

PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 18ª REGIÃO
9ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA

Rua T 29, 1403, Setor Bueno, GOIANIA - GO - CEP: 74215-901 - Telefone:

PROCESSO Nº 0010494-17.2013.5.18.0009

RECLAMANTE(S): X

RECLAMADO(S): CLS RESTAURANTES BRASILIA LTDA

SENTENÇA

Vistos, etc.

I – RELATÓRIO

Trata-se de reclamação trabalhista proposta por X em face de CLS RESTAURANTES BRASILIA LTDA, qualificados na inicial, na qual após narrativa fática e jurídica formula pedidos de: horas extras e intervalares e reflexos, danos morais, dentre outros requerimentos. Deu à causa o valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), juntando procuração, declaração de pobreza e documentos.

Contestação pela reclamada, arguindo a prescrição quinquenal, impugnando os fatos e rebatendo o mérito, conforme fls.69/160.

Impugnação à contestação às fls.161/166.

Nova contestação às fls. 169/243.

Instrução realizada no dia 21.01.2014, colhido depoimento pessoal das partes, foram ouvidas duas testemunhas, sendo uma levada por parte, não apresentadas outras testemunhas.

Sem outras provas, encerrou-se a instrução processual, com razões finais remissivas e conciliação final frustrada.

É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

.DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

A reclamada requer que “a prescrição seja declarada considerando-se a data do ajuizamento da presente ação, extinguindo a ação, com julgamento de mérito relativamente aos pedidos anteriores a 12.05.2008”.

Todavia, a reclamante faz menção – desde a sua inicial – ao ajuizamento de outra reclamatória com idênticos pedidos, aspecto não impugnado pela reclamada, atuada sob o nº 0000942-90.2011.5.18.0011.

Assim, com amparo no entendimento do TST firmado na Súmula nº 268, expressa no sentido de que a ação trabalhista, mesmo que arquivada, interrompe a prescrição em relação a pedidos idênticos, tenho por afastar nestes autos a alegada prescrição quinquenal, porquanto a interrupção ocorrida em 12.05.2011 faz com que os 05 (cinco) anos retroajam a 12.05.2006.

Portanto, o contrato de trabalho iniciado em janeiro de 2008 encontra-se, de fato, em período imprescrito.

Nesses termos, rejeito a prejudicial de prescrição quinquenal.

.DA JORNADA DE TRABALHO E DAS HORAS EXTRAS

Afirma a reclamante que laborou em horas extras não pagas, sendo compelida a registrar o fim de seu labor às 00h, por meio do ponto eletrônico, e prosseguir normalmente no serviço, terminando sua jornada em média às 02h ou 02h:30min. Alega que aos sábados e domingos iniciava sua jornada às 12h, e nos dias de semana às 18h.

A reclamada contesta acentuando que a reclamante fora contratada na condição de horista, nunca excedendo à 44ª hora semanal, com o gozo de duas folgas semanais.

Analiso.

A reclamada promoveu, como visto, a juntada dos cartões de ponto às fls. 238/244, consoante obrigação que lhe é imposta pelo §2º do art. 74 da CLT e Súmula nº 338 do TST.

Atento ao item III da Súmula nº 338 do TST, verifico que tais cartões de ponto não apresentam horários uniformes, de modo a permanecer com a reclamante o ônus da prova da jornada declinada na inicial.

Destaco que a reclamante confessa em seu depoimento pessoal que trabalhava das 18h às 24h, desconstituindo a alegação inicial de que nos finais de semana iniciava sua jornada às 12h, em que pese alguns registros de ponto constarem efetivamente a entrada por volta desse horário, tudo a princípio devidamente computado.

De outro lado, a preposta da reclamada confessa em seu depoimento pessoal que a cozinha e a entrada de clientes se encerram às 24h, mas que o restaurante continua aberto aos clientes que já estiverem dentro da loja. Confessou, ainda, que se houverem clientes na área do atendente mesmo após o fechamento da cozinha e da entrada, o trabalhador se vê obrigado a estender sua jornada até o fechamento da conta do último cliente.

A prova testemunhal, por sua vez, confirma o labor em horário extraordinário.

A testemunha trazida pela reclamante, Sr. Y, afirmou que o espelho de ponto não merece credibilidade, pois eram obrigados a registrar o ponto da saída e prosseguir normalmente no trabalho, veja-se:

[...] que o ponto da saída daqueles que trabalhavam à noite era registrado quando a cozinha fechava, às 24h nos dias de semana e às vezes à 01h da manhã nos finais de semana; que apesar de registrado ponto de saída todos os funcionários continuavam no estabelecimento para limpeza, recolhimento de pratos e talheres e dos equipamentos mais caros; que também após a batida do ponto era feito o balanço das vendas do dia de cada atendente [...].

Afirmou, ainda, que a jornada somente se encerrava em torno de 02h30min da madrugada.

Por sua vez, a testemunha indicada pela reclamada, Sr. Z, confirma o horário médio de encerramento efetivo da jornada, quando afirmou que após as 02h da madrugada ainda era necessário fechar o caixa, o que demorava cerca de 30 minutos, veja-se:

[...] que a entrada ao público na reclamada é fechada às 24h de segunda a quinta e à 1h da manhã de sexta a domingo, desde a abertura até meados de 2009, pelo menos; que eventual fila de espera no fechamento da entrada ainda é atendida; que o bar não é fechado enquanto houver clientes na mesa se alimentando; que atualmente a jornada é encerrada por volta de 2h da manhã até a saída do último cliente, mas naquela época ia até mais tarde; que após a saída do último cliente ainda era necessário fechar o caixa; que o fechamento do caixa dura em média 30 minutos [...].

A testemunha indicada pela reclamada, todavia, afirmou que registrava o ponto de saída assim que fechava o caixa, ou seja, quanto a credibilidade dos cartões de ponto, trata-se de típica hipótese de prova empatada, a atrair o pronunciamento judicial em desfavor de quem detinha o ônus da prova (art. 818 da CLT).

Mais uma vez acentuando que os cartões de ponto juntados às fls.230/244 apresentam horários dos mais variados, concluo que a prova dos autos não infirma a validade dos registros neles espelhados.

A significativa variação dos registros de ponto, inclusive com saídas em horários posteriores às 02h:30min da madrugada, não me permite concluir pela existência de horas extras não computadas pela reclamada.

Assim, julgo improcedente o pedido de horas extras, prejudicados os reflexos delas decorrentes.

.DO INTERVALO INTRAJORNADA

Postula a reclamante o pagamento de intervalo intrajornada, ao argumento de que não gozava o intervalo para repouso e alimentação durante sua jornada.

A prova testemunhal, inclusive o depoimento da testemunha levada pela própria reclamante, Sr. Y, confirmam o regular gozo do intervalo intrajornada, ao afirmar "que sempre teve intervalo intrajornada de 15 minutos".

Indevido, portanto, o pagamento de horas intervalares, pelo que julgo improcedente o pedido, prejudicados os reflexos delas decorrentes.

.DO DESCONTO DA TIP SHARE

A prova testemunhal evidenciou que os atendentes (garçons) do restaurante reclamado não consentiram expressamente acerca do desconto de 3% (três por cento) a título de "tip share", pois desde a abertura do restaurante em 2008 se procedeu dessa maneira, por sugestão da reclamada.

Neste particular, observo que a outra testemunha, trazida pela reclamada, Sr. Z, confirma que houve a sugestão por parte da reclamada, em conformidade com o que acontece em outras lojas da reclamada, vale dizer, traduzindo, segundo procedimento padrão estabelecido pela franquia.

Ora, naquele momento de contratação da primeira equipe para abertura de um novo restaurante, o que a testemunha diz que seria uma sugestão, na verdade deve ser entendido como verdadeira imposição em termos operacionais do restaurante.

Não houve a alegada reunião somente entre empregados da reclamada, sem a presença do empregador, para estabelecer o rateio.

Também não retira a ilicitude do repasse a afirmativa da testemunha levada pela reclamada, Sr. Z, no sentido de que o atendente poderia deixar de repassar os 3%, eis que não se pode negar que há um constrangimento implícito dentro da equipe que o obriga a fazer o repasse, pena de discriminação e possível – senão provável – desentendimento com os demais empregados da reclamada.

Não se trata, portanto, de justificar a razoabilidade do desconto, o fato é que a gorjeta é parcela salarial típica daquele empregado que lida diretamente com o cliente (art. 457 da CLT), e deste recebe uma recompensa pelo bom atendimento, essa é a gênese do instituto.

Por sua vez, aplica-se à espécie o art. 9º da CLT, sendo nula de pleno direito a prática de repasse de 3% aos demais empregados da reclamada, especialmente porque independe do efetivo recebimento dos 10% a título de gorjeta pelo atendente, conforme confirma a testemunha trazida pela reclamante, Sr. Y.

Ademais, não há nenhuma prova nos autos que ateste a anuência por parte da reclamante em torno do referido repasse, ainda inexistindo previsão legal ou

mesmo normativa que o autorize, tratando-se de direito irrenunciável por parte do empregado.

Por fim, a reclamada não impugnou especificadamente o valor médio de repasses mensais de gorjetas efetuados pela reclamante de R\$200,00 (duzentos reais), e nem trouxe aos autos prova para confrontar esse valor, aplicando-se com segurança à hipótese o princípio da aptidão para a prova, razão pela qual os tenho como verdadeiros (artigos 302 e 333, II do CPC) e, portanto, como efetivamente devidos.

Ademais, a prova testemunhal confirma que eram emitidos relatórios individuais por atendente para o fechamento de contas, de modo que a reclamada possuía a toda evidência meios para refutar o valor declinado na inicial (evidente aptidão para a prova). Se não o fez, deve arcar com o ônus de sua inação.

Assim, entendo estar sim presente o vício de vontade que macula o repasse de parte das gorjetas percebidas ou não pela reclamante, razão pela qual julgo procedente o pedido para determinar à reclamada que indenize à reclamante os valores descontados e repassados a título de "tip share", no valor médio mensal de R\$200,00 (duzentos reais), por todo o período contratual.

Diante da natureza salarial da parcela, defiro a produção de reflexos em férias acrescidas do terço constitucional, 13º salário e FGTS e multa de 40%. Seguindo a orientação da Súmula n 354 do TST, não deve a parcela ora reconhecida produzir reflexos em aviso prévio, adicional noturno, horas extras ou repouso semanal remunerado.

.DOS DANOS MORAIS

Versa também a presente demanda sobre pedido de indenização por danos morais, decorrentes do alegado assédio moral sofrido pela reclamante.

A indenização por dano moral é assegurada pelo art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, embasados na dignidade da pessoa humana, destacado fundamento da República, conforme norma contida no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988.

A prova testemunhal indica que, de fato, a reclamante foi vítima de apelidos depreciativos, conforme explicitou a testemunha Sr. Y, mesmo tendo solicitado aos colegas e principalmente ao gerente que parassem de chamá-la por apelidos. Veja-se o que disse a testemunha indicada:

[...] que a reclamante tinha os seguintes apelidos: Magrela, Vassourinha do Harry Potter, Desnutrida; que várias pessoas chamavam a reclamante desses apelidos, mas a pessoa que mais insistia era o gerente Anderson; que a reclamante chegou a pedir ao próprio Anderson e alguns colegas que parassem de chamá-la com esses apelidos, pois se sentia humilhada [...].

Ora, não há quem sinta indiferença a apelidos pejorativos proferidos em tom de deboche, sendo de absoluta responsabilidade da reclamada zelar pelo meio

ambiente de trabalho saudável, incluindo o bom relacionamento entre seus empregados.

Neste caso em particular, os apelidos eram proferidos pelo próprio gerente da reclamada, de modo que restou à reclamante apenas suplicar ao próprio agressor que cessasse com os apelidos que a estavam chateando. Portanto, cai por terra a tese da reclamada explorada apenas na prova testemunhal de que havia orientação superior de que os funcionários se tratassem pelo nome, indagação esta que sequer foi formulada à testemunha levada pela reclamante.

Trata-se, como visto, de ofensa a direitos personalíssimos da reclamante, que se viu impotente diante da relação de hierarquia existente com seu principal agressor.

Em casos como o analisado nestes autos, este TRT18 tem reiterada jurisprudência confirmando a condenação em danos morais, vejam-se exemplificativamente os seguintes julgados:

DANO MORAL TRABALHISTA. PROVADO O TRATAMENTO VEXATÓRIO IMPINGIDO À EMPREGADA, É DEVIDA A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Para a configuração do dano moral trabalhista é necessário que haja violação aos chamados direitos de personalidade do indivíduo enquanto trabalhador. Restando demonstrado que a Reclamada dispensou tratamento vexatório à obreira, consistente na utilização de palavras ofensivas e desrespeitosas, é devida a indenização por danos morais. (TRT18, RO0001143-51.2012.5.18.0010, Rel. ELVECIO MOURA DOS SANTOS, 3ª TURMA, 16/09/2013)

DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. A indenização por dano moral, advindo do contrato de trabalho, deve ser fundamentada em ato ou fato do empregador que exponha o empregado a uma situação que lhe cause evidente constrangimento, sofrimento, humilhação, dor, etc. Provada tal situação, é devida a indenização pelos danos morais. (TRT18, RO0000503-19.2012.5.18.0052, Rel. DANIEL VIANA JÚNIOR, 2ª TURMA, 24/01/2013)

Provado o ato ilícito, a grave culpa por parte da reclamada em não evitar a persistência das ofensas, bem como o nexo de causalidade, e considerando que o dano moral em casos como este se configura in re ipsa, exsurge o dever de indenizar nos termos da constituição e da legislação infraconstitucional.

Pelo exposto, considerando o grau de culpa elevado da reclamada, a reprovabilidade do ato, a significativa gravidade dos fatos, a condição econômica da reclamada, a condição pessoal da reclamante e o caráter preventivo e admonitório da medida, julgo procedente o pedido para condenar a reclamada a uma indenização por danos morais em favor da reclamante no valor de R\$18.000,00 (dezoito mil reais).

.DA MULTA DO ART. 467 DA CLT

Controvertidas as parcelas em audiência, indevida a multa do art. 467 da CLT. Indefiro.

.DA MULTA DO ART. 477, §8º DA CLT

Considerado o desligamento em 12.05.2009 e o pagamento das verbas rescisórias até então evidadas no dia 21.05.2009 (fls. 204), respeitado o prazo da alínea "b" do §6º do art. 477 da CLT, indefiro a multa do §8º do art. 477 da CLT.

Saliento que, com amparo na Súmula nº 20 deste TRT18, é irrelevante o fato de que a assinatura do TRCT e respectiva homologação tenha se dado apenas em 24.06.2009, sendo determinante para o afastamento da multa o efetivo pagamento das verbas rescisórias dentro do prazo (comprovante às fls. 204).

.DA JUSTIÇA GRATUITA

Diante da declaração de pobreza juntada às fls. 21 e do requerimento expresso constante da inicial, não havendo provas em contrário por parte da reclamada capazes de afastar a presunção legal (art. 1º da Lei nº 7.115/83), defiro à parte reclamante os benefícios da justiça gratuita, à luz do art. 4º da Lei nº 1.060/50 e também em conformidade com a OJ nº 331 da SDI-1 do TST.

.DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA RECLAMANTE

De fato, é válido o entendimento da reclamante no sentido de que estaria preclusa a juntada de nova defesa acompanhada de documentos, preclusão esta consumativa, eis que já praticado o ato em momento anterior.

Relembro que, de fato, segundo a legislação em vigor, é responsabilidade da própria parte assegurar-se que os documentos digitalizados enviados ao protocolo estejam legíveis, pena de serem desconsiderados.

Todavia, em respeito à boa-fé processual e aos princípios da confiança e da segurança jurídica, considerando a publicação e nova intimação do despacho em 12.07.2013, deixo de determinar o desentranhamento da nova contestação juntada.

Assim, evidente a absoluta ausência de má-fé por parte da reclamante ao postular o que entende de direito, de maneira fundamentada. Indefiro.

.DA NÃO APLICAÇÃO ART. 475-J

Conforme entendimento sumulado deste TRT18 (Súmula nº 13), por força do art. 769 da CLT, não se aplica ao processo do trabalho o disposto no art. 475-J do CPC, pois a execução trabalhista dispõe de previsão expressa na CLT.

.DA COMPENSAÇÃO/DEDUÇÃO

A 1ª reclamada não aponta ou traz prova de qualquer crédito em desfavor da reclamante, razão pela qual não há o que ser compensado. Indefiro. No entanto, para evitar o enriquecimento sem causa, defiro a dedução de verbas deferidas nesta sentença e já eventual e comprovadamente adimplidas.

.DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Verifico que não estão presentes os requisitos da Lei nº 5.584/70, na forma dos enunciados sumulares nº 219 e 329 do TST. Indefiro.

.PARÂMETROS DE LIQUIDAÇÃO DA AÇÃO

Liquidação por simples cálculos.

Para fins do §3º do art. 832 da CLT, têm natureza salarial apenas as parcelas referentes às diferenças de gorjetas; os reflexos das gorjetas no FGTS e a indenização por danos morais têm natureza indenizatória.

Determino e autorizo os descontos fiscais (quotas patronal e obreira), na forma da IN da Receita Federal do Brasil nº 1.127/11, observando-se no que couber a Súmula nº 368 e OJ nº 363 da SDI-1, ambas do TST.

Determino e autorizo os descontos previdenciários (quotas patronal e obreira), na forma do art. 28 da Lei nº 8.212/91, observando-se no que couber a Súmula 368 e OJ 363 da SDI-1, ambas do TST.

Quanto aos danos morais, observem-se os juros e a correção monetária nos estritos termos da Súmula nº 439 do TST, computados a partir desta decisão ou ulterior acórdão regional ou superior que altere os valores.

Quanto às demais parcelas objeto desta condenação, juros de 1% ao mês a partir da data do ajuizamento da reclamação inicial (art. 883 da CLT) e correção monetária na forma da Lei nº 8.177/90.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados por X em face de CLS RESTAURANTES BRASILIA LTDA, para condená-la às obrigações de pagar e de fazer constantes do corpo desta sentença, nos termos e limites da fundamentação, que passa a integrar o presente dispositivo para todos os fins, como se nele estivesse transcrita.

Defiro à parte reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Observem-se os parâmetros de liquidação especificados na fundamentação (natureza das parcelas, modo de liquidação, juros de mora, correção monetária, contribuições fiscais e previdenciárias).

Nos termos do art. 81 do Provimento Geral Consolidado deste Regional, ficam cientes as partes acerca da importância do cumprimento das obrigações previdenciárias, da necessidade de fornecimento de informações à Previdência Social relativas aos recolhimentos efetuados, bem como da possibilidade de parcelamento de débito junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O(A) reclamado (a) deverá comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, incidentes sobre as verbas de natureza salarial.

A comprovação deverá ser feita em conformidade com o disposto no art. 177 do Provimento Geral Consolidado, mediante juntada dos autos de guia GPS e do protocolo de envio da GFIP, salvo quanto a este último, se for dispensado nos termos da regulamentação específica.

As guias GFIP e GPS deverão ser preenchidas pelo(a) reclamado(a), a primeira com o código 650, e a segunda com os códigos 2801 ou 2909, conforme o recolhimento seja identificado, respectivamente, pelo número da matrícula no CEI ou pelo CNPJ do (a) empregador(a).

O descumprimento das obrigações supra, além de ensejar a execução do débito previdenciário e fiscal, sujeitará o infrator a pena de multa e demais sanções administrativas, nos termos dos artigos 32, § 10, e 32-A, da Lei 8.212/91, bem como do artigo 284, I, do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, com expedição do ofício à Secretaria da Receita Federal do Brasil determinado pelo §3º do art. 177 do PGC deste Regional.

Custas pela reclamada no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), correspondente a 2% sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Registre-se. Publique-se. Intimem-se as partes.

Transitada em julgado, CUMPRA-SE.

Nada mais.

Goiânia, data da assinatura eletrônica.

WASHINGTON TIMOTEO TEIXEIRA NETO

Juiz do Trabalho