

RECURSO ORDINÁRIO DA 44ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

PROCESSO TRT/SP Nº 0001920040440200-1 - 3ª TURMA

RECORRENTE: SINDICATO DOS TRABALHADORES EM HOTÉIS, APART HOTÉIS, MOTÉIS, FLATS, RESTAURANTES, BARES, LANCHONETES E SIMILARES DE SÃO PAULO E REGIÃO**RECORRIDA: CARLOTA ALIMENTOS LTDA**

Não se conformando com a r.sentença, o reclamante recorre ordinariamente, objetivando reforma da decisão de primeiro grau, alegando, em síntese, em seu recurso, que impugna a sentença quanto à obrigação da reclamada de permitir uma folga a quatro domingos e o pagamento dos domingos em dobro, com multa.

As custas foram recolhidas.

Contra-razões da reclamada foram apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O recurso merece ser conhecido porquanto estão presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

PRELIMINAR ARGUIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Diz o Ministério Público do Trabalho que de acordo com a lei 7347/85, artigo 5º, parágrafo primeiro, é nulo o processo porque não foi intimado a se manifestar.

O citado parágrafo diz que " O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Todavia, a presente ação, embora denominada como " Ação Civil Pública" tem toda a feição de reclamação trabalhista na qual o Sindicato atua como substituto processual, nos termos do artigo 8º , III, da Constituição Federal. E na ação em que o Sindicato defende em nome próprio direito alheio (substituição processual) é dispensável a atuação do Ministério Público do Trabalho.

Não fosse por isso, poderia o Ministério Público do Trabalho emitir o seu parecer ou pugnar por diligências, mas não indicou qual foi prejuízo processual a justificar a anulação dos atos processuais já praticados.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade.

OBRIGAÇÃO DA RECLAMADA DE PERMITIR UMA FOLGA A QUATRO DOMINGOS E O PAGAMENTO DOS DOMINGOS EM DOBRO, COM MULTA

O sindicato postulou na inicial a condenação da reclamada na obrigação de conceder uma folga dentro de quatro domingos, nos termos da lei 10.101-2000, além do pagamento dos

domingos em dobro e multas referentes ao cumprimento da obrigação de fazer e indenização reversível ao FAT.

Em sua defesa a reclamada argumentou que a lei 10101-2000 trata exclusivamente do comércio varejista em geral e a empresa tem por atividade o comércio de alimentos, há muito liberado para funcionar aos domingos, e que as Portarias 417 e 509 do MTb, de dezembro-66 e junho-67, respectivamente, autorizam a escala de uma folga a cada sete domingos. Este é o resumo da lide e saliento que a tese da reclamada foi acolhida pelo juízo. Transcrevo a lei 10101-2000:

LEI Nº 10.101, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2000.

Publicada no DOU de 20/12/2000

Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências.

Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 1.982-77, de 2000, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Antonio Carlos Magalhães, Presidente, para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição.

Art. 2º A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo:

I - comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria;

II - convenção ou acordo coletivo.

§ 1º Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições:

I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa;

II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

§ 2º O instrumento de acordo celebrado será arquivado na entidade sindical dos trabalhadores.

§ 3º Não se equipara a empresa, para os fins desta Lei:

I - a pessoa física;

II - a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente:

- a) não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas;
- b) aplique integralmente os seus recursos em sua atividade institucional e no País;
- c) destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades;
- d) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos deste inciso, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis.

Art. 3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade.

§ 1º Para efeito de apuração do lucro real, a pessoa jurídica poderá deduzir como despesa operacional as participações atribuídas aos empregados nos lucros ou resultados, nos termos da presente Lei, dentro do próprio exercício de sua constituição.

§ 2º É vedado o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil.

§ 3º Todos os pagamentos efetuados em decorrência de planos de participação nos lucros ou resultados, mantidos espontaneamente pela empresa, poderão ser compensados com as obrigações decorrentes de acordos ou convenções coletivas de trabalho atinentes à participação nos lucros ou resultados.

§ 4º A periodicidade semestral mínima referida no § 2º poderá ser alterada pelo Poder Executivo, até 31 de dezembro de 2000, em função de eventuais impactos nas receitas tributárias.

§ 5º As participações de que trata este artigo serão tributadas na fonte, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês, como antecipação do imposto de renda devido na declaração de rendimentos da pessoa física, competindo à pessoa jurídica a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do imposto.

Art. 4º Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio:

I - mediação;

II - arbitragem de ofertas finais.

§ 1º Considera-se arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes.

§ 2º O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes.

§ 3º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes.

§ 4º O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial.

Art. 5º A participação de que trata o art. 1º desta Lei, relativamente aos trabalhadores em empresas estatais, observará diretrizes específicas fixadas pelo Poder Executivo.

Parágrafo único. Consideram-se empresas estatais as empresas públicas, sociedades de

economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

Art. 6º Fica autorizado, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, observado o art. 30, inciso I, da Constituição.

Parágrafo único. O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de quatro semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras previstas em acordo ou convenção coletiva.

Art. 7º Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.982-76, de 26 de outubro de 2000.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Congresso Nacional, em 19 de dezembro de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

Senador ANTONIO CARLOS MAGALHÃES
Presidente

Esta lei tratou da participação dos lucros e resultados e também do trabalho aos domingos em seu artigo 6º e parágrafo.

A lei 605/49 cuidou do direito ao descanso aos domingos, mas excepcionou algumas atividades, regulamentadas por Decreto, como ocorreu com o Decreto 27.048 de 12-08-1949.

O artigo 67 da CLT dispõe que é assegurado a todos trabalhadores uma folga preferentemente aos domingos, exceto para aqueles serviços que exijam o trabalho aos domingos.

As Portarias 417 e 509 do Ministério do Trabalho disciplinaram as atividades que podem ocorrer aos domingos, incluído o comércio de alimentos, e a escala de revezamento, que deve ser de uma folga dentro de sete domingos.

Penso, data vênua do juízo de primeira instância, que a lei nova (10101-2000) veio cuidar integralmente do trabalho em domingos no comércio varejista em geral.

Comércio varejista é aquele onde se vende produtos variados em pequenas quantidades, enquanto o comércio por atacado refere-se a vendas por quantidades ou chamado venda a "grosso" ou granel.

A lei em questão nominou de "comércio varejista em geral" e não simplesmente de "comércio varejista". Penso que ao usar a expressão "..em geral" o legislador quis incluir todo tipo de comércio varejista, inclusive o de alimentos em bares, restaurantes e assemelhados, como é o caso da reclamada.

Esclareço que a escala de uma folga dentro de sete domingos foi criada por Portaria do

Ministério do Trabalho, embora com autorização da lei então em vigor, mas, com o tratamento específico dado pela nova lei, obviamente que a Portaria em questão, em colisão com a lei, deixou de ter validade jurídica.

Portanto, dou provimento ao recurso do Sindicato para obrigar a reclamada a conceder aos seus empregados uma folga dentro de cada período de quatro semanas, conforme dispõe a lei 10101-2000, sob pena de multa diária de R\$200,00, limitada ao principal que será deferido.

Defiro os domingos trabalhados em desacordo com a lei 10101-2000, que serão calculados em dobro. Na fase de execução o Sindicato deverá juntar a relação dos substituídos.

A prescrição a ser observada é a quinquenal e na hipótese de vínculos de emprego encerrados há dois anos e um dia antes da interposição da ação, para aqueles substituídos nada será apurada em face da prescrição total.

Indefiro o pedido de indenização de R\$10.000,00 por dano social vez que tal não foi demonstrado, ainda considerando-se a efetiva controvérsia sobre a questão.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Juros de mora e correção monetária na forma da lei e da atual Súmula 381 do C. Tribunal Superior do Trabalho. Os juros de mora são contados a partir da distribuição da ação e incidem sobre o principal corrigido. Os descontos fiscais e previdenciários serão efetuados nos termos da Súmula 368 do Tribunal Superior do Trabalho:

368 DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 32, 141 e 228 da SDI-1) Alterada pela Res. 138/2005, DJ 23.11.2005

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição. (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998)

II. É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541/1992, art. 46 e Provimento da CGJT nº 03/2005. (ex-OJ nº 32 - Inserida em 14.03.1994 e OJ nº 228 - Inserida em 20.06.2001)

III. m se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, §4º, do Decreto nº 3.048/99 que regulamentou a Lei nº 8.212/91 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário-de-contribuição. (ex-OJ nº 32 - Inserida em 14.03.1994 e OJ 228 - Inserida em 20.06.2001)

Os descontos fiscais e previdenciários somente são cabíveis sobre verbas aos mesmos sujeitos, nos termos das leis específicas.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Honorários advocatícios não são devidos na Justiça do Trabalho, nem quando o Sindicato atua na condição de substituto processual, como é o caso. Excepcionam-se, apenas, aqueles assistidos pela Entidade Sindical, com justiça gratuita deferida.

ISTO POSTO, conheço do recurso do reclamante, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo Ministério Público do Trabalho, e dou-lhe provimento parcial para obrigar a reclamada a conceder aos seus empregados uma folga dentro de cada período de quatro semanas, conforme dispõe a lei 10101-2000, sob pena de multa diária de R\$200,00, limitada ao principal; e condenar a reclamada a pagar os domingos trabalhados em desacordo com a lei 10101-2000, que serão calculados em dobro. Na fase de execução o Sindicato deverá juntar a relação dos substituídos. A prescrição a ser observada é a quinquenal e na hipótese de vínculos de emprego encerrados há dois anos e um dia antes da interposição da ação, para aqueles substituídos nada será apurado em face da prescrição total. Juros de mora, correção monetária, descontos fiscais e previdenciários nos termos do Voto. Fixo à condenação o valor de R\$10.000,00 e custas pela ré no importe de R\$200,00, devendo restituir ao Sindicato o valor que o mesmo pagou e recolher a diferença.

JONAS SANTANA DE BRITO

Juiz Relator