



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Justiça do Trabalho - 2ª Região

Número Único: 00019604320115020060 (01960201106002000)

Comarca: São Paulo **Vara:** 60ª

Data de Inclusão: 04/09/2013 **Hora de Inclusão:** 10:23:18

TERMO DE JULGAMENTO

Autos nº 0001960-43.2011.5.02.0060

Em 12 de julho de 2013, vieram conclusos para julgamento pela Meritíssima Juíza do Trabalho Substituta Heloísa Menegaz Loyola os autos da 60ª Vara do Trabalho de São Paulo em que são partes:

Reclamante: SINDICATO EMPREG. COMÉRCIO HOTELEIRO SIMILARES SÃO PAULO - SINTOHESP

Reclamada: 1ª) BAR MARINA DOS LAGOS LTDA

2ª) BAR MARINA PRAIA DO SOL LTDA EPP

Ausentes e inconciliados, foi proferida a seguinte

SENTENÇA

SINDICATO EMPREG. COMÉRCIO HOTELEIRO SIMILARES SÃO PAULO - SINTOHESP, qualificado na inicial, ajuizou Ação de Cumprimento/Reclamação Trabalhista, em 28.07.2011, em face de BAR MARINA DOS LAGOS LTDA e BAR MARINA PRAIA DO SOL LTDA EPP, aduzindo o correto repasse da gorjeta aos empregado substituídos, a anotação da taxa deserviço de 10% na CTPS de todos os empregados, repasse desta taxa de serviço e seus reflexos, a condenação da reclamada para formalizar acordo coletivo do Trabalho, a exibição das RAIS, bem como o pagamento de multas normativas e astreintes, entre outros pedidos. Atribuiu à causa o valor de R\$ 2.000,00. Juntou procuração, atos constitutivos e documentos.

Realizada a audiência (fls. 240, 257, 312 e 334). Não houve conciliação.

Em defesa, as reclamadas aduzem preliminares, contestam pontualmente os pedidos e pugnam pela improcedência da ação.

Razões finais pelas partes.

Encerrada a instrução processual.

Proposta final de conciliação rejeitada.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

LEGITIMIDADE ATIVA

Rejeito a preliminar sustentada pela reclamada, uma vez que o Sindicato tem legitimidade, prevista no art. 8º, III da CF/88 para representar todos os empregados da referida categoria, estejam eles associados ou não.

Ademais, entendo que a legitimidade se faz presente por se tratar de tutela de direito individual homogêneo, uma vez que os efeitos do reconhecimento da gorjeta se estenderiam a todos os empregados indistintamente, nos termos do pedido.

Nesse sentido, decisão recente do C. TST:

RECURSO DE REVISTA - AÇÃO COLETIVA DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS TAXA DE SERVIÇOS, HORAS EXTRAORDINÁRIAS DECORRENTES DA NÃO OBSERVÂNCIA DO INTERVALO INTRAJORNADA, SEGURO DE VIDA, MULTAS NORMATIVAS E APRESENTAÇÃO DE CÓPIAS DA RAIS SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL - DEFESA - LEGITIMIDADE - ARTS. 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO

FEDERAL, 81 E 82 DO CDC - MICROSSISTEMA DE DEFESA DOS DIREITOS QUE TRANSCENDEM A ESFERA PRIVADA DO INDIVÍDUO. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 8º, III, aliada ao CDC, em seus arts. 81 e 82, confere ao sindicato da categoria profissional legitimidade para ajuizar ação, visando à defesa de interesses que transcendem a esfera meramente individual dos trabalhadores. Na hipótese dos autos, tratando-se de situação de fato (trabalho na empresa reclamada) que enseja o descumprimento das mesmas obrigações legais e convencionais em relação a todos os substituídos processuais, tendo como consequência o direito ao adimplemento de obrigações de dar e de fazer perfeitamente divisíveis entre os empregados defendidos pelo sindicato da categoria profissional (pretensão individual homogênea), possui a entidade legitimidade para ajuizar a presente ação coletiva, ainda que a ela não anexe rol de substituídos processuais, pois tal determinação somente se faz necessária na fase de liquidação do comando decisório proferido na fase de conhecimento (art. 97 do CDC). Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR - 14340-23.2003.5.02.0014 Data de Julgamento: 15/02/2012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/02/2012

INÉPCIA - CARÊNCIA DE AÇÃO

A petição inicial possui uma breve exposição dos fatos e pedidos inteligíveis (consoante exige o art. 840, § 1º, CLT c/c art. 282, III e IV, CPC), não ocorrendo quaisquer das hipóteses do art. 295, par. único, CPC (aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho, conforme dispõe o art. 769 da CLT).

Além disso, as alegações da petição inicial permitiram uma defesa razoável e detalhada, sendo, ainda, perfeitamente possível a prestação jurisdicional precisa quanto à questão. Rejeito a preliminar.

CONFISSÃO

Não há que se falar em confissão, tendo em vista que a reclamada compareceu à audiência, antes do início da instrução processual, evidenciando o ânimo em defender-se em Juízo.

PRESCRIÇÃO

Pronuncio a prescrição da pretensão dos substituídos cujos contratos de trabalho tenham sido extintos até 28.07.2009, inclusive, contando a projeção do aviso-prévio, e extingo a ação em relação a estes com resolução do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC. Quanto aos empregados substituídos que eventualmente possuam ações individuais, ressalto que o ajuizamento de suas ações interrompeu a prescrição, motivo pelo qual não há prescrição total do direito de ação a ser declarada com relação aos demais.

Quanto à prescrição quinquenal, saliento que a presente ação trabalhista foi ajuizada em 28.07.2011. Assim, pronuncio a prescrição quinquenal, quanto a eventuais direitos trabalhistas de cunho pecuniário que sejam anteriores a 28.07.2006, inclusive, ou seja, 5 (cinco) anos antes do ingresso da presente ação, nos termos do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição. Para os empregados admitidos após tal data, não há prescrição a ser pronunciada. Excepciono, no entanto, eventuais créditos decorrentes dos depósitos relativos ao FGTS não realizados, cuja prescrição é trintenária.

Saliento que por se tratar de parcelas remuneratórias tipicamente trabalhistas e que poderiam ser cobradas pelos trabalhadores individualmente, aplica-se a prescrição quinquenal.

GORJETAS

Trata-se de Ação de Cumprimento c/c Reclamação Trabalhista por Substituição Processual, objetivando o Sindicato-autor seja determinada a formalização do acordo coletivo de trabalho, bem assim a condenação da reclamada na anotação da taxa de serviço de 10% de todos os empregados, no repasse da taxa de serviço (10%), valores vencidos e vincendos, a todos os empregados, durante toda a vigência dos respectivos contratos de trabalho, no pagamento dos reflexos da taxa de serviço de 10% em FGTS, contribuição previdenciária, férias acrescidas de 1/3, 13º salários, durante toda a vigência dos contratos de trabalho de todos os empregados, entrega da cópia das RAIS, multa convencional, multa diária, astreintes, honorários advocatícios, tudo ao argumento de que a reclamada efetuará a cobrança de taxa de serviço no fechamento das despesas dos clientes sem o repasse a seus empregados, consoante determinam as convenções coletivas da categoria.

A controvérsia central diz respeito à cobrança obrigatória ou não da taxa de serviço (gorjetas) pela reclamada, o que implicaria a subsunção do caso à cláusula 16ª (gorjetas compulsórias) ou 17ª (gorjetas facultativas) das CCTs juntadas com a petição inicial, além da discussão quanto ao controle da reclamada sobre o repasse do montante acumulado de tais gorjetas diretamente aos seus funcionários, o que lhe daria o poder de sonegar a totalidade ou parte de tais direitos, quer seja não distribuindo aos empregados a quantia devida, quer seja se evadindo de

destinar parte do recolhido para o pagamento dos encargos fiscais, previdenciários e trabalhistas correspondentes.

Ressalte-se, primeiramente, que a cobrança da taxa de serviço de 10% (dez por cento), jamais é obrigatória, e em nenhum momento pode ser, não havendo lei federal que obrigue a seu pagamento, mera liberalidade do consumidor quando satisfeito com o serviço prestado, sendo, portanto, sempre facultativa e opcional, informação que deve ser dada pelo estabelecimento ao cliente.

Em face de tais observações, percebe-se que há uma impropriedade na nomenclatura utilizada pelas normas coletivas em anexo, que apontam, como distinção entre uma e outra forma de cobrança de gorjetas, uma suposta obrigação do cliente ao seu pagamento. No entanto, o efeito principal da adoção de regimes diferenciados, que é a utilização ou de uma tabela de estimativa de gorjetas (cláusula 16ª) ou do valor efetivamente arrecadado (cláusula 17ª) como base de cálculo para o registro e pagamento dos encargos legais, pode ser mantido com escopo num critério que possibilite estreitíssima relação de causa e efeito: quem controla o recebimento das gorjetas pelos clientes.

Caso a cobrança de tais gorjetas venha estipulada diretamente na nota de pagamento, o cliente, ao quitar seu consumo, já satisfaz diretamente no caixa do estabelecimento a taxa de serviço em discussão, pelo que o empregador tem pleno controle dos valores que estão sendo pagos sob tal título e tem como gerenciar a mais adequada distribuição de tal verba entre seus funcionários, podendo definir ainda com absoluta precisão a base de cálculo dos encargos previdenciários, fiscais e trabalhistas pertinentes, daí a subsunção desta hipótese à cláusula 16ª da CCTs (fls. 155) e o afastamento da utilização da tabela de estimativa, porque não se estima aquilo que se pode conhecer com exatidão.

Já se as verdadeiras gorjetas, não são incluídas nas notas de pagamento de consumo dos clientes, mas satisfeitas por fora, diretamente aos funcionários, o empregador não tem como conhecer com exatidão os valores recolhidos num dado período para fins de registro e recolhimento dos encargos acessórios pertinentes, a fim de atender às exigências da natureza remuneratória de tal verba, a teor do art. 457 da CLT, pelo que só resta a mera presunção ou cálculo aproximado do que foi recolhido, daí a utilização da tabela de estimativas prevista na cláusula 17ª das normas coletivas, proibido pela sistemática trabalhista, sendo certo que todas as parcelas que compõem a remuneração devem ser discriminadas de forma específica, sob pena de inviabilizar ao empregado a plena ciência de quais dos seus direitos estão sendo satisfeitos.

No caso dos autos, a testemunha do reclamante comprova os fatos alegados na petição inicial, de que as gorjetas não eram repassadas aos empregados na totalidade e, quando o eram, eram feitas extrafolha.

Já o depoimento da testemunha da reclamada carece de veracidade, na medida em que contraria frontalmente com o teor do mandado de constatação (fls. 281), que constatou a inexistência de garçons e de cobrança de gorjetas.

Frise-se que o mandado de constatação atesta a situação atual da reclamada, sem o condão de demonstrar situações pretéritas, que foram comprovadas pela testemunha do reclamante.

Em face de tais circunstâncias, condeno a reclamada à anotação em CTPS dos empregado e ao pagamento dos reflexos das gorjetas em FGTS, contribuições previdenciárias e férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS, conforme os termos da inicial, em atenção à natureza remuneratória do direito em discussão, tudo a ser apurado em fase de liquidação, conforme juntada da documentação necessária ao cálculo dos direitos ainda pendentes de cada trabalhador.

Indefiro parcelas vincendas, pois não se admite sentença condicional. Portanto, a presente sentença produz efeitos apenas até a data em que está sendo proferida.

Saliento, ainda, que, para a presente fase de conhecimento, não há necessidade de decisão a respeito de perícia contábil, busca e apreensão, entrega de cópia da RAIS e fixação de astreintes, matérias que deverão ser discutidas, se for o caso, após a regular habilitação dos empregados substituídos.

DEMAIS PEDIDOS

Improcede o pleito de condenação da ré em formalizar Acordo Coletivo do Trabalho, por falta de amparo legal. A multa relativa à obrigação de entrega da RAIS encontra-se prejudicada, em razão do decidido na parte final do item supra. Não se vislumbra descumprimento das cláusulas 15ª e 84ª, como alegado pelo autor. Indefiro.

Defiro honorários advocatícios, no importe de 15% do valor da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença, nos termos do item III da Súmula nº 219 do C. TST.

DESCONTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

Por decorrentes de imposição legal, ficam autorizados os descontos fiscais e previdenciários, com retenção de

valores no crédito do autor, quando cabível, com comprovação documental nos autos pela demandada. Diretrizes: 1- Recolhimentos fiscais a cargo da parte ré, com autorização para proceder aos descontos respectivos do crédito da parte autora, serão calculados mês a mês (regime de competência), na forma prevista no art. 12-A da Lei 7.713/1988 (alterado pela MP 497/2010) e da IN 1.127/2011 da SRF/MF (alterada pela IN 1.145/2011 da SRF). Registre-se que tal parâmetro deverá ser adotado mesmo para eventual período anterior à edição da MP 497/2010, que nada mais fez do que reconhecer o que a própria jurisprudência do STJ já tinha consagrado, ou seja, o descabimento da cobrança pelo regime de caixa, preconizada na Súmula 368 do TST, não devendo o imposto de renda incidir sobre os juros de mora (cf. OJ 400 da SDI-1 do TST).

2-Contribuição Previdenciária

As contribuições previdenciárias devidas pelo empregado e pelo empregador (quotas-partes) sobre as verbas de natureza salarial, obedecerão ao disposto no art. 22, § 2º, e art. 28, § 9º, da Lei n.º 8.212/91, e no § 4º do art. 276 do Decreto n.º 3.048/99, com dedução das parcelas ao encargo do trabalhador. Deverão ser calculadas mês a mês, com a aplicação das alíquotas à época própria, observado o limite máximo do salário de contribuição, ex vi legis.

Deverá a empresa comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias nos autos, sob pena de execução, nos moldes da novel determinação constitucional.

A correção monetária e os juros deverão ser calculados, considerando-se a data de vencimento da obrigação. No caso dos salários, portanto, o 5º dia útil do mês subsequente ao da prestação de serviços.

O critério para atualização dos débitos obedecerá ao disposto na lei n. 8.177/91, adotando-se, no aspecto, a Súmula 381 do TST.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, nos autos do processo nº 0001960-43.2011.5.02.0060, julgo PROCEDENTES EM PARTE os pedidos feitos na ação proposta por SINDICATO EMPREG. COMÉRCIO HOTELEIRO SIMILARES SÃO PAULO - SINTOHESP em face de BAR MARINA DOS LAGOS LTDA e BAR MARINA PRAIA DO SOL LTDA EPP, nos termos e limites da fundamentação que fica fazendo parte integrante desta decisão, observada a prescrição constante na fundamentação, para condenar as reclamadas, de forma solidária, a pagar aos empregados substituídos, com juros e correção monetária, observando-se a Súmula nº 381 do C. TST, as diretrizes indicadas na fundamentação e a compensação, o que se faça apurado pelos seguintes títulos:

- repasse da taxa de serviço obrigatória de 10%, com reflexos em 13º salários, férias+1/3 e depósitos do FGTS, devendo, ainda, realizar a respectiva anotação em CTPS, o que deverá ser objeto de regular fase de habilitação dos empregados substituídos.

Honorários advocatícios, no importe de 15% do valor da condenação, a cargo das reclamadas.

Custas pelas rés no importe de R\$ 100,00, calculadas sobre o valor da condenação, ora arbitrado em R\$ 5.000,00.

Intimem-se. NADA MAIS.

HELOÍSA MENEGAZ LOYOLA
Juíza do Trabalho