURSO ORDINÁRIO, exprimindo irresignação com os termos da Sentença de ID. 63d469e (complementada pelas de ID's. 20b2cda; f91a99b - lançadas estas em sede de Embargos de Declaração), a qual julgou procedentes em parte os pedidos formulados por RICARDO CALEFFI PEREIRA na presente Reclamação Trabalhista, também ajuizada em face de 'GP FAST TRANSPORTES LTDA.', 1ª Reclamada, declarada parte revel, eis que, para tanto notificada regularmente, não compareceu em audiência para apresentar a sua defesa, a teor da respectiva Ata, de ID. ca7afd9.

Inicialmente, volta-se a ora Recorrente contra a declaração de sua responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas auferidos pelo Demandante em função da contratação por este pactuada junto à 1ª Reclamada.

Em suma, alega que *"A atividade desenvolvida pelo Recorrido, ao contrário do entendimento firmado na decisão de origem, não era em proveito desta Recorrente, vez que esta apenas é o canal de ligação entre as empresas que oferecem serviço de entrega (como a primeira Co-Ré), e as empresas do ramo alimentício com a demanda de entrega de seus produtos, assim sendo, inexistente relação dos entregadores com esta Recorrente, vez que se trata apenas de uma facilitadora, intermediadora de negócios"*.

A seu exame, *"Não se trata, pois, sequer de prestação de serviços, muito menos de terceirização ilícita"*, uma vez que ela

*"apenas disponibiliza uma plataforma pra uso de empresas como a primeira Reclamada, não tendo qualquer ingerência sobre seu negócio, não individualizando seus funcionários, sequer os conhecendo, muito menos sendo beneficiária da força de trabalho destes ou exercendo direção sob seus serviços".*

Pede seja afastada a sua responsabilidade subsidiária.

Sem razão, contudo.

No particular, em que pesem os argumentos da ora Recorrente, tem-se que as Reclamadas mantiveram, sim, contrato de prestação de serviços.

A par das atividades relacionadas no objeto social da empresa 'iFood', o fato é que a sua atividade principal é o próprio serviço de entregas, que se dá por meio de um aplicativo, de maneira que o serviço vendido na plataforma é de serviço de entregas, o que, aliás, é de conhecimento público e notório, diante da popularidade da ferramenta.

Dito isso, a testemunha arrolada pelo Autor, em Ata de audiência (ID. 14f7954), ajuda a dimensionar em que termos se dá a relação entre a 2ª Reclamada, como intermediária entre o cliente que demanda o produto e o restaurante, e entre este e a empresa de logística (1ª Reclamada): *"(...) começou com cadastro na nuvem junto ao ifood e depois passou a rodar com outro operador logístico; que colegas indicaram ao depoente para ingressar como OL; que a vantagem do OL era a quantidade de demanda e corrida; a empresa OL que o depoente estava vinculado não se lembra o nome mas sabe que o dono era o Sr. Ilmar; que o Reclamante não trabalhava vinculado a mesma OL que o depoente, sabe que ele trabalhava na GP Fast; o Reclamante começou*

*a rodar como nuvem e precisava faturar mais e então ele e os colegas indicaram Tiago, da GP Fast; uma vez decidindo se é Ol ingressa no grupo do Telegram da empresa OL e uma vez estando lá esta empresa pede senha e e-mail de cadastro perante o ifood, e também a foto da habilitação e a foto do rosto, e então a empresa envia estes dados para o ifood e no prazo de 24 a 72 horas a conta é migrada de nuvem para OL; uma vez sendo OL passa a ter turno e horário de trabalho; que no grupo do Telegram o depoente enviava a escala que iria trabalhar em todos os dias da semana e os horários;" "que ao longo do dia e dos turnos ficava vinculado exclusivamente às entregas do OL; que as entregas somente eram feitas através do aplicativo ifood"; "que a conta do depoente perante o ifood é nuvem, mas ele não está rodando; que era a própria OL que efetuava o pagamento ao depoente, no caso a empresa que o depoente estava vinculado; uma vez que está vinculado no OL não tem como se desconectar do aplicativo ifood, mas só a empresa poderia fazer, pois já havia passado senha e e-mail para a empresa".*

Por sua vez, ratificando a narrativa discorrida em peça Vestibular, o Demandante, naquela mesma assentada, expôs que: "(...) a GP Fast é uma operadora logística e estando vinculada a ela não há atuação por nuvem e não pode ser desligado quando quer, fica constantemente ligado ao aplicativo; que todos os contatos com a 2ª Reclamada se dão através do Telegram; que a GP Fast não tem aplicativo; que o aplicativo é apenas do ifood"; "uma vez que ingressou na 1ª Reclamada esta pediu ao depoente que enviasse o e-mail e a senha dele perante o ifood para que então ele pudesse ingressar para a OL e então fica numa área dedicada, e então começa a fazer as entregas; que as entregas então passam a ser feitas não pelo Telegram mas pelo aplicativo do ifood; que no Telegram eram ditos os dias e horários que iria trabalhar e era o local onde o depoente podia comunicar quando tinha algum problema com a moto; que o ifood encaminhava os valores para a 1ª Reclamada e esta empresa

*através da esposa do proprietário Tiago, Sra. Tereza, fazia o PIX para o depoente"; "o depoente sabe que estava vinculado ao ifood para entrega de comida; que foi o próprio depoente que fez seu cadastro perante o ifood e após efetuar esse cadastro repassou e-mail e senha de acesso para a 1ª Reclamada; que no aplicativo do ifood há um ícone que permite recusar entrega, mas se assim fizesse por mais de 02 vezes ficaria suspenso por 30 minutos para fazer novas entregas; que não poderia trabalhar em outros aplicativos porque sendo OL o aplicativo do ifood ficava ligado direto e não podia desligar".*

Ora, ante a revelia em que incorreu a 'GP FAST TRANSPORTES LTDA.', contratante do Autor, restou ao Julgador 'a quo', acertadamente, considerar que a defesa oferecida pela 2ª Reclamada seria "aproveitada em relação à 1ª Reclamada".

Ocorre que, em sua Contestação de ID. 0a39ecd, a ora Recorrente não trouxe a lume elementos palpáveis para desconstituir as fortes evidências de que, de fato, o Autor, enquanto empregado da 1ª acionada, fazia o serviço de entrega dos produtos (delivery) comprados junto aos restaurantes parceiros, de modo que a conclusão é no sentido de que também prestava serviços a favor da 2ª Demandada, atuando esta no trabalho de intermediação antes aventado. Ademais, sequer foi ouvido o preposto da 2ª Ré em audiência, nem indicou testemunha para contrapor-se ao mencionado depoimento da testemunha do Acionante.

Noutras palavras, embora a Segunda Ré sustente que *"inexiste no caso em comento qualquer relação de intermediação de mão de obra, eis que esta Contestante mantém somente contrato de intermediação de NEGÓCIOS, nos termos já elucidados, com a primeira reclamada"*, observa-se que se beneficia da prestação de serviços do entregador, mesmo que a

ferramenta seja utilizada para a aproximação entre o operador de logística, o restaurante e o cliente.

E, neste contexto, ainda que argua a 2ª Reclamada que, no caso em espécie, lhe "*cabe apenas direcionar as demandas por entrega às empresas parceiras mediante a alocação dos pedidos solicitados aos restaurantes/lanchonetes clientes através dos aplicativos (plataformas virtuais) Ifood.com*", tem-se que a operadora de logística é remunerada por entrega efetuada, saindo-se a 2ª Reclamada como notória beneficiária da entrega intermediada e cumprida.

Com efeito, fixada a premissa de que o Reclamante prestou serviços à IFOOD por intermédio da 1ª Ré, empresa que o contratou, e que aquela foi destinatária da mão de obra do Autor, depreende-se, ainda com fulcro na prova oral colhida dos autos, que o Obreiro recebia o pedido do restaurante, por meio da 1ª Reclamada, sua empregadora. Infere-se também - em que pese a alegação de simples "*elo entre os pedidos de entregas dos produtos (refeições dos restaurantes clientes), feitos pelo consumidor final, e as empresas do ramo de entregas*", que existia um contrato da 1ª Reclamada com a IFOOD, por meio do qual era fornecida uma plataforma on line para recebimento dos pedidos pelos restaurantes. Ou seja, o consumidor solicitava, por meio da plataforma IFOOD, uma refeição ao restaurante ou outro estabelecimento similar cadastrado, o qual realizava a entrega por meio de operadores logísticos, empregados da 1ª Demandada, tal como o Reclamante.

Em suma, o caso ora em disceptação não envolve os típicos motoboys que rodam por aplicativo diretamente para o IFOOD ("na nuvem"), mas a existência de **contratação de empresa interposta (1ª Reclamada)**, que por sua vez, dispunha de motoboys pela mesma contratados,

com horários fixos em escala de trabalho, sob subordinação, com exclusividade e sem autonomia.

Deste modo, é certo que a Recorrente foi beneficiada pelos serviços prestados pelo Autor, uma vez que para a consecução de seus fins alguém teria de trabalhar, sendo inafastável a aplicação do Enunciado 331, IV, do c. TST, por ser a atividade do Autor essencial à própria continuidade regular de empreendimento da Recorrente, uma vez que verdadeira atividade essencial à sua dinâmica produtiva.

O entendimento ora esposado em muito se assemelha ao já perfilhado por diferentes Turmas desta Especializada em processos envolvendo a mesma Empresa 2ª Reclamada, ali figurando na qualidade de responsável subsidiária junto a empresas de logística que se cadastram no aplicativo do IFOOD para receber os pedidos, como nos processos de nºs 0000639-81.2021.5.05.0013 (Relator Edilton Meireles de Oliveira Santos, 1ª Turma - DJ 27/03/2023; 0000621-09.2021.5.05.0030 (Relator Marcos Oliveira Gurgel, 1ª Turma - DJ 16/11/2023; 0000673-40.2022.5.05.0007 (Relator Paulino Cesar Martins Ribeiro do Couto - 5ª Turma, DJ 16/11/2023; 0000584-35.2022.5.05.0195 (Relator Sebastião Martins Lopes, 4ª Turma - DJ 21/08/2023; 0000606-17.2019.5.05.0028 (Relatora Maria Adna Aguiar do Nascimento, 5ª Turma - DJ 22/03/2023).

Portanto, in casu, tem-se que a 2ª Reclamada foi a real tomadora dos serviços prestados pelo Reclamante, através da terceirização encetada com a 1ª Reclamada, sendo irrelevante a natureza jurídica do contrato celebrado entre as Demandadas.

Vale destacar, inclusive, que o STF, ao permitir a terceirização de atividade-fim, também confirmou, na própria tese da repercussão geral, o cabimento da responsabilidade subsidiária do tomador de

serviços: "1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993"(ADPF 324).

Ademais, a construção jurisprudencial no sentido de que o "inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial", foi posteriormente assimilada de forma expressa pela legislação, conforme o teor do § 5º do art. 5º-A da Lei nº 6.019/1974, incluído pela Lei nº 13.429, de 2017:

*"A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991."*

Importa ainda convir que, mesmo que houvesse, nos autos, provas de que a Recorrente adotou medidas em face do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da contratada - o que não ocorreu, no caso concreto -, isto não teria o condão de afastar a responsabilidade a que está obrigada em razão do contrato de prestação de serviços.

Tendo por fundamento os princípios da igualdade e da dignidade humana, noções basilares do Estado de Direito, o empregado não pode suportar prejuízo decorrente de atividades contratadas e desempenhadas no interesse de quem quer que seja, o que inverteria uma ordem natural, que

elegeu o trabalho como valor universalmente consagrado, respaldado na hipossuficiência de quem fornece a sua força em prol do seu próprio sustento.

É que o ordenamento constitucional pátrio não deferiu às empresas o poder de manipular as normas jurídicas positivas para enriquecer ilicitamente, suprimir direitos trabalhistas - de natureza fundamental, porque social, frise-se - ou se ocultar por detrás de empresas contratadas, atribuindo a estas o dever correlato ao serviço que lhe é originário.

Por conseguinte, tendo em mira os motivos aqui expostos, **mantém-se a Sentença que impôs a responsabilização subsidiária da 2ª Reclamada em face da 1ª Reclamada**, pelos débitos trabalhistas eventualmente inadimplidos por esta em relação aos substituídos, durante a relação empregatícia (inciso VI da Súmula 331 do TST).

Saliente-se, a título ilustrativo que, em relação aos limites da responsabilidade subsidiária no caso em epígrafe, isto envolve todos os débitos do empregador direto, ainda que de natureza indenizatória ou sancionatória, fiscais e previdenciários.

## **II - RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. VERBAS RESCISÓRIAS.**

Noutra senda, expõe a 2ª Reclamada que *"merece ser afastado o reconhecimento de vínculo de emprego entre Recorrido e primeira Reclamada no período de 31.03.2021 a 07.06.2021, eis que o Recorrido não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, ao teor do art. 818 da CLT e 373 do CPC, eis que não produziu qualquer prova quanto a matéria"*.

Não procede a insurgência.

É lição consabida que os requisitos caracterizadores da relação de emprego são trazidos pelos artigos 2º e 3º do Diploma Consolidado, quais sejam: a onerosidade, pessoalidade, não-eventualidade e subordinação, como traço da dependência econômica. Presentes tais requisitos, de forma concomitante, será o trabalhador um empregado da empresa.

A tese da defesa, em suma, é a de que o Autor foi contratado apenas para a prestação de serviço como "motoboy" autônomo, posto que *"o Reclamante não comprova o labor exclusivo e habitual em favor da ora Reclamada"*, *"não havendo que se falar em relação direta com esta Demandada, não tendo o Reclamante prestado serviços em benefício da ora Ré, sendo o que ora se requer"*.

Admitida a prestação de serviço pela parte Reclamada, é desta o ônus de provar a existência do fato modificativo da relação jurídica existente. Isto porque incide, no caso, a presunção de existência de vínculo empregatício, por constituir esse tipo de relação o padrão genérico e dominante de contratação de trabalho no mundo contemporâneo, sem prejuízo dos efeitos da revelia da 1ª Ré.

Reitera-se que, nos termos da prova produzida no 'in folio', ficou demonstrada a subordinação direta do Autor em relação à 1ª Ré, considerando que esta gerenciava diretamente a prestação dos serviços, com a exigência de cumprimento de horários pré-definidos (escalas de trabalho), além do monitoramento da entrega por meio de aplicativo de celular.

Demais disso, ficou demonstrada a prestação contínua dos serviços, conforme se denota inclusive das menções às entregas rápidas dos produtos, conjugadas à onerosidade no pagamento de remuneração periódica.

Tem-se que o Reclamante desenvolvia atividade inerente ao empreendimento da empresa Recorrida, com subordinação jurídica, pessoalidade, habitualidade e onerosidade, como comprovado, em consonância com os artigos 2º e 3º da CLT.

Neste sentido, à luz do princípio da primazia da realidade sobre a forma, o qual afasta a simulação perpetrada através de um contrato de prestação de serviços, conclui-se que agiu com o acerto o MM. Juízo de Origem ao "*reconhecer a relação de emprego com a 1ª Reclamada, no período de 31.03.2021 a 07.06.2021, na função de Motoboy de Entrega/Operador Logístico, dispensado sem justa causa*", razão pela qual **nada há o que se reparar neste ponto.**

Neste contexto, não há como prosperar, ainda, a pretensão atinente à reforma do mesmo Veredito singular, no que toca à condenação das Reclamadas ao pagamento de verbas rescisórias ("tais como aviso prévio com integração ao tempo de serviço; 13º salário proporcional; férias proporcionais com 1/3; saldo de salário; liberação do FGTS com 40%"), notadamente porque inexistente, nos autos, mínima prova de respectiva quitação promovida pela parte empregadora, a repercutir - consoante antes assinalado - também na responsabilização de cunho subsidiário desta Recorrente.

Por conseguinte, faz-se impositiva, ainda, a aplicação da multa de que trata o artigo 477 da CLT, e, ainda, do artigo 467 do mesmo diploma, dada a inexistência de controvérsia (a simples "*oposição de contestação específica pela Co-Reclamada*", arguída em peça de apelo, não tem o condão de obstar automaticamente a aplicação da multa referenciada neste dispositivo legal).

Nem se há de falar em pertinência do pleito "*para ser afastado o salário base reconhecido*", haja vista que a parte Ré não carrou

aos autos prova palpável da inadequação do valor exposto na Inicial, assim em nada vulnerando o entendimento albergado pela instância primária.

**III - JORNADA LABORAL. HORAS EXTRAS.  
INTERVALO INTRAJORNADA. PAGAMENTO DE COMISSÕES. SÚMULA Nº  
340 DO C. TST.**

Adentrando no âmbito da jornada laboral, aduz a Recorrente que *"restou incontroverso que o Recorrido laborava 'na rua', sem controle, pelo o que não há como se manter a condenação em horas extras e reflexos imposta, requerendo-se o afastamento das condenações a título de horas extras, intervalo intrajornada; domingos laborados em dobro, pois também não restou comprovado o labor em tais ocasiões, a supressão intervalar, tampouco a existência de controle de jornada."*

Pois bem.

Por força da sua revelia, não se desvencilhou a empregadora do ônus da juntada dos registros de frequência, muito menos a ora Recorrente, em sua peça de Contestação, sem desconstituir a jornada declinada em peça proemial (não reputada 'inverossímil', conforme o fez a Ré), inclusive quanto à sobrejornada configurada nos aventados três turnos de trabalho laborados e supressão intervalar.

A propósito, a matéria em tela encontra-se pacificada no âmbito deste Regional, diante da edição da Súmula nº 17 deste e. TRT, veiculada na Resolução Administrativa TRT5 Nº 054, divulgada no Diário da Justiça do dia 15 de setembro de 2015, *in verbis*:

*TRABALHO EXTERNO. ÔNUS DA PROVA. I -*

*Compete ao empregador o ônus de provar o exercício de trabalho externo incompatível com a fixação de horário de trabalho; II - Uma vez comprovado que o empregado desenvolve atividade externa incompatível com a fixação de horário, compete a ele o ônus de provar que o empregador, mesmo diante desta condição de trabalho, ainda assim, mantinha o controle da jornada trabalhada.*

Dito isto, registre-se que, muito embora seja incontroverso que o Reclamante tenha prestado labor externo, a Reclamada não se desincumbiu do ônus de provar que o labor era incompatível com o controle de jornada, de modo que é forçoso concluir que tal atividade, apesar de ser tipicamente externa, é passível de controle por parte do empregador, que detinha um conjunto de meios capazes de realizá-lo, conforme elementos de prova decorrentes, inclusive, da revelia multirreferida e da própria prova oral coligida.

Todavia, para a hipótese de serem "mantidas as condenações em horas extras", pugnou a Recorrente pela reforma da Sentença, "para que se aplique a Súmula nº 340 do C. TST ou a OJ nº 397 da SDI-I também do C. TST, na apuração das verbas". Alega que "não se pode manter o deferimento das horas extras acrescidas do adicional, eis que devido apenas o adicional, ainda que se considere que a remuneração variável do obreiro não concerne a comissões, e sim salário por produção, por força da OJ nº 235 da SDI-I também do TST".

Neste particular, assiste em parte razão à Recorrente.

Ante a jornada de trabalho incontroversa, e em se tratando o Reclamante de comissionista puro (Súmula 340 do TST e OJ 397 da SDI-1 do TST), não se pode perder de vista que este já teve remuneradas as horas extras prestadas, haja vista que, quanto mais trabalhou, também recebeu

mais comissões, razão pela qual se justifica apenas o pagamento do adicional respectivo, a teor do disposto na Súmula nº 340 do TST.

Sorte diversa, contudo, se diga em relação a hora intervalar reduzida. Isso porque, como bem pontual a Desembargadora Eloina Machado nas razões apontadas em divergência, que ora resta acolhida, a Súmula nº 340 não tem incidência sobre as horas decorrentes da não observância do intervalo intrajornada, tendo em vista que esse lapso de tempo é excluído da jornada, não sendo por essa razão remunerado pelas parcelas variáveis, apontando jurisprudência dessa Turma sobre o tema:

AGRAVO DE PETIÇÃO - INTERVALO INTRAJORNADA - COMISSIONISTA - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 340 DO E. TST - A supressão do intervalo intrajornada garante ao empregado o direito a uma hora extra acrescida do adicional de no mínimo 50%, mesmo nas hipóteses de empregado comissionista misto, tendo em vista que o intervalo intrajornada suprimido configura lapso de tempo excluído da jornada, não sendo por essa razão remunerado, de modo que são inaplicáveis as disposições contidas na Súmula 340 do E. TST. Decisão mantida. Processo 0000215-19.2019.5.05.0010, Origem PJE, Relator(a) Desembargador(a) ELOINA MARIA BARBOSA MACHADO, Quarta Turma, DJ 26/05/2024

RECURSO ORDINÁRIO. SÚMULA 340 DO TST. INTERVALO INTRA E INTERJORNADA. INAPLICABILIDADE. Os intervalos intrajornada e interjornada não estão incluídos na jornada de trabalho do empregado comissionista puro, razão pela qual estes períodos não são remunerados. Neste caso, a supressão do intervalo não deve ensejar apenas o pagamento do adicional. A justa apuração do valor devido deve resultar da soma da hora de trabalho acrescido de adicional próprio. Processo 0000097-36.2020.5.05.0195, Origem PJE, Relator(a) Desembargador(a) JEFERSON ALVES SILVA MURICY, Quarta Turma, DJ 19/09/2023

**.Do exposto, carece de reforma a Sentença, para apenas deferir, considerando-se a condição de comissionista puro da parte reclamante e nos termos da Súmula 340 do TST, o adicional de horas extras, sua integração ao salário e reflexos sobre aviso prévio, férias com 1/3, gratificação natalina, FGTS com 40% e repouso remunerado.**

#### **IV - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.**

A Empresa Ré também se opõe à declaração de procedência do "pedido de adicional de periculosidade de 30% sobre o salário base do Reclamante, nos termos do art. 193 da CLT, com integração ao salário para efeito de diferença de parcelas rescisórias, 13º salário, férias com 1/3".

Deduz que *"não se encontra aplicável a disposição do §4º do art. 193 da CLT, o qual depende de regulamentação por Norma Regulamentadora (anexo V da Portaria MTE 1.565/2014), que, no caso, encontra-se anulada, em respeito, inclusive, a segurança jurídica"*. A seu sentir, *"não se pode mais acolher os efeitos da Portaria MTE nº 1.565/2014, razão pela pugna-se pela reforma da decisão de piso quanto a matéria"*.

Pois bem.

O adicional de periculosidade, previsto no § 4º do art. 193 da CLT, remunera expressamente o risco criado em razão do uso de motocicletas em vias públicas, atividade que, por si só, cria riscos ao trabalhador, sendo certo o número elevado de acidentes automobilísticos que envolvem condutores de motocicleta, 'in verbis':

*"Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012)*

(...)

*§ 4º - São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (Incluído pela Lei nº 12.997, de 2014)."*

Importa observar que a Lei nº 12.997/2014 não é autoaplicável, na medida em que, nos termos do caput do art. 193 da CLT, somente são consideradas perigosas as atividades regulamentadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, de modo que somente passou a ser obrigatório o pagamento da parcela a partir de 14/10/2014, data da publicação da Portaria nº 1.565/2014, que incluiu o Anexo 5 da NR 16 do MTE, que assim dispõe:

*"1. As atividades laborais com utilização de motocicleta ou motoneta no deslocamento de trabalhador em vias públicas são consideradas perigosas.*

*2. Não são consideradas perigosas, para efeito deste anexo:*

*a) a utilização de motocicleta ou motoneta exclusivamente no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela;*

*b) as atividades em veículos que não necessitem de emplacamento ou que não exijam carteira nacional de habilitação para conduzi-los;*

*c) as atividades em motocicleta ou motoneta em locais privados;*

*d) as atividades com uso de motocicleta ou motoneta de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido."*

O Anexo 5 da NR 16 do antigo MTE não impõe a exigência do uso de motocicleta no momento da contratação, sendo certo que o

fato gerador, 'in casu', é o deslocamento em vias públicas no exercício das atividades laborais, pouco importando se tal requisito é colocado como exigência para exercício do cargo, pois o que se visa resguardar é a saúde do trabalhador.

Ainda, cabe o registro no sentido de que a Portaria nº 1.565/2014 foi questionada judicialmente pelo seguimento de atividade econômica desenvolvido pela Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas Não Alcoólicas, tendo sido deferida tutela provisória, nos autos do Processo nº 0078075-82.2014.4.01.3400, confirmada em sede de sentença em outubro de 2016, declarando a nulidade da referida Portaria e suspendendo seus efeitos, sob o argumento de que foi publicada em desrespeito à Portaria nº 1.127/03 do MTPS.

Em razão disso, o MTPS editou a Portaria nº 1.930/2014 suspendendo, em sua totalidade, os efeitos da Portaria nº 1.565/2014, editando, em seguida, a Portaria nº 05/2015 suspendendo, novamente, os efeitos da Portaria nº 1.565/2014, mas somente em relação aos autores da ação judicial citada, de modo que tal Portaria voltou a ter vigência para as categorias que não restaram abrangidas pela referida decisão judicial.

Assim, no caso em apreço, o direito ao adicional depende, fundamentalmente, da atividade econômica desempenhada pelo empregador (na medida em que, como dito, alguns setores foram beneficiados por medidas judiciais), e, por corolário, da suspensão dos efeitos da norma regulamentadora, o que não abrange a Reclamada, de modo que o mérito da presente questão se aplica integralmente a ela.

A propósito, os seguintes precedentes do C. TST, in verbis:

*"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. MOTOCICLISTA. No presente caso, o Tribunal Regional registrou ser 'incontroverso que o autor fazia uso de motocicleta em sua jornada de trabalho'. Consignou, ainda, que a vigência da Portaria 1.565/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego só está suspensa para os associados à Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas não Alcoólicas e aos confederados da Confederação Nacional das Revendas AMBEV e das Empresas de Logística da Distribuição, e que a reclamada não demonstrou fazer parte das citadas agremiações. Portanto, o Tribunal Regional ao registrar que o reclamante utilizava a motocicleta para exercer a sua atividade laboral, que a Portaria 1.565/2014 encontra-se plenamente válida, proferiu decisão em consonância com o artigo 193, §4º, da CLT. Agravo não provido." (TST-Ag-AIRR-579-94.2016.5.08.0015, Rel. Min. Breno Medeiros, 5ª Turma, DEJT de 31/8/2018)*

*"(...) 3. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. MOTOCICLETA. O Regional deferiu o adicional de periculosidade ao reclamante com base na Portaria nº 1.565/2014, no período de 14/10/2014 (data da regulamentação) até o encerramento contratual, com exceção do período em que a referida portaria esteve suspensa. Nesse contexto, não há como vislumbrar afronta literal ao artigo 193, § 4º, da CLT. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido." (TST-AIRR-11338-08.2015.5.18.0005, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT de 24/6/2019)*

Neste sentido, é fato incontroverso o deslocamento da parte autora por meio de motocicleta no exercício de seu mister de motoboy. E, considerando-se que a Reclamada não faz parte das supramencionadas agremiações, bem como que existe regulamentação válida do MTE sobre a

matéria, e, que não reside nos autos prova do regular pagamento da parcela, **não carece de reforma a Sentença.**

## **V - CÁLCULOS DE LIQUIDAÇÃO.**

Por último, a Empresa Reclamada opõe-se aos cálculos de liquidação integrados à Sentença (planilha retificada, de ID. 880f38b).

A parte aponta supostos equívocos em tais cálculos, pleiteando *"a reforma da r. decisão no tocante aos cálculos, para que sejam estes apurados adequadamente em fase de execução, ou que sejam, ao menos, refeitos pela contadoria de acordo com os cálculos"* anexados à peça de recurso.

Vejamos.

Os itens 1, 2, 6, 9 e 10 da lista de 'equívocos' atribuídos pela parte aos Cálculos do juízo dizem respeito especificamente à jornada laboral, matéria já enfrentada no tópico III da presente Decisão Colegiada.

Quanto ao "adicional de periculosidade na base de cálculo das horas extras", não comporta reparo o entendimento já manifestado na Sentença de Embargos (ID. 20b2cda). É que referido Adicional constitui-se em base salarial habitual, daí a sua natural integração ao cálculo das horas extras.

Da mesma forma é de se depreender no que toca aos reflexos do adicional de periculosidade sobre o FGTS, porquanto tal

adicional integra a remuneração para pagamento das demais verbas trabalhistas, devendo ser naturalmente somado ao salário-base para cálculo, inclusive, de FGTS.

Ainda com vistas ao mesmo Adicional de Periculosidade, não se detectou incorreção nos respectivos cálculos quanto ao divisor utilizado, especificamente para o mês de março/2021 (labor apenas no último dia 31 daquele mês). Vale pontuar que o divisor adotado foi o mesmo para todos os meses da contratação, de forma que, em rigor, não se configurou efetivo prejuízo para o Recorrente.

Também não prospera a retificação pretendida no que tange à apuração do FGTS sobre as parcelas rescisórias, uma vez que os cálculos impugnados atendem aos comandos da Sentença.

Já em relação ao índice de correção monetária, mantém-se o entendimento assinalado ainda em sede de Embargos Declaratórios, com suporte na área técnica da Contadoria do juízo, haja vista que, diferentemente do que argui o Recorrente, inexistente erro em considerar-se o dia da distribuição do processo como termo final para aplicação do IPCA-E (incidência na fase pré-judicial).

Por isto, sem prejuízo do quanto já apreciado no tópico III do presente Decisório, **não procedem os argumentos esposados pela Ré para efeito de retificação dos cálculos do juízo.**

**VI - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. JUSTIÇA GRATUITA. CONDIÇÃO SUSPENSIVA DE EXIGIBILIDADE.**

Uma vez que não afastada a condenação subsidiária imposta à Recorrente, não há como falar-se que "inexistirá sucumbência em desfavor desta", consoante diz em seu arrazoado recursal. Entretanto, pertine a argumentação da parte, quando pondera que, "Ainda no tocante aos honorários advocatícios de sucumbência, estes são devidos pelo Reclamante ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, devendo ser observado ao caso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADIn 5.766".

Com efeito, comporta reparo a assertiva sentencial de que "o reclamante, beneficiário da justiça gratuita, não deverá arcar com os honorários sucumbenciais".

É que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser suportados pelo reclamante, conforme art. 791-A consolidado. Contudo, sendo o laborista agraciado com a gratuidade da Justiça, aplica-se o §4º do art. 791-A também consolidado, ficando a verba honorária sob condição suspensiva de exigibilidade pelo período de dois anos, após o que se extinguirá o débito correspondente, cabendo ao credor, dentro do aludido prazo, demonstrar eventual perda da situação de miserabilidade jurídica, provando nestes autos a sua alegação, a fim de se legitimar à execução da parcela.

Por isto, **remanesce a obrigação do beneficiário da justiça gratuita de adimplir os honorários advocatícios em caso de sucumbência, a qual, contudo, fica sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderá ser executada se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse**

**prazo, a aludida obrigação, nos termos da parte final do art. 791-A, § 4º, da CLT, consoante decidido pelo STF no julgamento da ADI nº 5766.**

## **VII - CORREÇÃO MONETÁRIA.**

Por último, a Empresa Acionada postula a reforma da r. decisão de origem, "para que se aplique o disposto no art. 879, § 7º da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/17, determinando-se a apuração da correção monetária pela TR durante todo o período".

A Decisão recorrida **não carece de modificação** sob este aspecto, visto que, na esteira do decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 58 e ADC 59, com eficácia 'erga omnes' e efeito vinculante, a correção monetária dos débitos trabalhistas deve observar o IPCA-e e juros legais previstos no caput do art. 39 da Lei nº 8.177 /1991 na fase pré-judicial, e, a partir do ajuizamento, a taxa SELIC, nos moldes ali consignados pelo juízo.

Pelo exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso da 2ª Reclamada, nos termos da fundamentação supra.

## **RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE**

### **I - DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA.**

Também o Reclamante, via petição de ID. 1851812, se rebela contra a Sentença de base, inicialmente, em relação à parte em que o juízo prolator não acolheu o seu pedido de condenação da parte adversa ao pagamento de indenização por "danos morais em razão de acidente de trabalho".

A Decisão de 1º grau, no entanto, não padece de modificação.

Saliente-se, de plano, que a decretação da revelia, por si só, não poderia autorizar a chancela à pretensão ressarcitória, quando não foram colacionados aos autos mínimos elementos probatórios capazes de evidenciar que o evento em que se envolveu o Demandante com a sua motocicleta, ocorrido no dia 06/06/2021, às 19 horas, caracterizou-se efetivamente como 'acidente de trabalho', nem, por conseguinte, que a parte se encontrava no gozo de 'estabilidade acidentária' à época da sua dispensa.

Note-se que o 'Boletim de Ocorrência' (ID. a6bf848) juntado à Inicial apenas descreve a colisão entre a motocicleta de propriedade do Autor com outro veículo (marca Renault/Logan), assim como o também anexo RAT (Registro de Acidente de Trânsito) de ID. e0e5ba8. O 'Relatório de Atendimento' de ID. f402d52, por evidente, também nada traz em seu bojo que faça a necessária prova colimada pelo Obreiro, bem como o print (fl. 11) inserido na peça Inicial é desprovido de data, o que atesta que esta parte, em suma, não se desincumbiu do ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito invocado, à luz do disposto nos arts. 818 da CLT, e 373, I do CPC/2015.

**Nada a reformar.**

## **II - LUCROS CESSANTES. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA LIMINAR DE PRIMEIRO GRAU.**

Sob o argumento de que "a 2ª Reclamada descumpriu frontalmente a obrigação de não-fazer estabelecida nas decisões de ids. 6548809 e c09102b, que determinou que o iFood 'se abstenha de praticar

qualquer ato de retaliação do autor e, inclusive, de excluí-lo da plataforma digital de entregas, imotivadamente, até o julgamento da presente lide", o Autor se insurge com o indeferimento, pelo juízo 'a quo' (Sentença de Embargos Declaratórios, ID. 20b2cda), da aplicação da multa por descumprimento da Liminar, bem como o pedido de condenação em danos materiais (lucros cessantes).

Não procede a pretensão.

Em que pese a afirmação do ora Recorrente de que "a 2ª Reclamada seguiu descumprindo a liminar, mesmo sendo notificado para não suspender/cancelar a conta do Reclamante", é de se observar que a minuciosa exposição da cronologia dos fatos por parte do juízo, em rigor, não foi suficientemente enfrentada pelo Acionante, inclusive não se podendo esquecer que a Demandada ainda impetrou Mandado de Segurança (nº 0000436-27.2022.5.05.0000 - ID. 5248e4a) contra a decisão liminar deferida pelo juízo.

Portanto, sem que efetivamente vulneradas, restam mantidas as considerações tecidas pela instância de base, a seguir reproduzidas:

*"Pois bem. Da análise dos autos, verifica-se que, não obstante a concessão da liminar para cumprimento da Obrigação de Não Fazer, a Reclamada IFOOD, só foi notificada para ciência da decisão da Tutela, por meio da notificação de ID fd08f5f, após a manifestação do Reclamante comunicando o descumprimento, tendo peticionado requerendo a reconsideração da decisão aduzindo que a suspensão do Obreiro se deu por "descumprimento dos termos de uso, sendo mantida a concessão da Tutela, com determinação para reativação da conta no prazo de 48 horas, sendo, agora, cominada multa diária de R\$200,00, até o limite de R\$30.000,00, para o caso de descredenciamento de forma imotivada até o julgamento da presente lide.*

*A notificação para ciência da decisão foi expedida em 29.03.2022, no entanto, em 01.04.2022, dentro do prazo para cumprimento da liminar, a Reclamada protocolou Mandado de Segurança junto ao E. TRT5, requerendo a cassação da liminar, sendo mantida decisão proferida por este Juízo, tendo a Empresa comprovado o cumprimento da liminar com a reativação do cadastro do Autor em 13.04.2022.*

*Diante do exposto, considerando os termos da decisão de ID.c09102b, quando só então foi deferida a aplicação de multa para o caso de descredenciamento desmotivado do Autor pela plataforma, bem como que após, confirmada a decisão deste Juízo pela decisão do mandado de Segurança interposto durante o prazo para cumprimento da liminar pela Reclamada, julgo improcedente a aplicação da multa por descumprimento da Liminar, bem como o pedido de condenação em danos morais."*

### **III - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. PERCENTUAL. MAJORAÇÃO.**

Em seu último pleito, o Reclamante pugna pela majoração do percentual, fixado pela instância de origem ("5% sobre a soma dos valores que se apurar sobre os pedidos deferidos na fundamentação") a título de condenação da Reclamada ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.

Requer "sejam majorados os valores arbitrados a título de honorários sucumbenciais em prol dos patronos do Recorrente na razão de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação".

Procede em parte a pretensão.

Se, por um lado, não se pode conferir à presente causa grau de complexidade capaz de justificar a fixação do percentual no patamar máximo a que alude o caput do artigo 791-A, da CLT, como quer o Recorrente, há de se considerar, contudo, que os critérios elencados no §2º do citado dispositivo legal, em conjugação com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, autorizam a majoração ao percentual (5%) antes arbitrado pelo juízo de origem.

Neste sentido, **reforma-se a Decisão, para majorar para 10% (dez por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da Sentença o percentual relativo ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da parte Autora.**

Pelo exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Adesivo do Reclamante, nos termos da fundamentação supra.

**Acordam o(a)s Magistrado(a)s da 4ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, Excelentíssima Desembargadora MARIA ELISA COSTA GONÇALVES e Excelentíssima Juíza Convocada MIRINAIDE CARNEIRO, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora ELOÍNA MACHADO, com a presença do(a) Ex.mo(a) representante do d. Ministério Público do Trabalho, na 16ª Sessão Presencial Ordinária, iniciando-se no dia 19 DE JUNHO DO ANO DE 2024, às 9h, cuja pauta foi disponibilizada no Diário Eletrônico do dia 10/06/2024,**

**ADIAR O JULGAMENTO DO PRESENTE PROCESSO PARA UMA DAS PRÓXIMAS SESSÕES PARA AJUSTE DE CÁLCULOS, APÓS A TURMA, POR UNANIMIDADE, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA 2ª RECLAMADA, PARA, REFORMANDO-SE A SENTENÇA: 1) APENAS DEFERIR AO RECLAMANTE,**

CONSIDERANDO-SE A CONDIÇÃO DE COMISSIONISTA PURO E NOS TERMOS DA SÚMULA 340 DO TST, O ADICIONAL DE HORAS EXTRAS E SUA INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO E REFLEXOS SOBRE AVISO PRÉVIO, FÉRIAS COM 1/3, GRATIFICAÇÃO NATALINA, FGTS COM 40% E REPOUSO REMUNERADO; 2) DETERMINAR QUE REMANESCE A OBRIGAÇÃO DO RECLAMANTE, BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA, DE ADIMPLIR OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM CASO DE SUCUMBÊNCIA, A QUAL, CONTUDO, FICA SOB CONDIÇÃO SUSPENSIVA DE EXIGIBILIDADE E SOMENTE PODERÁ SER EXECUTADA SE, NOS DOIS ANOS SUBSEQUENTES AO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE A CERTIFICOU, O CREDOR DEMONSTRAR QUE DEIXOU DE EXISTIR A SITUAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS QUE JUSTIFICOU A CONCESSÃO DE GRATUIDADE, EXTINGUINDO-SE, PASSADO ESSE PRAZO, A ALUDIDA OBRIGAÇÃO, NOS TERMOS DA PARTE FINAL DO ART. 791-A, § 4º, DA CLT, CONSOANTE DECIDIDO PELO STF NO JULGAMENTO DA ADI Nº 5766; E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE, PARA: MAJORAR PARA 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR QUE RESULTAR DA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA O PERCENTUAL RELATIVO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO PATRONO DA PARTE AUTORA. CUSTAS PROCESSUAIS, PELO 1º RECLAMADO, NO VALOR DE R\$ 1.200,00 (HUM MIL E DUZENTOS REAIS).