



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL - JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

09ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO
PROC: 01248-2003-009-02-00-5

SINTHORESP - SINDICATO DOS TRABALHADORES EM HOTÉIS, APART HOTÉIS, MOTÉIS, FLATS, PENSOES, HOSPEDARIAS, Pousadas, RESTAURANTES, CHURRASCARIAS, CANTINAS, PIZZARIAS, BARES, LANCHONETES, SORVETERIAS, CONFEITARIAS, DOCERIAS, BUFFETS, FAST-FOODS E ASSEMBLADOS DE SÃO PAULO ajuizou Ação de Cumprimento em face de **LARNO BAR E RESTAURANTE LTDA.**

Requer seja a reclamada compelida a registrar na CTPS de seus empregados a estimativa de gorjetas e a conceder folgas aos domingos bem como ao pagamento de diferenças de gorjetas e reflexos e multa normativa.

A reclamada se defende através de contestação com documentos aduzindo preliminar de ilegitimidade ativa e inadequação da via processual.

No mérito, afirma que não cobra gorjeta obrigatória de seus clientes e que concede as folgas regulares observando ao menos um domingo por mês, pugnando pela improcedência dos pedidos da inicial.

A sentença de fls. 234/235 foi mantida pelo Acórdão regional de fls. 273/275, que foi reformado em sede de Recurso de Revista sendo determinado o retorno dos autos à Vara de origem para apreciação dos pedidos da inicial.

Reaberta a instrução processual foi ouvido o preposto da reclamada, tendo sido encerrada a instrução processual. Razões finais escritas pelo sindicato autor. Inconciliados.

É o relatório. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Preliminares. Da legitimidade ativa. A questão acerca da legitimidade ativa e adequação da via eleita foi dirimida em sede de Recurso de Revista.

Do valor da causa. Preliminar de ofício. O sindicato autor atribui, como valor da causa, montante que não guarda relação, nem mesmo por aproximação, com o somatório dos pedidos deduzidos em Juízo, conforme estabelecido no artigo 259 do CPC.

Assim, fixo o valor da causa em R\$ 50.000,00 por ser mais consentâneo com os limites objetivos da lide fixados pela própria inicial:

"Cabe ao juiz alterar o valor atribuído à causa pelo autor, ainda que não impugnado, quando se verifica que o montante indicado na petição inicial, pela sua insignificante proporção com os benefícios econômicos que se almeja obter (embora que de forma diferida – artigo 258/CPC), termina por configurar fraude ao erário público, eis que se impõe, in casu, a necessidade de observância ao princípio da moralidade. Destaque-se que, a par do regramento que assegura aos litigantes a ampla defesa, existe outro, de mesma hierarquia, que determina a observância do devido processo legal, com a submissão do jurisdicionado aos preceitos de ordem pública que regem o modo de se obter o mencionado acesso. Essa, sim, a forma de se alcançar a prevalência do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, o parágrafo único, do art. 261, do Código de Processo Civil, não veda a conduta ora discutida. Trata-se de norma dirigida exclusivamente ao réu, e não ao juiz, onde o legislador traz, no parágrafo único, o anúncio da consequência jurídica decorrente da ausência de impugnação, no

prazo e modo estabelecidos no caput, qual seja: a presunção de que a parte aceitou o valor atribuído à causa, na petição inicial, não podendo, desse modo, discuti-lo, posteriormente. Mas a aceitação do réu não tem o condão de se sobrepor aos princípios de ordem pública que presidem o processo, notadamente quando se coloca em jogo a necessidade de proteção ao erário público, o qual, a toda evidência, resta frontalmente lesado com o recolhimento de custas em valor ínfimo, em relação àquele que seria o efetivamente devido, se observada a equivalência entre o valor dado à causa pelo autor e a vantagem econômica que se busca obter, mediante provocação do Poder Judiciário. Agravo regimental a que se nega provimento.” (TRT 06ª R. – Proc. 00500-2005-000-06-00-1 – TP – Rel. Juiz Valdir Carvalho – DOEPE 26.01.2006)

No mérito. Da prescrição. Prescritas e, portanto, inexigíveis, todas as pretensões deduzidas pelo sindicato autor que sejam relacionadas a créditos decorrentes de condutas da reclamada no período anterior a 08/05/98 (artigo 7º, XXIX da CF/88).

Da forma de apuração das gorjetas. O sindicato autor afirma que a reclamada cobra gorjetas compulsórias de seus clientes e não as repassa aos empregados, nem registra tais valores em CTPS.

A reclamada diz que a gorjeta não é inclusa na nota, ou seja, é paga de forma espontânea razão pela qual não há que se falar em repasses e registros em CTPS dos empregados eis que facultativa.

Contudo, o depoimento do preposto de fl. 370 deixa claro que as gorjetas são incluídas diretamente nas notas sendo certo que a reclamada centraliza o rateio dos valores apurados conforme a pontuação de seus empregados.

Isto posto há que se considerar que as gorjetas fazem parte da remuneração, mas não do salário em sentido estrito (artigo 457, cabeça e § 3º da CLT).

Podem ser próprias (aquelas pagas diretamente pelo cliente ao empregado) ou impróprias (aquelas cobradas como um adicional na conta do cliente e é paga ao empregador para posterior repasse aos empregados).

A CLT (artigo 29, § 1º) estabelece que no caso das gorjetas próprias seu valor deve ser estimado para efeito de anotação na CTPS, mas silencia a respeito dos respectivos critérios de cálculo.

E as normas coletivas estabelecem a obrigatoriedade de registro em CTPS daquelas cobradas de forma obrigatória, nos moldes que delineia.

E ainda nos moldes das normas coletivas, pagas aos empregados, sem a interferência da reclamada, são consideradas como facultativas ou espontâneas e devem ser pagas e integradas com base na Tabela de Estimativa de Gorjetas.

Já quanto às gorjetas pagas pelos clientes diretamente em conta, com a interferência da reclamada, inclusive para rateio, implicam em cobrança da taxa de forma compulsória e tem seus reflexos delineados na mesma norma coletiva.

Isto posto há que se considerar que a cláusula 17, § 6º (fl. 30) estabelece que, em se tratando de gorjetas compulsórias, as férias + 1/3 e 13º salário serão calculados com a média dos últimos 12 meses, observado o percentual de 65% do total das gorjetas.

No mesmo sentido o FGTS e o INSS serão calculados tendo por base o valor efetivamente recebido no respectivo mês de competência.

Logo, tendo a reclamada admitido que não fez tais integrações, devidas as diferenças decorrentes da não integração das gorjetas recebidas pelos empregados à época na base de cálculo de férias + 1/3, 13º salário e FGTS (alínea “c” do rol de fl. 14).

Os montantes devidos a cada um dos empregados serão apurados em liquidação de sentença por artigos na qual deverão ser demonstrados os vínculos empregatícios em vigor à época dos fatos até o trânsito em julgado e os valores pagos à título de gorjeta.

Em tal liquidação de sentença também será delineado até quando houve a manutenção da cláusula cujo cumprimento se requer para fins de apuração de parcelas vencidas desde a propositura da ação e vincendas.

É certo que não pedido expresso de pagamento de diferenças decorrentes da não integração das gorjetas as férias + 1/3, 13º salário e FGTS mas tal pleito é desnecessário nos moldes do artigo 290 do CPC.

Por fim, não há prova de que a reclamada não repasse as gorjetas a seus empregados na forma das normas coletivas tendo o preposto informado que o rateio se dá com sua interveniência direta desde 2003.

Logo, resta improcedente o pedido de que seja a reclamada compelida a levar a termo tal repasse (alínea "b" do rol de fl. 14).

Dos registros em CTPS. Inicialmente há que se considerar que o preposto admitiu que a cobrança de gorjetas se dá de forma compulsória ao menos desde que passou a ser maitre, em 2003.

E a defesa, embora apresentada ainda em Outubro de 2003, traz a notícia de que a reclamada não quitava as integrações das gorjetas e não registrava tal parcela na CTPS de seus empregados.

Passados quase 10 anos daquela data, afigura-se razoável modular os efeitos da decisão para determinar a retificação da CTPS dos empregados que ainda fazem parte dos quadros da reclamada desde aquela época, tal como seu preposto.

Assim, deve a reclamada retificar a CTPS destes empregados para que das mesmas constem os dados acima delineados no décimo dia útil após o trânsito em julgado às 14:00h na secretaria da vara.

Tal obrigação será cumprida sob pena de multa de R\$ 500,00 e de serem as anotações feitas pela secretaria da vara na mesma data e hora, sendo certo que as partes serão intimadas acerca do trânsito em julgado.

Isto porque, ainda que o registro possa ser feito pela própria secretaria da vara, o trabalhador ficaria marcado de forma indelével perante o mercado de trabalho em razão da evidenciação, em seu documento de trabalho, de que interpôs ação contra o antigo empregador:

*"A disposição do artigo 39, § 2º, da CLT não afasta a aplicação das astreintes, haja vista que, **embora a secretaria da vara, autorizada pelo juiz, possa promover anotações na CTPS do empregado, tal providência deve ser tida como excepcional, só implementada nas hipóteses raras em que o empregador estiver impossibilitado de realizar a retificação, pois a este é que incumbe, de fato, a responsabilidade pelos registros, como se infere claramente do teor do artigo 29 da CLT.** Além disso, a imposição de multa com vistas ao cumprimento de obrigação de fazer encontra amparo nas disposições estabelecidas nos artigos 461 e 645 do CPC. De acordo com o art. 852-i da CLT tem-se a dispensa do relatório." (TRT 02ª R. – Proc. 0213900.23.2009.5.02.0082 – (20110477507) – Rel. Des. Francisco Ferreira Jorge Neto – DJe 29.04.2011)*

"Não se configura violação ao devido processo legal, o julgamento ultrapetita de aplicação da multa astreinte, para cumprimento da sentença que ordena anotação na CTPS. Isto porque, vigora na Justiça do Trabalho o princípio da ultrapetição, em que o Juiz pode ordenar, certas providências, independente de pedido da parte, bastado a previsão legal no seu

estabelecimento. Assim, é imperativo processual dar efetividade à sentença, por isso os arts. 832, parágrafo 1º e 835, da CLT autorizam o juiz, ex officio, fixar "o prazo e as condições" para o cumprimento da sentença, incluída a multa pecuniária diária, em montante arbitrado em parâmetros de razoabilidade. A medida mais se impõe quando se trata de sentença de obrigação de fazer, como "in casu". (TRT 02ª R. – RO 02187000920085020057 (02187200805702001) – (20110198764) – 4ª T. – Relª Juíza Ivani Contini Bramante – DOE/SP 04.03.2011)

As partes (os substituídos munidos de suas CTPS e a reclamada representada por quem tiver poderes para a prática do ato munido dos carimbos necessários) comparecerão à secretaria para o cumprimento de tal obrigação.

Poderão os substituídos se fazerem representar por seu patrono ou representante sindical portando a CTPS ou ainda juntar tal documento aos autos em tempo hábil, ressaltando-se que a multa em questão pode até mesmo ser impingida de ofício (artigos 652, "d" e 832, § 1º da CLT).

Quanto aos demais, serão eles identificados em sede de liquidação de sentença sendo certo que os registros serão feitos à medida em que se apresentem, individualmente, nos autos portando tais documentos.

Registre-se que, sejam os registros feitos pela reclamada ou pela secretaria da vara, destes não constará nenhuma menção à existência da presente demanda.

Da destinação do valor da multa. O valor das *astreintes* reverterá ao FAT. Isto porque a EC 45/04, em seu artigo 3º, determinou a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, que será integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho e outras receitas.

É certo que tal Fundo ainda não foi criado. Mas, com a alteração constitucional em tela estabeleceu-se, de forma vinculante, que o produto da multa não pode reverter a parte autora da ação eis que sua função precípua é garantir o cumprimento da ordem judicial, aplicando-se, por analogia, o disposto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

Ademais, flagrante seria o enriquecimento sem causa do credor. Isto porque todo o dano sofrido com a demora no cumprimento da obrigação será reparado por meio de perdas e danos (artigo 461, § 2º, do CPC) não havendo outros danos, sofridos pela parte autora, a serem indenizados por meio da multa coercitiva.

Nesse sentido há que se considerar ainda que o inciso V do artigo 11 da Lei nº 7.988 admite que o FAT seja composto por outros recursos que lhe sejam destinados além daqueles legalmente estipulados.

Da concessão das folgas. A reclamada alega que sempre concedeu as folgas corretamente a seus empregados inclusive com a observância de um domingo por mês conforme determinam as normas coletivas e a legislação em vigor à época.

Quanto a este aspecto da demanda o preposto nada fez a não ser confirmar a informação vertida em defesa, não sendo possível atribuir-se o valor probante empenhado pelo sindicato autor à eventual fato ocorrido na fase administrativa.

E não há prova nos autos de que a reclamada tenha desconsiderado tais folgas em relação a seus empregados desde o ajuizamento, ônus que incumbia ao sindicato autor nos moldes dos artigos 818 da CLT e 333, I do CPC.

Assim, resta improcedente o pedido de pagamento dos domingos mensais e multa normativa e de que a reclamada seja obrigada a conceder tais folgas a partir de então (alíneas "d", "e" e "f" do rol de fl. 14).

Dos honorários advocatícios. São devidos os honorários advocatícios de 15% sobre o valor líquido da condenação nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego (Súmula 219, III do TST).

Da liquidação do julgado. A liquidação da sentença se dará por artigos de liquidação eis que necessária a individualização dos que eram empregados da reclamada à época dos fatos até o trânsito em julgado (artigos 879 da CLT e 475 – E do CPC).

Registre-se ainda ser desnecessária qualquer exigência de comprovação de que determinado empregado (ou mesmo ex-empregado) da reclamada seja (ou tenha sido) sindicalizado eis que a assistência sindical independe de tal critério.

Com base no princípio da reparação integral ao dano, para a apuração dos créditos serão levados em consideração os limites fixados nesta decisão, ainda que obtidos montantes incongruentes com os que constam dos pedidos e da defesa.

Observado tal princípio, ainda que se obtenha valor superior ao requerido na inicial, não há que se falar em violação aos artigos 128 e 460 do CPC.

Os Juros de mora serão de 1% ao mês simples a partir da data do ajuizamento da ação e incidirão sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente (artigos 883 da CLT e 39 da Lei 8.177/91 e Súmula 200 do TST).

A correção monetária incidirá a partir da data do vencimento das parcelas deferidas e, em se tratando de diferenças salariais devidas mês a mês, será aplicado o índice de correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º eis que não quitadas à época própria (Súmula 381 do TST).

Apenas quanto aos honorários advocatícios os juros moratórios e a correção monetária incidem apenas a partir do trânsito em julgado eis que a mora somente existiria após o vencimento da obrigação não cumprida.

Nos moldes do artigo 832, § 3º da CLT registre-se terem natureza salarial as parcelas de reflexos das gorjetas nas férias + 1/3 pagas durante a relação de emprego (artigo 28, § 9º, "d", da Lei n.º 8.212/91) e em todos os 13º salários, inclusive os proporcionais (artigos 457, § 1º da CLT e 28, § 7º da Lei 8.212/91).

As demais têm natureza indenizatória não havendo que se falar em recolhimentos fiscais ou previdenciários sobre as mesmas.

Os juros de mora também têm natureza indenizatória eis que não integram a base de cálculo do imposto de renda independentemente da natureza jurídica da obrigação inadimplida (OJ 400 da SDI-1 do TST).

Do cumprimento da decisão. O cumprimento da decisão se dará nos termos do artigo 475-J do CPC no prazo de oito dias após a ciência da decisão que homologar os cálculos de liquidação, sob o permissivo do artigo 769 da CLT.

Isto porque "celebrado o acordo, ou transitada em julgado a decisão, seguir-se-á o seu cumprimento, sob as penas estabelecidas neste Título" (artigo 872 da CLT).

Contudo, a CLT é omissa quanto a essas penalidades. O artigo 880 da CLT não trata de sanção pelo não-cumprimento da decisão, mas de simples consequência lógica da execução. Também omissa a este respeito a Lei de Execuções Fiscais, aplicada subsidiariamente.

Assim, a incidência do artigo 475-J do CPC é possível não apenas para suprir a omissão do artigo 872 da CLT, mas também para dar vida aos princípios constitucionais da razoável duração do processo, do acesso a uma ordem jurídica justa e da dignidade humana do trabalhador.

Sua aplicação representa um elemento importante na consecução do objetivo maior da República, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (CF/88, artigo 2º, I e III):

*"MULTA DO ART. 475-J DO CPC - É perfeitamente cabível no processo do trabalho a multa do art. 475-J DO CPC, pois sendo um benefício para o trabalhador, é acolhida pelo caput do art. 7º da Constituição Federal e pelo § único do art. 8º da CLT. Vemos a multa em questão como um avanço do processo de execução e o Direito do Trabalho não pode ficar atrás do processo civil. **Seria um contra-senso e violaria a sistemática de nosso ordenamento jurídico dar aos direitos comuns mais facilidade para execução e não reconhecer para os créditos trabalhistas estas mesmas condições, eis que a lei reconhece que estes últimos são privilegiados e têm natureza alimentar. Estaríamos aceitando a situação absurda de que um empréstimo, por exemplo, de uma financeira possa ser cobrado com a multa em tela enquanto que a cobrança de um mês de salário, não.** O direito do Trabalho, dadas as suas características, absorve sempre qualquer melhoria no processo de execução que tenha origem do processo civil. Mantenho a decisão." (TRT/SP - 00545200946202000 - RO - Ac. 11ªT 20090896941 - Rel. JOMAR LUZ DE VASSIMON FREITAS - DOE 27/10/2009)*

Registre-se ainda que o artigo 652, "d" da CLT dá ao Juiz o poder de *"impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência"*.

No mesmo sentido o artigo 832, § 1º da mesma CLT estabelece que *"quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento"* e o artigo 835 da CLT estabelece que *"o cumprimento do acordo ou da decisão far-se-á no prazo e condições estabelecidas"*.

E, em se tratando de norma de caráter processual, desnecessário o requerimento expresso para que se aplique o referido diploma legal.

Também não se desconhece que o artigo 475-J do CPC estabelece o prazo de 15 dias para incidência da multa. Contudo, a transposição do referido diploma legal para o Processo do Trabalho deve respeitar as especificidades deste último quanto aos prazos de oito dias, descrito no artigo 6º da Lei nº 5.584/70.

Dos recolhimentos previdenciários. Os recolhimentos previdenciários (bem como a atualização do CNIS de cada empregado (que também deverá ser levada a termo pela reclamada) deverão respeitar o teto mensal, levando-se em consideração os recolhimentos eventualmente já efetuados durante a relação jurídica em questão.

Há que se considerar ainda que a culpa do empregador pelo inadimplemento não exime o trabalhador do pagamento de sua cota parte, sendo observado o artigo 276, § 4º do Decreto 3.048/99 (OJ 363 da SDI-1 do TST).

Tais recolhimentos e atualização do CNIS serão comprovados nos autos em até trinta dias após o pagamento dos créditos reconhecidos como devidos sob pena de execução direta nos presentes autos e de multa diária de R\$ 50,00 reversíveis ao FAT (artigo 3º da EC 45/04 e artigos 652, "d" e 832, § 1º da CLT).

Vale ressaltar que a multa em questão (que pode até mesmo ser fixada de ofício) não encontra limite no valor do principal eis que não se trata de cláusula penal (artigo 412 do Código Civil), mas sim de *astreintes*:

"FIXAÇÃO DE "ASTREINTES". ART. 412 DO CCB. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 54 DA SBDI-1 DO C. TST. INAPLICABILIDADE. Não se tratando, a fixação de "astreintes", de cláusula penal, mas de mecanismo de compulsão exercido pelo Juízo sobre a parte condenada em obrigação de fazer, não tem aplicação o teor do art. 412 do CCB,

nem o da Orientação Jurisprudencial nº 54 da SBDI-1 do C. TST. Recurso Ordinário a que se nega provimento.” (TRT/SP - 01531007920065020067 (01531200606702000) - RO - Ac. 5ªT 20110190488 - Rel. ANELIA LI CHUM - DOE 03/03/2011)

O valor da multa também reverterá ao FAT nos moldes do já acima delineado quanto a multa pelo eventual descumprimento da obrigação de retificar as CTPS.

Do Imposto de Renda. O Imposto de Renda eventualmente devido (descontado do crédito a ser apurado) será calculado mês a mês nos termos do artigo 12-A da Lei nº 7.713/88 e do artigo 2º da Instrução Normativa nº 1.127 da Secretaria da Receita Federal, de 07/02/11.

Ademais, entendimento em sentido contrário, faria com que o trabalhador, além de não receber corretamente e na época devida, ainda sofresse penalidade com o pagamento de imposto maior, ou talvez nem devido.

Tais recolhimentos também serão comprovados nos autos em até trinta dias após o pagamento dos créditos reconhecidos como devidos e, descumprida tal obrigação, será expedido ofício à Receita Federal.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, restam **PROCEDENTES PARTE DOS PEDIDOS** da inicial (inclusive o de gratuidade de justiça) nos termos da fundamentação supra que este *decisum* integra.

Deve a reclamada pagar a cada um dos substituídos, conforme se apurar em liquidação de sentença por artigos e observado o marco prescricional de 08/05/98, as seguintes parcelas:

1) Diferenças decorrentes da não integração das gorjetas pagas à base de cálculo das férias + 1/3, 13º salários e FGTS parcelas vencidas e vincendas.

Deverá a reclamada providenciar a retificação da CTPS dos empregados que mantinham relação de emprego consigo à época dos fatos até a presente data conforme restar delineado na mesma liquidação de sentença por artigos.

As partes (os substituídos munidos de suas CTPS e a reclamada representada por quem tiver poderes para a prática do ato munido dos carimbos necessários) comparecerão à secretaria para o cumprimento de tal obrigação.

Poderão os substituídos se fazerem representar por seu patrono ou representante sindical portando a CTPS ou ainda juntar tal documento aos autos em tempo hábil, ressaltando-se que a multa em questão pode até mesmo ser impingida de ofício (artigos 652, “d” e 832, § 1º da CLT).

Quanto aos demais, serão eles identificados em sede de liquidação de sentença sendo certo que os registros serão feitos à medida em que se apresentem, individualmente, nos autos portando tais documentos.

Registre-se que, sejam os registros feitos pela reclamada ou pela secretaria da vara, destes não constará nenhuma menção à existência da presente demanda.

Responde ainda a reclamada por honorários advocatícios de 15% do monta te líquido da condenação ao sindicato assistente.

O cumprimento da decisão se dará nos termos do artigo 475-J do CPC no prazo de oito dias após a ciência da decisão que homologar os cálculos de liquidação.

Os recolhimentos previdenciários e atualização do CNIS serão comprovados nos autos em até trinta dias após o pagamento dos créditos reconhecidos como devidos sob pena

de execução direta. Descumprida tal obrigação incidirá multa diária de R\$ 50,00 reversíveis ao FAT e não limitada ao principal.

Os recolhimentos fiscais (descontados do crédito devido) serão calculados mês e também serão comprovados nos autos em até trinta dias após o pagamento dos créditos reconhecidos como devidos e, descumprida tal obrigação, será expedido ofício à Receita Federal.

Custas de R\$ 500,00 sobre R\$ 25.000,00 (valor atribuído à condenação ilíquida nos termos do artigo 789 da CLT), pela reclamada.

Intimem-se apenas as partes e a União (artigo 832, § 5º da CLT).

Daniel Rocha Mendes
Juiz do Trabalho