



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
3ª TURMA**

PROCESSO TRT - RO - 0010494-17.2013.5.18.0009

RELATOR : JUIZ ISRAEL BRASIL ADOURIAN

RECORRENTE : 1. MIRIAM CAETANO JACINTO DA SILVA

ADVOGADO : OTO LIMA NETO

RECORRENTE : 2. CLS RESTAURANTES BRASILIA LTDA

ADVOGADO : CRHISTIANA MEIRA MONTEIRO

RECORRIDO : OS MESMOS

ORIGEM : 9ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA-GO

JUIZ : WASHINGTON TIMOTEO TEIXEIRA NETO

EMENTA

ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO. EXISTÊNCIA DE PROVA DO FATO ALEGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. O assédio moral caracteriza-se pela prática de variados artifícios levados a efeito no ambiente de trabalho pelo assediador, superior hierárquico ou não do assediado, que, de forma deliberada e sistemática, repetitiva e/ou continuada, comete violência psicológica contra a vítima, com o objetivo de ir minando a sua autoestima, dignidade e reputação, até destruir, por completo, a capacidade de resistência dessa pessoa. Existindo provas nos autos acerca de atos abusivos contra o patrimônio moral da obreira, é devido o pagamento da indenização pleiteada.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Ordinários interpostos pela Reclamada (Petições (outras), 02/06/2014, 16:32) e pela Reclamante 02/06/2014, 19:28, contra a r. sentença, acostada em 22/01/2014, integrada pela decisão de embargos juntada em 08/05/2014, proferidas pelo MM. Juiz Washington Timóteo Teixeira Neto, da 9ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

Regularmente intimadas as partes, a Reclamada e a Reclamante apresentaram contrarrazões.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, conforme disposição regimental.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço de ambos os recursos, bem como das respectivas contrarrazões.

MÉRITO

MATÉRIA COMUM AOS RECURSOS

DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL

A Reclamada insurge-se contra a r. sentença na parte em que foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 18.000,00, alegando que não houve por parte da empresa qualquer tipo de ato ilícito a ser indenizado.

Sustenta que *"As narrativas obreiras nunca existiram dentro do ambiente de trabalho da reclamada, tampouco a reclamante foi tratada com desrespeito por qualquer de seus prepostos ou colegas de trabalho,"* não restando provado nem mesmo os danos decorrentes da suposta exposição.

Pugna pela exclusão da condenação e, atenta ao princípio da eventualidade, pede seja o valor da indenização por danos morais reduzida.

A Reclamante, por sua vez, insurge-se contra a r. sentença, alegando que levando em consideração o poderio econômico da Reclamada, sobretudo o caráter punitivo e pedagógico da medida, o valor da indenização mereceria majoração.

Sem razão, a Reclamada.

Sem razão, a Reclamante.

Na inicial, a Reclamante alegou que durante todo o período de labor, foi motivo de piadas, humilhações, constrangimentos, simplesmente por ser magra.

Narrou que *"tais atos iniciaram-se por meio do seu primeiro Supervisor Senhor Anderson, que ironicamente a apelidou inicialmente de 'vassourinha de Harry Potter' apelido proferido diariamente na frente dos demais colegas de trabalho e das outras pessoas que ali estivessem, que o segundo Supervisor, chamado Senhor Ney, além de dar continuidade ao "bullying", continuou incitando seus subordinados a sorrirem incrementando mais ainda os deboches, com as seguintes expressões: 'NÃO SABEMOS QUANDO A MIRIAM ESTÁ DE FRENTE, DE LADO OU DE COSTAS; CUIDADO NÃO ENCOSTEM NA MIRIAM, POIS ELA PODE QUEBRAR; DESNUTRIDA; OLÍVIA PALITO; SACO DE OSSO, quando alguém aparecia com algum rodo ou vassoura, dizia SEGUREM A MIRIAM'"*.

Relatou que "sempre possuiu pouca gordura corporal, de modo que desde sua infância foi magra, trazendo consigo lembranças de chacotas, avacalhções, ou seja, o conhecido "bullying", cujo o seu sinônimo é *"todas as formas de agressões verbais ou físicas, intencionais e repetitivas, exercidas sobre os mais fracos, com o objetivo de ameaçar, tyrarizar, oprimir, intimidar, humilhar e maltratar."*

Postulou indenização por danos morais, decorrentes do assédio moral sofrido, no valor de R\$ 50.000,00.

Pois bem;

A indenização por dano moral, advinda 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., o que significa dizer que referido dano somente se configura quando for demonstrada efetiva violação ao patrimônio moral do empregado.

O assédio moral caracteriza-se pela degradação deliberada das condições de trabalho em que prevalecem atitudes e condutas negativas dos empregadores ou seus prepostos em relação a seus subordinados, ou mesmo entre colegas de trabalho, que acarreta prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador, vítima do mencionado assédio moral.

Acerca do referido tema, é oportuno destacar trecho de artigo publicado na

Revista "Síntese Trabalhista", no qual foi destacado o seguinte, *verbis*:

" (...) o pioneiro no assunto, o sueco HEINZ LEYMANN, conceitua o assédio moral como 'a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição, por longo tempo, de um comportamento hostil de um superior ou colega(s) contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura'. Destarte, assediar é submeter alguém sem trégua a ataques repetidos. O assédio moral, requer, portanto, a insistência, repetições, procedimentos, omissões, atos, palavras, comentários, críticas, piadas." (Cláudio Armando Couce de Menezes, Julho/2003, págs. 140/142)."

Neste sentido, para que o assédio moral seja configurado, devem ser preenchidos os seguintes requisitos: repetição sistemática; intencionalidade; direcionalidade; temporalidade (durante longo período do pacto laboral) e degradação deliberada das condições de trabalho.

No presente caso, o ônus da prova quanto ao alegado assédio moral é da Reclamante, por ser fato constitutivo do direito postulado (artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC), do qual se desincumbiu a contento.

A prova testemunhal corrobora as alegações inicial e revela que a Reclamante, de fato, foi vítima de apelidos vexatórios, conforme explicitou a testemunha Sr. IGOR AUGUSTO DE MELLO PAIVA, mesmo tendo solicitado aos colegas e principalmente ao gerente que parassem de chamá-la por apelidos.

Confira o teor das declarações da referida testemunha, *verbis*:

"(...) 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."

Com efeito, conforme bem explicitado na r. sentença atacada, *verbis*:

"(...) 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 na prova apenas 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."

Portanto, correto o MM. Juiz de origem que reputou provada a prática de

assédio moral e condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, decorrente de assédio moral.

No tocante ao valor da indenização por danos morais, a lei não fixou parâmetros ou limites para sua apuração, deixando ao prudente arbítrio do juiz a sua fixação, dadas as peculiaridades de cada caso.

O valor a ser arbitrado na indenização por danos morais deve observar os seguintes parâmetros: a) gravidade e extensão da lesão; b) a reprovabilidade do ato lesivo; c) o caráter pedagógico da condenação, que sirva de desestímulo à reincidência do agente causador do dano.

Basicamente, a indenização visa a compensação da dor e o constrangimento ou sofrimento da vítima, bem como a punição do infrator, de forma a inibir sua conduta e evitar mais ocorrência da mesma espécie no futuro.

No caso, entendo razoável o valor da indenização por assédio moral fixado na origem em R\$ 18.000,00, quantia essa correspondente, aproximadamente, 11 vezes a remuneração da obreira e consentânea com os valores que vem sendo trilhados por esta Turma julgadora em casos semelhantes.

Assim, nego provimento aos recursos de ambas as partes.

RECURSO DA RECLAMADA

DAS GORJETAS. DEVOLUÇÃO DOS DESCONTOS DA TIP SHARE

O MM. Juiz *a quo* julgou o pedido procedente inicial 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.

A Reclamada insurge-se contra a r. sentença, alegando que *"as testemunhas ouvidas reconhecem que as gorjetas eram fornecidas espontaneamente pelos clientes DIRETAMENTE AO ATENDENTE, que retinham o percentual de 7% e repassavam 3% para divisão entre os empregados que não atuavam diretamente no atendimento aos clientes, tais como os empregados que atuavam na cozinha e recepção, por livre e espontânea vontade dos empregados."*

No caso de manutenção da condenação, requer a redução do valor deferido, alegando que a autora não acostou aos autos qualquer prova hábil a demonstrar a suposta retenção do valor médio de R\$ 200,00 a título de gorjeta mensalmente, sendo certo que o ônus da prova lhe incumbia, a teor do disposto nos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Sem razão.

A meu ver, o MM. Juiz de origem analisou acertadamente a presente matéria, razão pela qual, com a devida vênia, mantenho a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, *verbis*:

"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. JACKSON ARANTES DA SILVA, 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. JACKSON, 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. IGOR AUGUSTO DE MELLO PAIVA.

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 o pedido procedente 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."

Assim, mantendo-se incólume a r. sentença, nego provimento ao recurso.

DA PENA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

A Reclamada pugna pela reforma da r. sentença que indeferiu seu pedido de condenação da Reclamante na multa por litigância de má-fé. Reitera que a autora, em sua manifestação, alegou que a Ré, imbuído de má-fé, teria acostado aos autos nova peça de contestação, aduzindo não poder a referida peça ser conhecida, por preclusão consumativa.

Sem razão.

Não vislumbro na conduta processual da Reclamante a hipótese de litigância de má-fé prevista nos arts. 17 e 18 do CPC.

Conforme bem fundamentado na r. sentença recorrida, *"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, restando evidente a absoluta ausência de má-fé por parte da reclamante ao postular o que entende de direito, de maneira fundamentada."*

Nego provimento.

RECURSO DA RECLAMANTE

DAS HORAS EXTRAS

O MM. Juiz de origem, considerando que a prova produzida nesses autos não foi capaz de infirmar a veracidade da jornada registrada nos cartões de ponto, os quais demonstram horários de entrada e saída variáveis, julgou improcedente o pedido de horas extras e reflexos pertinentes.

A Reclamante pugna pela reforma da r. sentença, alegando, em síntese, que *"extraí-se dos depoimentos trazidos, inclusive, daqueles produzidos pela própria Reclamada, a nítida existência de labor extraordinário, já que os garçons atendiam os seus clientes após o fechamento da cozinha, bem ainda efetivavam o fechamento do caixa."*

Sem razão.

Aqui também, o MM. Juiz *a quo* analisou corretamente a matéria. Assim, em homenagem aos princípios da economia e celeridade processuais, reporto-me aos fundamentos lançados na r. sentença, adotando-os, com a devida vênia, como razões de decidir, *verbis*:

"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.

Analisando.

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. IGOR AUGUSTO DE MELLO PAIVA, 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. JACKSON ARANTES DA SILVA, 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."

Como se vê, a prova produzida não foi capaz de elidir a veracidade das anotações dos cartões de ponto da Reclamada, os quais, registram horários de entrada e saída variáveis, inclusive com término da jornada em horários posteriores às 2h30 da madrugada, conforme bem destacado na r. sentença recorrida.

Vale registrar que nos respectivos contracheques consta o pagamento de

horas extras, não tendo a Autora demonstrado, ao menos por amostragem, haver diferença a seu favor, ônus que lhe competia, consoante art. 333, I, do CPC e art. 818 da CLT.

Assim, mantendo-se incólume a r. sentença, nego provimento ao recurso da Reclamante.

CONCLUSÃO

Conheço dos recursos de ambas as partes e nego-lhes provimento, nos termos da fundamentação supra.

É o meu voto.

ISTO POSTO, acordam os membros da Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em sessão ordinária hoje realizada, prosseguindo no julgamento iniciado na sessão do dia 05.11.2014, por unanimidade, conhecer dos recursos da Reclamada e da Reclamante e negar-lhes provimento, tudo nos termos do voto do Relator, sendo que o patronal foi por maioria. Votou vencido, em parte, o Desembargador Mário Sérgio Bottazzo que dava parcial provimento ao apelo da Reclamada.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Desembargadores MÁRIO SÉRGIO BOTTAZZO (Presidente) e IARA TEIXEIRA RIOS e o Excelentíssimo Juiz convocado ISRAEL BRASIL ADOURIAN. Presente na assentada de julgamento o d. representante do Ministério Público do Trabalho. Sessão de julgamento secretariada pela Coordenadora da Terceira Turma, Maria Valdete Machado Teles.

Goiânia, 10 de junho de 2015.

ISRAEL BRASIL ADOURIAN
Juiz Relator