

PROCESSO: 0000388-77.2012.5.02.0008

**AUTOR: SINTHORESP – SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO
HOTELEIRO E SIMILARES DE SÃO PAULO E REGIÃO**

RÉ: TJKA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Aos seis dias do mês de novembro do ano dois mil e catorze, às 18h09, na sala de audiências desta Vara, por ordem da Exma. Juíza do Trabalho Substituta KATIUSSIA MARIA PAIVA MACHADO, foram apregoados os litigantes SINTHORESP – Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares de São Paulo e Região, autor, e TJKA Comércio de Alimentos Ltda., ré.

Ausentes as partes.

Proposta final conciliatória prejudicada.

Submetido o processo a julgamento, foi proferida a seguinte

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

SINTHORESP – Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares de São Paulo e Região, já qualificado, ajuizou ação de cumprimento em 05/12/2011, em face de TJKA Comércio de Alimentos Ltda., também qualificada. Requer sejam deferidos os pedidos de fls. 19/22. Juntou documentos e procuração. Deu à causa o valor de R\$ 1.500,00.

A sentença foi proferida às fls. 157/159.

Por meio da decisão de fls. 163 foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelo autor às fls. 161/162.

O autor interpôs recurso ordinário às fls. 168/185.

A ré apresentou contrarrazões às fls. 188/206.

Por meio do acórdão de fls. 285/288, foi negado provimento ao recurso ordinário.

O autor interpôs recurso de revista às fls. 290/315, cujo seguimento foi negado pela decisão de fls. 316/317.

O autor interpôs agravo de instrumento às fls. 321/331, ao qual foi dado provimento por meio do acórdão de fls. 336/341, que também deu provimento ao recurso de revista e afastou a ilegitimidade ativa *ad causam* do sindicato-autor, determinando o retorno dos autos ao Juízo *a quo* para o exame das demais questões da demanda.

Rejeitada a proposta inicial de conciliação.

A ré apresentou contestação às fls. 347/367. Requereu a improcedência dos pedidos formulados na petição inicial. Juntou documentos.

O autor apresentou réplica às fls. 369/377.

Não foi produzida prova oral.

Sem outras provas, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais orais remissivas.

Rejeitada a proposta final conciliatória.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar de carência da ação por ilegitimidade ativa

Fica prejudicada a análise da preliminar, tendo em vista que a matéria foi analisada às fls. 336/341 e se encontra acobertada pelo manto da coisa julgada, conforme a certidão de fl. 344.

Férias

Dos documentos juntados, verifica-se que a ré o fez por mera amostragem e não colacionou os avisos de férias referentes a todos os empregados, como, por exemplo, de Francisco Iranildo Paulo, de Francisco Alves de Oliveira, de Vanderlei de Jesus Nascimento, de Drailton Pereira da Silva, de Moelma Muniz Moreira, de Dario de Souza Melo e de Allan Gustavo de Paula Freire Bomfi. Assim, nos termos da Súmula 338 do TST, presumem-se verdadeiros os fatos deduzidos na petição inicial.

Assim, condeno ao pagamento de férias acrescidas de um terço, aos obreiros constantes das RAIS, observados a duração de seus contratos de trabalho e os períodos aquisitivos completados. Observe-se, ainda, a dobra pela concessão extemporânea.

Obrigações de concessão de férias

O empregador tem o dever de conceder descanso anual aos seus empregados, nos termos dos arts. 7º, XVII, da Constituição Federal e 129 da CLT.

Foi apurado e reconhecido em capítulo acima que a ré não concede regularmente as férias aos obreiros especificados nas RAIS.

Frise-se, por oportuno, que o artigo 137, § 1º, da CLT autoriza que o empregado requeira a fixação da época de gozo das férias não concedidas dentro do prazo fixado no artigo 134 da CLT.

Assim, determinar que a ré conceda as férias anualmente aos empregados constantes da RAIS, tempestivamente nos correspondentes períodos concessivos, a partir do trânsito em julgado da sentença, sob pena de pagamento de multa diária no caso de descumprimento, no valor de R\$ 10,00 em favor do empregado prejudicado, a título de astreintes, com fulcro no art. 461, § 4º, do CPC.

Horas extras. Intervalo intrajornada

Em qualquer trabalho contínuo é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso e alimentação. Trata-se de norma imperativa, de indisponibilidade absoluta, inderrogável pelas partes, exceto por ato do Ministério do Trabalho, uma vez que constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho.

A não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, possuindo natureza salarial. Inteligência da Súmula 437, I e III, do TST.

Como estatuído em capítulo acima, verifica-se que a ré juntou documentos por mera amostragem e deixou de colacionar os cartões de ponto de todos os empregados, como, por exemplo, de Francisco Iranildo Paulo, de Francisco Alves de Oliveira, de Vanderlei de Jesus Nascimento, de Drailton Pereira da Silva, de Moelma Muniz Moreira, de Dario de Souza Melo e de Allan Gustavo de Paula Freire Bomfi. Assim, nos termos da Súmula 338 do TST, presumem-se verdadeiros os fatos deduzidos na petição inicial.

Na réplica, o sindicato-autor aponta que não foi concedido integralmente o intervalo intrajornada de 1 hora ao funcionário Agnaldo Lima Silva (doc. 36 do quinto volume de documentos da defesa).

Assim, nos dias em que os obreiros constantes das RAIS não usufruíram integralmente do intervalo intrajornada de 1 hora, fazem jus ao pagamento de 1 hora extra acrescida do adicional de no mínimo 50% (Súmula 437, I, do TST).

As cláusulas 37ª das CCTs 2002/2004, 2006/2008 2007/2009 preveem o adicional de 65%, enquanto a cláusula 37ª da CCT 2009/2011 e a cláusula 36ª da CCT 2011/2013 preveem o adicional de 60%, respeitados os direitos adquiridos dos obreiros a adicionais superiores.

Portanto, condeno a reclamada a pagar aos empregados especificados na RAIS 1 hora extra por dia em que houve labor acima de 6 horas diárias, em virtude da não concessão do intervalo intrajornada mínimo previsto no *caput* do art. 71 da CLT.

Observar-se-ão a evolução salarial mensal, dias laborados (atentando-se para ausências, faltas, férias, licenças etc.), base de cálculo composta pelo salário base (respeitando-se o salário mensal constante das RAIS e, na falta, adotar-se-á o piso normativo da categoria), divisor 220, adicional conforme vigência das respectivas normas coletivas e direitos adquiridos. Por habituais, defiro os reflexos em DSR (domingos e feriados), férias + 1/3, 13º salários e FGTS e, em havendo contrato de trabalho rescindindo sem justa causa por iniciativa do empregador, também haverá reflexos no aviso prévio, quando indenizado, e aplicação de 40% sobre os reflexos no FGTS.

Entendo que a majoração do valor do DSR, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, do 13º salário, do aviso prévio e do FGTS, por ausência de previsão legal e sob pena de caracterizar *bis in idem*. Inteligência da OJ 394 da SBDI-1 do TST.

Diante da falta de documentos por parte da reclamada (quanto aos contratos de trabalho dos substituídos), eventuais critérios adicionais serão definidos em liquidação de sentença – por cálculos e, se necessário, por artigos e/ou arbitramento - no caso de falta de documentos ou elementos nos autos que viabilizem a liquidação da sentença. Compensar-se-ão os valores pagos, mês a mês, a mesmo título devidamente comprovados em fase de conhecimento.

Obrigações de fazer de conceder 1 hora de intervalo intrajornada

O empregador pode conceder intervalo intrajornada inferior a 1 hora quando atendidos os requisitos do §3º, art. 71 da CLT. Assegura-se também aos trabalhadores buscarem em Juízo a reparação de eventuais ilícitos trabalhistas praticados pelo empregador.

Não há determinação legal, como no caso das férias, para que seja fixada obrigação de fazer. Assim, indefiro o pleito.

Horas extras. Intervalo interjornadas

O autor pleiteia a condenação a obrigação de não fazer, consistente na abstenção da prática de desrespeitar o intervalo mínimo entre jornadas, de 11 horas.

Como estatuído em capítulo acima, a ré juntou documentos por mera amostragem e não colacionou os cartões de ponto de todos os empregados, como, por exemplo, de Francisco Iranildo Paulo, de Francisco Alves de Oliveira, de Vanderlei de Jesus Nascimento, de Drailton Pereira da Silva, de Moelma Muniz Moreira, de Dario de Souza Melo e de Allan Gustavo de Paula Freire Bomfi. Assim, nos termos da Súmula 338 do TST, presumem-se verdadeiros os fatos deduzidos na petição inicial.

Conforme o entendimento preconizado na OJ 355 da SBDI-1/TST, ao qual me filio, o desrespeito ao intervalo mínimo interjornada previsto no art. 66 da CLT, acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula 110 do TST, sendo devido o pagamento da integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

Portanto, condeno ao pagamento integral das horas que foram subtraídas do intervalo interjornada de 11 horas.

As cláusulas 37ª das CCTs 2002/2004, 2006/2008 2007/2009 preveem o adicional de 65%, enquanto a cláusula 37ª da CCT 2009/2011 e a cláusula 36ª da CCT 2011/2013 preveem o adicional de 60%, respeitados os direitos adquiridos dos obreiros a adicionais superiores.

Observar-se-ão a evolução salarial mensal, dias laborados (atentando-se para ausências, faltas, férias, licenças etc.), base de cálculo composta pelo salário base (respeitando-se o salário mensal constante das RAIS e, na falta, adotar-se-á o piso normativo da categoria), divisor 220, adicional conforme vigência das respectivas normas coletivas e direitos adquiridos. Por habituais, defiro os reflexos em DSR (domingos e feriados), férias + 1/3, 13ºs salários e FGTS e, em havendo contrato de trabalho rescindindo sem justa causa por iniciativa do empregador, também haverá reflexos no aviso prévio, quando for indenizado, e aplicação de 40% sobre os reflexos no FGTS.

Entendo que a majoração do valor do DSR, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, do 13º salário, do aviso prévio e do FGTS, por ausência de previsão legal e sob pena de caracterizar *bis in idem*. Inteligência da OJ 394 da SBDI-1 do TST.

Diante da falta de documentos por parte da ré (quanto aos contratos de trabalho dos substituídos), eventuais critérios adicionais serão definidos em liquidação de sentença – por cálculos e, se necessário, por artigos e/ou arbitramento - no caso de falta de documentos ou elementos nos autos que viabilizem a liquidação da sentença. Compensar-se-ão os valores pagos, mês a mês, a mesmo título devidamente comprovados em fase de conhecimento.

Obrigação de fazer de observar o intervalo interjornadas

O empregador deve observar a concessão do intervalo mínimo de onze horas consecutivas para descanso entre duas jornadas de trabalho, conforme artigo 66 da CLT. Assegura-se também aos trabalhadores buscarem em Juízo a reparação de eventuais ilícitos trabalhistas praticados pelo empregador.

Não há determinação legal, como no caso das férias, para que seja fixada obrigação de fazer. Assim, indefiro o pleito.

Cópias da RAIS

O sindicato-autor pleiteia a condenação da ré à entrega das cópias das RAIS dos anos de 2006 a 2010.

A ré juntou aos autos os referidos documentos, os quais se encontram no Anexo VI, no quarto volume de documentos da defesa.

Intimação do MPT

Entendo que a intervenção do Ministério Público do Trabalho não se faz necessária, pois o cerne da questão é o pedido de horas extras através de ação trabalhista e substituição processual promovida por sindicato de empregados, o qual poderá noticiar diretamente ao órgão ministerial, comunicando o que de direito, com cópia dos autos.

Assim, indefiro o pedido.

Multa normativa

Diante do descumprimento da cláusula 30ª da CCT de 2011/2013, condeno ao pagamento da multa normativa definida na cláusula 92ª da CCT de R\$ 39,24, por empregado.

Indefiro o pedido no tocante à cláusula 8ª, uma vez que se refere especificamente a atraso no pagamento de salários, o que não foi objeto do processo, e as penalidades impostas devem ser interpretadas restritivamente.

Indefiro, ainda, o pedido em relação à cláusula 85ª, pois a ré juntou aos autos as cópias das RAIS.

Multa por litigância de má-fé

Inaplicável a multa de litigância de má-fé, pois não se vislumbra quaisquer das hipóteses previstas no art. 17 do CPC. O autor se vale de seu direito constitucional de ação, viabilizando a formação do contraditório e da ampla defesa pela ré. O mero exercício de um direito não enseja a cominação imposta, sob pena de banalizar o instituto. Indefiro.

Honorários advocatícios

O autor é o sindicato da categoria profissional.

Portanto, condeno ao pagamento de honorários advocatícios em favor do sindicato-autor, no percentual de 15% sobre o valor da condenação.

Descontos previdenciários e fiscais

Na forma do art. 832, § 3º, da CLT, declaro a natureza salarial das parcelas horas extras e reflexos em DSR e em 13º salário, e determino a incidência de contribuição previdenciária.

Determino o recolhimento das contribuições previdenciárias, conforme os critérios fixados na Súmula 368 do TST, no Provimento nº 01/96 da CGJT, no art. 276, § 4º, do Decreto 3.048/99 e na Súmula 17 do TRT da 2ª Região.

Os descontos fiscais devem incidir sobre os valores devidos mês a mês, observadas as alíquotas e tabelas pertinentes de acordo com suas vigências, para que não reste violado o princípio tributário da progressividade dos proventos (CF, art. 153), e não incidirá sobre os juros de mora (OJ 400 da SBDI-1 do TST e Súmula 19 do TRT da 2ª Região).

O imposto de renda retido na fonte será calculado e descontado dos obreiros substituídos no momento em que seu crédito esteja-lhe disponível (fato gerador do imposto); e de acordo com a legislação vigente naquela ocasião.

Os obreiros substituídos deverão arcar com o pagamento das contribuições previdenciárias e do imposto de renda que recaia sobre sua quota-parte, pois a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não é capaz de eximi-los dessa responsabilidade (OJ 363 da SBDI-1 do TST).

Correção monetária

Correção monetária, na forma da Súmula 381 do TST e do art. 459, § 1º, da CLT, inclusive os valores relativos ao FGTS (OJ 302 da SBDI-1/TST).

Juros de mora

Sobre o montante devidamente corrigido incidirão juros de mora, a partir da data de ajuizamento da ação, na forma do artigo 883 da CLT e da Súmula 200 do TST, à razão de 1% ao mês, não capitalizados, *pro rata die*, consoante artigo 39, § 1º, da Lei 8.177/91.

Dedução

Autorizo a dedução dos valores já pagos a título idêntico aos deferidos, observada a época própria da parcela, a fim de evitar o enriquecimento ilícito, e desde que já comprovado nos autos.

A dedução das horas extras comprovadamente pagas daquelas reconhecidas em juízo deve ser integral e aferida pelo total das horas extraordinárias quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho e não apenas limitada ao mês de apuração. Inteligência da OJ 415 da SBDI-1 do TST.

III - DISPOSITIVO

ISTO POSTO, diante de toda a fundamentação, a qual faz parte integrante do dispositivo, nos autos da ação de cumprimento ajuizada por SINTHORESP – Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares de São Paulo e Região em face de TJKA Comércio de Alimentos Ltda., decido:

JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na petição inicial para condenar a reclamada nas seguintes obrigações:

- a) pagamento de férias acrescidas de um terço, aos obreiros constantes das RAIS, observados a duração de seus contratos de trabalho, os períodos aquisitivos completados e a dobra pela concessão extemporânea;
- b) determinar que a ré conceda as férias anualmente aos empregados constantes da RAIS, tempestivamente nos correspondentes períodos concessivos, a partir do trânsito em julgado da sentença, sob pena de pagamento de multa diária no caso de descumprimento, no valor de R\$ 10,00 em favor do empregado prejudicado, a título de astreintes, com fulcro no art. 461, § 4º, do CPC;
- c) pagamento, aos empregados especificados na RAIS, de 1 hora extra por dia em que houve labor acima de 6 horas diárias, em virtude da não concessão do intervalo intrajornada mínimo previsto no *caput* do art. 71 da CLT. Observar-se-ão a evolução salarial mensal, dias laborados (atentando-se para ausências, faltas, férias, licenças etc.), base de cálculo composta pelo salário base (respeitando-se o salário mensal constante das RAIS e, na falta, adotar-se-á o piso normativo da categoria), divisor 220, adicional conforme vigência das respectivas normas coletivas e direitos adquiridos. Por habituais, defiro os reflexos em DSR (domingos e feriados), férias + 1/3, 13ºs salários e FGTS e, em havendo contrato de trabalho rescindindo sem justa causa por iniciativa do empregador, também haverá reflexos no aviso prévio, quando for indenizado, e aplicação de 40% sobre os reflexos no FGTS;
- d) condeno ao pagamento integral das horas que foram subtraídas do intervalo interjornada de 11 horas. Observar-se-ão a evolução salarial mensal, dias laborados (atentando-se para ausências, faltas, férias, licenças etc.), base de cálculo composta pelo salário base (respeitando-se o salário mensal constante das RAIS e, na falta, adotar-se-á o piso normativo da categoria), divisor 220, adicional conforme vigência das respectivas normas coletivas e direitos adquiridos. Por habituais, defiro os reflexos em DSR (domingos e feriados), férias + 1/3, 13ºs salários e FGTS e, em havendo contrato de trabalho rescindindo sem justa causa por iniciativa do empregador, também haverá reflexos no aviso prévio, quando for indenizado, e aplicação de 40% sobre os reflexos no FGTS;
- e) descumprimento da cláusula 30ª da CCT de 2011/2013, condeno ao pagamento da multa normativa definida na cláusula 92ª da CCT de R\$ 39,24, por empregado;
- f) pagamento de honorários advocatícios em favor do sindicato-autor, no percentual de 15% sobre o valor da condenação.

Autorizo a dedução dos valores já pagos a título idêntico aos deferidos, observada a época própria da parcela, a fim de evitar o enriquecimento ilícito, e desde que já comprovado nos autos. Deve ser observada a disposição da OJ 415 da SBDI-1 do TST.

Correção monetária e juros de mora, na forma da fundamentação.

Em liquidação de sentença, deverá a ré comprovar nos autos os recolhimentos previdenciários e fiscais incidentes sobre as parcelas de natureza salarial acima deferidas, na forma da lei, sob pena de execução direta.

Custas pela ré no importe de R\$ 2.000,00, calculadas sobre o valor da condenação, arbitrado em R\$ 100.000,00 (art. 789 da CLT).

Dispensada a intimação da União, em face do teor da Portaria MF 582/2013.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

KATIUSSIA MARIA PAIVA MACHADO
Juíza do Trabalho Substituta