



12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0000031-31.2012.5.04.0012 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

Reclamante: **Deoclecio Kich Maciel**

Reclamado: **WMS Supermercados do Brasil Ltda.**

VISTOS, ETC.

Deoclecio Kich Maciel ajuíza ação trabalhista contra **WMS Supermercados do Brasil Ltda.** em 16-01-2012, postulando a condenação deste no pagamento de verbas elencadas na petição inicial. Informa ter prestado serviços à reclamada de 22-05-2000 a 10-10-2011. Requer o benefício da assistência judiciária gratuita. Atribui à causa o valor de R\$ 100.000,00.

A demandada contesta o feito, invocando a prescrição legal e sustentando a improcedência da ação. Busca, ainda, no caso de eventual condenação, autorização para proceder os descontos previdenciários e fiscais cabíveis, bem como a compensação.

Produz-se prova documental, pericial e oral, consistente no depoimento pessoal do reclamante e de uma testemunha convidada pelo mesmo. Encerrada a instrução, as partes arazoam remissivamente, resultando inexitosa a conciliação.

É o relatório.

ISTO POSTO:

1 DA PRESCRIÇÃO

Declara-se prescrita a pretensão a parcelas anteriores a 16-01-2007, nos termos do art. 7º, inciso XXIX, alínea "a", da Constituição Federal de 1988.

2 DAS HORAS EXTRAS. DOS INTERVALOS. DO ADICIONAL NOTURNO

Afirma o reclamante que laborava das 7h às 20h, de segunda a sábado; em média, três vezes por semana, até às 23h; em domingos alternados, das 7h às 16h ou das 15h às 23h; em um balanço por ano até às 5h; nas duas



12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0000031-31.2012.5.04.0012 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

semanas que antecediam os balanços, até às 23h; duas vezes ao mês, pelas visitas da direção da empresa, nos últimos doze meses do contrato de trabalho, até às 2h; sempre com intervalo máximo de 15min ou 20min. Postula o pagamento de todas as horas extras, intervalos não usufruídos e adicional noturno, com integrações.

A reclamada, em oposição, sustenta que o reclamante sempre ocupou cargo de confiança, não fazendo jus ao pagamento de horas extraordinárias, na forma do artigo 62, II, da CLT. Impugna a jornada descrita na petição inicial.

Inicialmente, quanto à alegação de que o reclamante possuía cargo de confiança, rejeito. Segundo se entende, não basta que o empregado receba gratificação para que seja considerado exercente de função de chefia e/ou confiança. Há que se aferir o efetivo exercício de poderes de mando e gestão. No caso dos autos, não restou devidamente comprovado que o reclamante exercesse função de mando no reclamado, razão pela qual afasto a tese de inclusão do reclamante na norma do artigo 62, II, da CLT. A prova oral produzida não corrobora a tese da defesa, quanto ao exercício de cargo de confiança, pois que o reclamante não possuía autonomia para admitir e demitir funcionários, sendo subordinado a outros empregados da reclamada.

Não se enquadrando o reclamante na hipótese do artigo 62, II, da CLT, entendo que o disposto na norma do artigo 74, parágrafo 2º, da CLT, não se constitui apenas uma obrigação administrativa. Tendo o empregador a obrigação de manter o controle de horário, deve, por consequência, exibi-lo em juízo. A não juntada dos documentos induz à veracidade dos fatos alegados pela parte autora. Não se pode admitir, sob o argumento do ângulo da defesa, que o empregador opte por produzir prova documental ou oral a respeito do horário de trabalho, pois que tem por dever processual juntar a documentação em seu poder, sob as penas da norma do artigo 359 do CPC. Não se trata de questão de conveniência do empregador, mas de obrigação contratual e legal, com consequência no mundo jurídico.

Acolho, assim, a tese da petição inicial para declarar que o reclamante laborava das 7h às 20h, de segunda a sábado; três vezes por semana, até às 23h; em domingos alternados, das 7h às 16h; em um balanço por ano até às 5h; nas duas semanas que antecediam os balanços, até às 23h; duas vezes



12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

000031-31.2012.5.04.0012 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

ao mês, quando o reclamante prestou serviços no Big Sertório, até às 2h; sempre com intervalo para repouso e alimentação de 20min diários.

Defiro, desta forma, o pagamento de horas extras, excedentes a 8h diárias e 44h semanais, 40min extras por dia pelos intervalos laborados e adicional noturno, observada a hora reduzida noturna, tudo com os adicionais legais, conforme jornada acima fixada, e integrações em férias acrescidas de 1/3, 13º salários, repouso semanais e feriados (exceto neles mesmos), aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

O divisor a ser utilizado é 220 e a base de cálculo das horas extras deverá observar a Súmula 264 do Colendo TST.

Não autorizo o abatimento, porque não há valores pagos a título de horas extras e adicional noturno durante a contratualidade.

3 DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 384 DA CLT

Afirma o reclamante que prorrogava sua jornada diariamente, sem usufruir dos intervalos de 15min previstos na norma do artigo 384 da CLT. Pretende o pagamento de 15min extras por dia.

O reclamado alega que o dispositivo indigitado foi revogado pela norma do artigo 5º, I, da Constituição Federal que estabeleceu igualdade de direitos e obrigações para homens e mulheres.

Em que pese a norma do artigo 5º, I, da Constituição Federal ter estabelecido igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, a intenção do legislador não foi revogar os direitos já conquistados pelas mulheres. Tanto é que a própria Constituição assegura às mulheres diferentes condições para aposentadoria (menos idade e tempo de contribuição) e licença-maternidade em tempo superior à licença-paternidade.

Nesse sentido, ainda, decidiu o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em 17-11-2008, por maioria de votos, que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre homens e mulheres contido no art. 5º da Constituição Federal (IIN-RR - 1540/2005-046-12-00.5).

Assim, indefiro o pedido, porque o direito não é assegurado aos homens.

4 DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE



12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0000031-31.2012.5.04.0012 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

Afirma o reclamante que durante todo o pacto manteve contato com agentes insalubres, sem que o respectivo adicional fosse pago, o que postula, com integrações.

A reclamada, por sua vez, nega a tese da petição inicial, alegando que o reclamante jamais exerceu atividades insalubres. Refere, ainda, que havia o uso de EPI's, im procedendo a pretensão.

O laudo das fls. 135-142 descreve as tarefas do reclamante e conclui que este laborava em contato com agentes insalubres em grau médio, pela exposição ao frio excessivo, diante do ingresso em câmaras frias, nos termos do Anexo 9 da NR – 15 da Portaria 3.214/78.

O reclamado impugna o laudo pericial, alegando que o perito baseou-se em informações unilaterais, apenas do reclamante, que o ingresso em câmaras frias ocorria eventualmente e que havia fornecimento de EPI's.

Afasto a tese da reclamada. Conforme esclarecido pelo perito à fl. 137 dos autos, os representantes do empregador durante a inspeção não souberam informar acerca das condições de trabalho do reclamante nas filiais da empresa, não sabendo, ainda, sobre o fornecimento de jaquetas. Portanto, não pode a reclamada invocar fato do qual deu causa ao descumprimento.

Rejeito, ainda, as demais impugnações, porque não há provas nos autos de que o ingresso nas câmaras fosse eventual e que houvesse o fornecimento de EPI's.

Assim, declaro que o reclamante manteve contato diário com agentes insalubres em grau médio durante todo o pacto e condeno a reclamada a pagar ao reclamante o adicional de insalubridade no grau médio, incidente sobre o salário básico, com reflexos em férias acrescidas de 1/3, 13º salários, horas extras, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

Reorro à analogia ao artigo 193 da CLT para determinar que o adicional de insalubridade, a partir de 05-10-1988, deva ser calculado sobre salário base contratual. Invoco, como razão de decidir as normas dos artigos 7º XXIII e 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal, observadas as disposições do artigo 4º da LICC e artigo 8º da CLT, além da decisão do C.STF, datada de 02-10-1998, que segue "in verbis":



12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0000031-31.2012.5.04.0012 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

"Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para afastar, a partir da promulgação da Carta de 1988, a vinculação ao salário mínimo (piso nacional de salário) estabelecida pelas instâncias ordinárias, devendo o processo retornar ao TRT, a fim de que decida qual critério legal substitutivo do adotado é aplicável: é o meu voto." (Revista de Jurisprudência Trabalhista nº 183, pg. 90).

5 DAS DIFERENÇAS SALARIAIS POR EQUIPARAÇÃO

Aduz o reclamante que exercia as mesmas funções que o paradigma Anderson Corniele, sendo que este auferia remuneração superior a do reclamante, afrontando a norma do artigo 461 da CLT. Pretende as diferenças salariais decorrentes de equiparação salarial e reflexos.

A reclamada sustenta que os requisitos do artigo 461 da CLT não restam preenchidos nesses autos, pois não havia identidade de funções entre o reclamante e o paradigma. Refere que ambos laboravam em setores distintos: o reclamante era do setor de mercearia e o paradigma, perecíveis.

A igualdade de tratamento dos homens perante a lei, princípio verticalizado na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso I, no Direito do Trabalho, assume a face do tratamento salarial isonômico aos que exercem as mesmas funções, consubstanciado nas normas dos artigos 7º, XXX, da Constituição Federal e 461 da CLT. O exercício de idêntica função, ao mesmo empregador, na mesma localidade e de igual valor, são os requisitos necessários ao deferimento da equiparação salarial. No entanto, há dois casos em que, presentes os requisitos, não será possível a equiparação salarial: a) quando verificada a diferença de tempo de serviço entre paradigma e equipando igual ou superior a dois anos; b) quando existe na empresa quadro de pessoal organizado em carreira, obedecidos os critérios de antigüidade e merecimento, bem como os constantes na Portaria 05/79 do Ministério do Trabalho, sendo que os quadros devem ter homologação deste órgão.

Em que depoimento pessoal, o reclamante afirma que "o depoente sempre foi chefe da seção de mercearia; [...] que o depoente era gerente do departamento alimentar; que na loja havia 3 departamentos; que no departamento alimentar havia 4 seções (mercearia, bebidas, produtos de



12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0000031-31.2012.5.04.0012 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

limpeza e produtos congelados e resfriados); que no setor de mercearia se comercializa todo o tipo de alimento que não é resfriado; que o paradigma era gerente do departamento de perecíveis” (fl. 158).

A reclamada não possui quadro de pessoal organizado em carreira. Sendo assim, a equiparação salarial justifica-se pela igualdade de função e pela atividade prestada na mesma localidade. A mera diferenciação de nomenclatura, por si só, não inviabiliza o direito à equiparação salarial, uma vez que demonstrado, como nos autos, que as funções e rotina de trabalho de reclamante e paradigma eram as mesmas. Nesse sentido, é o depoimento da testemunha convidada pelo reclamante, quando afirma “que a rotina de trabalho de perecíveis e mercearia é a mesma” (fl. 158 – verso).

Declaro, assim, que o reclamante exercia as mesmas atividades que o paradigma Anderson Corniele e defiro o pagamento de diferenças salariais decorrentes da equiparação, com integrações em horas extras, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

Indefiro os reflexos em repousos semanais, porque o salário mensal já remunera tais dias.

6 DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO

A Constituição Federal não é mera declaração de intenções, mas efetivamente lei, e lei maior. Especificamente quanto aos direitos sociais, há expressa determinação na norma do artigo 5º parágrafo primeiro, de que têm vigência imediata à promulgação da Carta.

A respeito do tema, importante o ensinamento de Luís Roberto Barroso *in* “O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas - Limites e Possibilidades de Constituição Brasileira”, Editora Renovar, 1990. Sobre a efetividade das normas ensina, “*verbis*”:

“Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Lastreando-se na lição de Ruy Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm



12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0000031-31.2012.5.04.0012 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos" (pág. 76).

Aprofundando a tese de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de força normativa e aptas a produzir efeitos concretos, independentemente de regulamentação ulterior, refere o que segue:

"Por certo a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser o Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo Juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil" (op.cit, pág. 139).

Quanto à proporcionalidade, a norma do artigo 8º da CLT autoriza a aplicação da analogia na falta de disposições legais ou contratuais. Com base no Precedente Normativo nº 13 do TRT da 4ª Região, defiro o pagamento de aviso prévio proporcional de três dias a cada ano trabalhado (observado o limite imposto na petição inicial).

7 DA VENDA DE DEZ DIAS DE FÉRIAS

Alega o demandante que, por expressa determinação do empregador, usufruía apenas vinte dias de férias, “vendendo” os outros dez dias. Requer o pagamento de todas as férias não usufruídas.

O reclamado contesta a pretensão, aduzindo que o reclamante usufruiu e receber todos os valores relativos às férias que fazia jus.

De fato, a norma do artigo 143 da CLT diz que *“É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes.”* A prova produzida nos autos demonstra cabalmente que o reclamado, durante o contrato de trabalho, não observou o dispositivo indigitado. Senão, vejamos. Não juntou aos autos documentos que comprovassem ter o reclamante solicitado a conversão de 1/3 das suas férias em abono pecuniário. Ademais, a única testemunha ouvida refere que não era permitida a fruição de trinta dias de férias (fl. 158 – verso).



12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0000031-31.2012.5.04.0012 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

Não tendo o empregador observado expressa disposição legal, defiro o pagamento da dobra legal sobre os dez dias das férias do reclamante não usufruídas no prazo legal, com o acréscimo de 1/3.

A condenação abrange apenas a dobra sobre dez dias das férias, pois que os dez dias não usufruídos foram pagos quando da ilegalidade cometida pelo empregador, fazendo jus o reclamante somente a dobra incidente sobre o período.

8 DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 477 DA CLT

A reclamada não comprova que adimpliu as verbas rescisórias no prazo legal. Os documentos das fls. 15-16 não esclarecem se os valores foram pagos em 14-10-2011 ou 03-11-2011, constando ambas as datas no termo de rescisão.

Assim, defiro o pagamento da multa prevista no artigo 477, parágrafo oitavo, da CLT, pelo atraso no adimplemento das rescisórias, em valor equivalente a maior remuneração do reclamante.

9 DO ARTIGO 467 DA CLT

Não preenchido o suporte fático da norma do artigo 467 da CLT, improcede o pedido.

10 DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

O reclamante se declara pobre, fl. 13, e requer a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, instituto ampliado após o advento da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 133, assegura a indispensabilidade do advogado na Administração da Justiça, conforme se entende. Defere-se o benefício nos termos das Leis 1060/50 e 5584/70.

11 DA COMPENSAÇÃO

As parcelas passíveis de compensação foram apreciadas quando de cada pedido da presente decisão.

12 DOS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS



12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0000031-31.2012.5.04.0012 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

Incabíveis os descontos previdenciários e fiscais. Os descontos previdenciários devem ser procedidos nos momentos próprios e adequados, ficando o empregador responsável pelo que deixou de arrecadar, nos termos do § 5º do artigo 33 da Lei 8212/91. Quanto aos fiscais, invoca-se a norma do artigo 46 da Lei 8541/92, que manteve a redação do artigo 27 da Lei 8218/91, que determina a responsabilidade pela retenção exclusivamente pela parte pagadora no curso da contratualidade. Assim não o fazendo, passa a ser do empregador a obrigação no pagamento da contribuição fiscal da parte do empregado.

13 DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 475-J DO CPC

Lançada a conta, intime-se a reclamada, na pessoa de seu procurador, para pagamento em quinze dias, sob pena de penhora e aplicação da multa prevista no artigo 475-J do CPC, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 13 da Seção Especializada em Execução do TRT – 4ª Região.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** a ação movida por **Deoclecio Kich Maciel** contra **WMS Supermercados do Brasil Ltda.**, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante, com juros e correção monetária, como for apurado em liquidação de sentença, observada a prescrição, o que segue:

- a) horas extras, excedentes a 8h diárias e 44h semanais, 40min extras por dia pelos intervalos laborados e adicional noturno, observada a hora reduzida noturna, tudo com os adicionais legais, conforme jornada acima fixada, e integrações em férias acrescidas de 1/3, 13º salários, repousos semanais e feriados (exceto neles mesmos), aviso prévio e FGTS com multa de 40%;
- b) adicional de insalubridade no grau médio, incidente sobre o salário básico, com reflexos em férias



12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0000031-31.2012.5.04.0012 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

- acrescidas de 1/3, 13º salários, horas extras, aviso prévio e FGTS com multa de 40%;
- c) aviso prévio proporcional de três dias a cada ano trabalhado;
 - d) dobra legal sobre os dez dias das férias do reclamante não usufruídas no prazo legal, com o acréscimo de 1/3;
 - e) multa prevista no artigo 477, parágrafo oitavo, da CLT, pelo atraso no adimplemento das rescisórias, em valor equivalente a maior remuneração do reclamante;
 - f) diferenças salariais decorrentes da equiparação, com integrações em horas extras, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

Custas de R\$ 500,00, calculadas sobre o valor de R\$ 25.000,00, pela reclamada, que arcará, ainda, com honorários de assistência judiciária, em valor equivalente a 15% sobre o total da condenação ao final apurado, e honorários periciais, ora arbitrados em R\$ 1.500,00, atualizáveis até a data do efetivo pagamento. Expirado o prazo para a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais sem resposta, notifiquem-se os órgãos arrecadadores, dando ciência dos termos da condenação. **Lançada a conta, intime-se a reclamada, na pessoa de seu procurador, para pagamento em quinze dias, sob pena de penhora e aplicação da multa prevista no artigo 475-J do CPC, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 13 da Seção Especializada em Execução do TRT – 4ª Região.** Partes cientes. **Intimem-se a União e o perito, quanto aos honorários. CUMPRA-SE** após o trânsito em julgado. **NADA MAIS.** Em 06-07-2012, às 17h.

Marcos Fagundes Salomão
Juiz do Trabalho