

PROCESSO nº 0001694-10.2017.5.09.0009 (RO)

PROVA LÍCITA. GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES EM REUNIÃO DE TRABALHO - Tendo a gravação sido realizada por um dos interlocutores que se encontrava em uma reunião de trabalho, esta pode ser admitida como prova lícita, desde que identificado o interlocutor, cujas falas irão acarretar na produção da prova, a despeito do seu consentimento ou conhecimento, não sendo este o caso previsto no inciso LVI, do artigo 5º, da CF. Recurso ordinário da reclamada a que se conhece e a que se nega provimento no particular.

RELATÓRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **09º VARA DO TRABALHO DE CURITIBA - PR**.

Inconformadas com a r. sentença de fls. 149/156, proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho **EDUARDO MILLEO BARACAT**, que rejeitou a preliminar arguida e acolheu parcialmente os pedidos formulados na inicial, recorrem as partes.

O autor **M. I. F.** por meio do recurso ordinário de fls. 188/192, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes itens: **a)** Vínculo empregatício; e **b)** Valor atribuído à gratificação.

A ré **F. G. H. Ltda - ME** por meio do recurso ordinário adesivo de fls. 195/200, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes itens: **a)** Prova ilícita; **b)** Gorjetas; e **c)** Ofício MPF - Crime de falso testemunho.

Tempestivo o recurso do autor (ciência da sentença em 25/04/2019 e protocolo das razões de recurso em 29/04/2019) e as contrarrazões apresentadas pela ré às fls. 211/213 (intimação do recurso em 13/05/2019 e protocolo das contrarrazões em 23/05/2019), o recurso ordinário adesivo da ré (intimação do recurso em 13/05/2019 e protocolo das razões de recurso em 23/05/2019) o autor devidamente intimado à fl. 214 não apresentou contrarrazões.

Custas recolhidas e depósito recursal efetuado pela ré conforme previsto no art. 899, §9º da CLT, às fls. 207/210. Regular a representação processual (do autor, à fl. 33; da ré à fl. 93).

Não houve apresentação de Parecer pela Procuradoria Regional do Trabalho, em virtude do art. 28 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, cumulado com o disposto no art. 45 do Regimento Interno deste E. Tribunal Regional do Trabalho (com redação dada pelo art. 4º, da RA n.º 008/2008).

A numeração das folhas dos autos apresenta-se em ordem crescente de numeração em razão da conversão dos documentos ao modo PDF.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHECE-SE** do recurso ordinário interposto pelo Autor e do recurso ordinário adesivo interposto pela Ré, assim como das respectivas contrarrazões.

MÉRITO

RECURSO DA RÉ F. G. H. Ltda - ME

Análise anterior em razão da matéria.

Prova ilícita

A reclamada se insurge contra a r. sentença, aduzindo que a gravação trazida aos autos pelo reclamante se trata de uma prova ilícita, pois teria sido realizada de forma clandestina, pelo que não poderia ser utilizada como meio de prova nos autos; e que devem ser respeitados os incisos X e XII, do artigo 5º, da CF.

Postula seja a referida gravação afastada como meio de prova a ser utilizada nos autos.

Analisa-se.

Constou o seguinte na r. sentença:

“(...) A Ré sustenta a ilicitude na gravação realizada pela parte Autora.

Pois bem.

Conforme entendimento predominante na jurisprudência, **a gravação realizada por um dos interlocutores**, no caso o Reclamante, sem conhecimento do outro, **quando ausente causa legal de sigilo**, não é considerada prova ilícita. Dessa forma, sem razão a tese patronal:

‘GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DE PROVA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO. A gravação, seja de conversa ou ligação telefônica, não deve ser considerada prova ilícita se for realizada por um de seus interlocutores. **A ilicitude existe apenas no caso de gravação realizada por terceiro não participante, situação não admitida pela Lei 9.296/1996, por configurada a chamada ‘escuta’ ou ‘interceptação’, admissível apenas com autorização judicial.** Trata-se de entendimento pacificado, como bem observou a Desembargadora Fátima Terezinha Loro Ledra Machado nos autos TRT-PR-03478-2003-020-09-00-8 (Acórdão da 3ª Turma, de nº. 19163-2006, publicado em 30-06-2006), ao afirmar que **‘o STF, o STJ e o TST firmaram o entendimento de que gravação de conversa telefônica pode ser tida como prova válida, desde que uma das partes, na ação, seja interlocutora na conversa gravada, mesmo que sem o conhecimento do outro’.** (TRT-PR-19976-2006-012-09-00-0-ACO-12094-2009 - 3A. TURMA - Relator: CÁSSIO COLOMBO FILHO - Publicado no DJPR em 28-04-2009).

Assim, rejeito. (...)” (fls. 149/150).

A gravação de áudio, desde que realizada por um dos interlocutores, **é meio de prova lícito** e independe, para sua validade ou licitude, de autorização do outro interlocutor. Não há ofensa aos incisos XIII e LVI do art. 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, as seguintes decisões do C. TST e deste C. TRT:

“RECURSO DE REVISTA. (...) 4. GRAVAÇÃO UNILATERAL DE DIÁLOGO ENTRE PESSOAS, EFETIVADA POR UM PARTICIPANTE. MEIO LÍCITO DE PROVA. NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO CENSURADO DE - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA- Não existe ilicitude na gravação unilateral de diálogo entre pessoas, mesmo pela via telefônica ou congênere, **desde que realizada a gravação por um dos interlocutores, ainda que sem conhecimento do(s) outro(s), e desde que não haja causa legal específica de reserva ou de sigilo. Tal meio de prova pode, sim, ser utilizado em Juízo pelo autor da gravação. Essa conduta e tal meio probatório não se confunde com a interceptação telefônica, nem fere o sigilo telefônico, ambos regulados pela Constituição (art. 5º, X, XII e LVI, CF/88).** Recurso de revista não conhecido”. (...) (TST - RR - 20100-06.2007.5.03.0136 Data de Julgamento: 29/05/2013, Relator Ministro: Mauricio Godinho

Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013).”

“GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES - CONVERSA - LICITUDE DA PROVA - Ainda que a gravação tenha sido realizada por apenas um dos interlocutores, a despeito do consentimento ou conhecimento da outra pessoa, a fim de repelir conduta ilícita do outro, não se enquadra na vedação constante do art. 5º LVI da CF, porquanto constituir exercício regular do direito e de legítima defesa. Recurso Ordinário do reclamado ao qual se nega provimento quanto a este aspecto (3ª Turma. RO autos nº 04191-2012-018-09-00-0 - publicado em 29/04/2014. Relator Exmo. Des. Archimedes Castro Campos Junior)”.

No caso, o reclamante apresentou três mídias “Cd-r”, por este referidas na petição inicial, nos seguintes termos:

“(…) O Reclamante esclarece preliminarmente, que os dados do CNPJ da Reclamada não são os mesmos porque devido a motivos alheios ao conhecimento do Reclamante, a Empresa trocou de CNPJ, foi esclarecido que seria por conta de um enquadramento fiscal diferente, mas asseguramos, que apesar de na CTPS estar outro CNPJ, o reclamante trabalhou na empresa que indicamos. A troca de CNPJ foi informada pela Gerente da Empresa, **e a gravação na qual ela repassa essa informação encontra-se acostada aos autos**. Podemos ouvir claramente a explicação no arquivo áudio 1 no tempo 8:30. (...)”

O que ocorria na prática era que as gorjetas que recebia, eram rateadas entre todos os funcionários da Reclamada, inclusive com os que exerciam cargos de gerência. Além disso, o dinheiro recebido pelo Reclamante a título de gorjeta, ainda era usado para o pagamento de contas da Reclamada, para compensar eventuais quebras de caixa, e até mesmo para custear copos quebrados e talheres furtados ou que desapareciam, **conforme pode ser comprovado em gravação de áudio acostada aos autos (áudio 4 nos tempos: 0:20 - 0:35 - 1:10 - 1:55)**. (...)”

O reclamante trabalhou de fato até o dia 8 de maio de 2016, quando foi demitido sem justa causa, e com a ordem de encerrar suas atividades imediatamente. **Em nenhum momento da gravação acostada aos autos, ouvimos qualquer discussão sobre o cumprimento de aviso prévio**. (...)” (fls. 06, 12, e 21/22).

A este propósito, a inclusão das referidas gravações nos autos foi certificada à fl. 85, nos seguintes termos: *“DECLARO que, nesta data, recebi a mídia (CD) por meio do procurador da parte AUTORA Dr. L. M. F. sob nº 88557, mediante recibo nos presentes autos e depusitei em local próprio nesta secretaria”* (fl. 85).

Analisando as referidas gravações, verifica-se que claramente o reclamante se trata de um dos interlocutores destas, isto pelo fato de este ser de nacionalidade portuguesa e possuir sotaque linguístico, o que nitidamente o identifica, bem como que a voz contida no áudio gravado é a mesma de quando ele prestou depoimento em audiência, gravado pelo sistema PJE-mídias.

Logo, não houve ilegalidade nas gravações.

Nada a deferir.

Gorjetas

Análise conjunta com o tópico “Valor atribuído à gratificação”, constante do recurso do reclamante, ante a similaridade de matérias.

A reclamada se insurge contra a r. sentença, aduzindo que o reclamante não se desincumbiu do seu ônus probatório de comprovar a existência de diferenças nos pagamentos de gorjetas ou de descontos no que refere à quebra de caixa e extravio de materiais, bem como de que a gorjeta era paga a todos os funcionários, mesmo não sendo garçons; que não há prova de que as gravações trazidas aos autos pelo reclamante tenham sido feitas no local de trabalho; e que o depoimento da testemunha C. comprovou que não existiam comissões ou descontos relativos ao extravio de materiais no salário dos seus empregados.

Pleiteia sejam excluídos da condenação os reflexos decorrentes da integração das comissões/gorjetas ao salário do reclamante, bem como também seja excluída da condenação a restituição de descontos relativos à quebra de materiais e extravio/furto de utensílios.

Por fim, *“pugna pela reforma para que seja afastada a determinação de expedição de ofício ao MPT”* (fl. 198).

O reclamante, por sua vez, também se insurge contra a r. sentença, alegando que o critério adotado pelo r. Juízo *a quo* para o cálculo das gorjetas está incorreto; e que a *“testemunha Cleide, confirmou no seu depoimento que o tíquete médio era em torno de R\$ 30,00 a R\$ 35,00, e que a casa tinha entre 3 e 5 garçons (...), de modo que se cada garçom atendesse cerca de 8 mesas por noite, com a média de 3 pessoas, com o*

tíquete de R\$ 33,00, teríamos o valor da conta aproximado por mesa de R\$ 100,00 (cem reais), com uma gorjeta de R\$ 10,00 por mesa, ou seja, de acordo com o magistrado de primeiro grau, durante o mês inteiro o recorrente deveria ter atendido 10 mesas" (fls. 191/192).

Postula seja o "valor da gorjeta (...) recalculado pelo menos com o valor equivalente ao atendimento de 10 mesas por dia, uma vez que a empresa está sempre lotada", e, por consequência, "o valor das gorjetas se aproxime da realidade e seja calculada em R\$ 100,00 reais por dia, 26 dias por mês, bem como todos os reflexos cabíveis" (fl. 192).

Analisa-se.

O MM. Juízo de origem, por ter identificado que uma das vozes contida na gravação do "CD-r" 01, trazido aos autos pelo reclamante, **era da testemunha Cleide, a qual também é gerente da reclamada**, e que tais gravações ocorreram em uma reunião (mídias 1 e 3), na qual a sra. C. deixa claro que existiam comissões pagas aos funcionários na forma de gorjetas próprias e impróprias, e que o extravio/furto/quebra de utensílios do restaurante por parte de clientes eram descontados das comissões percebidas pelos trabalhadores, bem como que a sra. C. mencionou em tal gravação que havia o pagamento de comissões em metas individuais e em equipe, contrariando totalmente o seu próprio depoimento, prestado em Juízo, como testemunha, **concluiu que "havia gorjetas compulsórias cobradas pela ré na conta e distribuídas entre os empregados"**, e que, **"ante a média salarial do autor, estipula-se, com base na aplicação por analogia do art. 460 da CLT, que a média mensal recebida pelo autor a título de gorjetas, próprias e impróprias, era de 20% do salário base mensal, conforme recibos de pagamento"**, condenando a reclamada, nos termos da súmula 354 do c. TST, no pagamento de "*reflexos das gorjetas em férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS (11,2%)*", ante a integração da mesma ao salário (fl. 151).

Também condenou a reclamada a "*restituir ao autor os valores descontados das gorjetas para custear despesas com quebra de copos, furto de talheres e diferença de caixa, visto que essas despesas estavam relacionadas ao risco da atividade econômica, e não poderiam ser suportadas pelo empregado (CLT, art. 2º)*", entendendo, por fim, que "*Como esses descontos eram realizados sobre as gorjetas de todos os empregados,*

estipula-se que correspondessem a 10% do valor mensal que cada um recebia a título de gorjetas, inclusive o autor.” (fls. 151/152).

Por fim destacou o seguinte:

“(...) De acordo com as mídias trazidas aos autos, observa-se a prática pela ré, ao menos, de duas irregularidades.

A primeira, a de rescindir, formalmente, os contratos de trabalho de todos os empregados e readmiti-los em seguida, em razão da alteração na estrutura jurídica da empresa. Infração dos arts. 10 e 448 da CLT.

A segunda, a de utilizar as gorjetas cobradas sobre as contas para custear gastos com quebras de copos, furtos de talheres e diferenças de caixas.

Oficie-se o MPT-PR para tomar as medidas que entender cabíveis (...)” (fl. 156).

Estabelece o art. 457, caput, da CLT, que a remuneração do empregado compreende, para todos os efeitos legais, *“além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”*. Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo considera gorjeta ***“não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados”*** (Redação dada pela Lei nº 13.419, de 2017).

Em seu depoimento, o reclamante declarou que:

“(...) recebia valores que não constavam no holerite, que era uma comissão referente à taxa de 10% do que o cliente pagava para a empresa, que eram divididas para todos os funcionários; (...) que tal quantia era paga em dinheiro; que havia um ou outro funcionário que recebia por meio de depósito bancário; (...) que este pagamento era feito no mesmo dia para todos os funcionários, sendo que não era paga somente para os garçons; que era o mesmo valor para todo mundo; (...) que recebia em torno de R\$ 900,00 por mês de comissão; que não sabe precisar quantos clientes atendia, mas que eram muitos por dia; que o tíquete médio era entre R\$ 30,00 e R\$ 35,00; que eram entre 3 e 5 garçons que trabalhavam por dia, isto porque tinha três fixos, mais dois ‘taxas’ mais ou menos, os quais não vinham trabalhar

todos os dias (...)” (Gravação Audiovisual - PJE - mídias).

Por sua vez, a testemunha C. disse o seguinte:

“(...) trabalha para a reclamada **desde março de 2014**; que trabalhou junto com o reclamante na loja da Av. Comendador Franco, 438x, Curitiba - Pr; que o nome fantasia da reclamada é ‘J. P. Ltda’; (...) que não havia cobrança de 10% sobre a conta dos clientes; que havia a possibilidade de os clientes darem gorjeta, de forma espontânea aos garçons; que não sabe qual era o valor destas gorjetas que eram pagas pelos clientes; que poderiam ser entre 5 e 10 reais; que quem decidia quanto seria este valor era o cliente; **que tanto o cliente, quanto o garçom não informavam este valor à empresa**; (...) **que nunca foi cobrado de funcionário descontos de extravio/quebras de utensílios do restaurante**; (...) **que caso tenha havido uma reunião, que tratou do assunto, ela não teria feito menção de que haveria descontos no salário dos funcionários em decorrência de utensílios quebrados/furtados/extraviados**; que provavelmente apenas houve uma orientação na reunião no sentido de que os funcionários cuidem dos utensílios que são utilizados ‘na casa’; que não se recorda desta reunião; (...) **que não havia desconto de comissão**; (...)” (Gravação Audiovisual - PJE - mídias).

A princípio, o depoimento da testemunha C. não comprova as alegações feitas pelo reclamante, no entanto, analisando-se a mídia anexada aos autos com a inicial, chega-se a outra conclusão.

Neste sentido, ouvindo-se a gravação “Track01” existente no “CD-r” nº 01, de fato, verifica-se se tratar de uma reunião, na qual uma pessoa do gênero feminino **com a voz idêntica a da testemunha Cleide** está falando e passando várias orientações aos funcionários da reclamada, mencionando o nome “Marco” (reclamante - 1’26”), bem como se identificando **ela própria a certa altura da gravação como C. (5’07” e 7’24”)**.

Na referida gravação a sra. C. ainda mencionou que “(...) *tem dúvida de salário, tem dúvida de **comissão**, tem dúvida de ‘não sei o quê’, **é Cleide, C. está aqui**, não é a Ivanilde que vai resolver o seu problema, qualquer dúvida que você tenha de **comissão**, de salário, eu estou aqui*” (11’03” até 11’16”); que **“eu só estou preocupada que o mês que vem a gente vai tentar manter o mesmo nível de comissão para vocês, senão...”** (12’12” a 12’22”).

Na gravação "Track03", também do "CD-r" nº 01, a Sra. C. ainda referiu que: "(...) da questão dos talheres, hoje mais uma vez eu gastei R\$ 400,00 em **copos**, mais R\$ 400,00, em **talheres**, isso encarece (inaudível) para cima da nossa comissão. Então é assim, **é custo, é copo... a gente entende que acontece uma coisa ou outra que acaba quebrando, ainda mais estes copos que são super sensíveis, mas tem que tomar cuidado, tá? Tem que ter uma cautela maior porque isso aí vai influenciar tudo na comissão. Tudo que estou tentando desejar a vocês é que vocês tenham uma comissão decente, isso porque o salário não é alto, né? Então o que mais fortalece o nosso salário aqui na casa é a nossa comissão.** Então tudo isso isso daí não é para quebrar, **o que é quebrado é descontado da nossa comissão.** Se é por lei ou não é, a empresa desconta, tá? isso é claro (inaudível) E a mesma coisa é a taxa, então é por isso que estou tentando, e estou sendo super chata em relação a isso, por conta desta situação. Tem que controlar" (004" até 01'03").

Após, alguns dos empregados da reclamada questionaram quanto aos talheres, que não seria culpa deles o extravio/furto/quebra, pois todo dia os talheres sumiam, ou ficam escondidos debaixo da bandeja e se extraviavam, apesar de eles observarem tal fato sempre, sendo que então a sra. C. mencionou o seguinte: "Não se pode dizer que é um ou outro, mas pode acontecer falha (...) Eu, não estou brigando com vocês, estou apenas pedindo para vocês ajudarem. Sabe, porque, assim, gente não é justo. É mesma coisa quando vocês verem uns 'demoninhos' quebrando os brinquedos, dá uma olhadinha com cara feia faz eles pararem, porque **isso tudo entra como quebra de caixa para a gente**; certo? Então é assim, não é que eu estou brigando, eu estou pedindo para vocês me ajudarem a controlar. Você falar e controlar os taxas que estão indo (trabalhar) com vocês. (inaudível). Por que quem não está aqui fixo não está preocupado em ficar recebendo no final do mês, ela (a pessoa) está preocupada em receber a taxa e ir embora. Isto por que (inaudível) é parceira e ela sabe. Comigo ela é (inaudível), até o momento. **Eu também peço que vocês, por favor me ajudem, porque eu não quero chegar no final do mês e vocês estarem recebendo uma comissão baixa, porque a gente está tendo muita despesa aqui na casa.** (...)" (1'04" até 02'36").

Ao contrário do aduzido pela reclamada nas suas razões recursais, está claro que as referidas gravações foram feitas no local de trabalho do reclamante, possivelmente durante uma ou mais reuniões, isto porque além do reclamante e da sra. Cleide, outras pessoas, as quais, ao que tudo indica, são funcionários da reclamada, também se pronunciavam durante as referidas gravações, mencionando

questões relativas ao labor na reclamada, sendo que quem comanda a referida reunião é a sra. Cleide.

Ademais, mesmo que a reunião tivesse sido realizada em outro local que não a sede da reclamada, é possível identificar pelo menos dois interlocutores nessas gravações, ou seja, o reclamante e a sra. Cleide, os quais claramente tratam de situações envolvendo o labor na reclamada, de modo que pouco importa o local onde a referida reunião foi realizada.

Em outra senda, não é o caso de as referidas gravações se tratarem de meros indícios de que a sra. C. faltou com a verdade em seu depoimento prestado nos presentes, **mas de prova cabal**, isto por que o reclamante é um dos seus interlocutores em ambos os áudios, o que, como se viu no tópico anterior, atesta a validade da prova como sendo lícita, bem como que a própria sra. C. se identifica durante a gravação e que não havia qualquer impedimento legal para que a referida gravação fosse realizada pelo reclamante.

Quanto ao contido nos áudios, ante o teor dos mesmos, também está claro que a sra. Cleide, por se tratar da gerente da reclamada, **confessou tanto a existência das comissões**, as quais se relacionavam às gorjetas próprias e impróprias percebidas pelo reclamante e demais garçons, **quanto à questão envolvendo os valores que eram descontados das referidas comissões no caso de quebras/furtos/extravios de utensílios do restaurante.**

Portanto, a reclamada não possui razão na sua insurgência recursal, uma vez que, por meio, das gravações trazidas aos autos pelo reclamante, ficou evidenciado que existiam comissões pagas pela reclamada que se relacionavam às gorjetas, bem como que havia desconto ilegal nas referidas comissões pela perda/quebra/furto de utensílios utilizados pelos clientes da reclamada.

Desta forma, reconhecido o pagamento e a natureza salarial das comissões/gorjetas, cabível a integração à remuneração da reclamante e os reflexos decorrentes, bem como também é devida a restituição de valores descontados nos termos definidos na r. sentença.

Com relação à insurgência recursal do reclamante, destaca-se o entendimento adotado na decisão proferida pelo Exmo. Desembargador Ney Fernando Olivé

Malhadas, no julgamento do Recurso Ordinário de nº 0010552-46.2016.5.09.0015, publicado no DJ em 22/04/2019, a quem peço vênia para transcrever:

"[...] Conforme leciona Vólia Bomfim Cassar:

'As gorjetas, ou outras espécies de pagamento indireto, são concedidas por terceiro com a finalidade de estimular, agradar ou obter vantagens com o trabalho prestado pelo empregado. Só o faz porque o trabalhador está executando seus serviços naquele estabelecimento.

Neste sentido, a natureza jurídica da gorjeta é uma gratificação paga pelo terceiro (e não pelo empregador) ao empregado, em virtude do serviço que é prestado durante seu expediente de trabalho.

(...)

É comum os empregados ajustarem o rateio das gorjetas. A praxe do mercado demonstra que os garçons ficam com 7%, os comins e ajudantes com 2% e o cozinheiro com 1%. Não há qualquer ilegalidade nesta prática, pois decorre do costume ou do ajuste, mesmo que tácito.' (in Curso de Direito do Trabalho, Impetus, 5ª Ed., 2011. p. 806 e 809 - grifos nossos).

Assim, via de regra, considerando o costume de pagamento de tal parcela, comungo do entendimento singular de que não há 'qualquer fundamento legal, convencional ou contratual a amparar a pretensão de que a totalidade do montante pago a esse título seja destinada ao garçom que atendeu determinada mesa. Ao revés, normalmente tais valores são objeto de rateio, tanto entre os próprios garçons como entre os trabalhadores da cozinha. Tal é razoável, pois certamente a qualidade da experiência do cliente, no restaurante - e, por consequência, a probabilidade de que este se disponha a pagar a taxa de serviço de 10% - passa não apenas pela atuação do garçom que o atende, mas, em certa medida, pelo trabalho de todo o staff do restaurante, em especial dos trabalhadores da cozinha'.

Da mesma forma, cita-se como precedente: RO 0001670-83.2016.5.09.0019, de relatoria do Exmo Desembargador Altino Pedrozo dos Santos, publicado em 24/07/2018, da 7ª Turma deste TRT 9ª Região.

De qualquer maneira, o pedido feito pelo reclamante nas suas razões recursais (R\$ 2.600,00) é descabido, mesmo porque ele próprio mencionou em seu depoimento que "**recebia em torno de R\$ 900,00 por mês de comissão**", valor que é R\$ 1.700,00 inferior ao por ele sugerido nas razões recursais.

Desta feita, em que pese a sra. C. ter confessado nos áudios gravados e anexados aos autos que tanto o reclamante percebia comissões, quanto eram descontados valores ilegalmente destas comissões, é razoável que se estabeleça que o valor da comissão do reclamante era de 20% do seu salário, bem como que os descontos ocorridos eram no percentual de 10% destas comissões, isto porque tal valor era rateado entre todos os funcionários da reclamada, o que, por certo diminuía o valor das comissões, não tendo o reclamante, sequer se desincumbido do seu ônus probatório de comprovar que recebia R\$ 900,00 mensais a título de comissões (conforme o afirmado por ele em seu depoimento).

Ademais, se ressalta que o fato de o valor das comissões ser rateado por todos os funcionários, prática que é legal e justa, e que por certo acarreta na diminuição do valor das comissões/gorjetas que o reclamante perceberia, caso somente os garçons recebessem tal gratificação.

Destaca-se também ser razoável a aplicação do artigo 460, da CLT (*“Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante”*) ao caso dos autos; bem como da súmula 354, do c. TST (*“As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado”*), perdurando o decidido na r. sentença, também neste sentido.

Por fim, com relação ao pedido feito pela reclamada, no sentido de ser excluída da condenação a expedição de ofício ao MPT, além de se constatar, conforme o acima transcrito, que havia prática da reclamada de utilizar gorjetas percebidas pelos seus funcionários para custear despesas com utensílios furtados/quebrados/extraviados, na gravação feita pelo reclamante (“CDr 01”, “Track01”) a sra. C. afirmou o seguinte: *“A empresa vai fazer mudança na razão social, o motivo que me foi passado é que a empresa deixou de ser ‘simples’, e a empresa que é ‘simples’ de pequeno porte comporta até nove empregados registrados somente e a nossa empresa tem dezesseis, tá? E isso a nível de fiscalização da Receita Federal ‘barrou’, não pode, então a empresa vai ter que mudar todos os tributos, todos os impostos, porque ela deixou de ser pequena, para ser de médio porte. **Por esse motivo, quem é registrado vai ter que fazer uma rescisão, a empresa vai ter que fazer uma rescisão com todos, certo? Com todos,***

pagando devidamente o que tem que ser pago, nesse período em que vocês vão ficar sem carteira. Vai sujar a carteira? não vejo como sujar, isto porque a empresa vai tirar vocês de uma e por vocês em uma outra empresa" (Alguém questionou se iria apenas trocar o CNPJ e a sra. C. respondeu que sim). (8'31" até 9'16").

Depois a sra. C. continuou: *"Para mudar tudo tenho que tirar vocês, para fechar uma empresa eu tenho que tirar tudo o que eu tenho nela... 'Ah é eu tenho mês de casa, você também', 'ah eu teu 7 meses, você também', 'ah eu tenho um ano, você também', 'ah você tem sete dia, você também'* (risos) (...) ***Isso aconteceu há dois anos atrás, não sei por qual motivo, mas aconteceu. Estou oficializando isto para vocês. Quando acontece isso? no final do mês. Certo? Até o final deste mês tem que acontecer isso. Data certa eu não sei. Ah eu vou receber?. Vai receber tudo o que é por direito, conforme o tempo de carteira que vocês tem. OK? E não é assim, é uma situação que não era para acontecer, mas aconteceu e tem que fazer, senão a empresa aplica a multa (sic) e o negócio vai...*** (inaudível)" (9'17" até 10'18").

Logo, ante a fraude praticada pela reclamada, é o caso de se oficiar o Ministério Público do Trabalho, nos termos da r. sentença.

Conclusão.

Nega-se provimento aos recursos ordinários do reclamante e da reclamada.

Ofício MPF - Crime de falso testemunho

A reclamada se insurge contra a r. sentença aduzindo que a sra. Cleide, em seu depoimento prestado em Juízo, teria respondido apenas o que ela se lembrava; que não há prova nos autos de que ela fosse uma das interlocutoras das gravações; que *"o fato da testemunha não ter ouvido sequer a conversação na qual estaria inserida, impediu à mesma de explicar qual o contexto ou quais os motivos que levaram às afirmações feitas"*; e que inexistente nos autos qualquer evidência de que a referida testemunha teria alterado a verdade dos fatos em seu depoimento (fl. 198).

Pleiteia seja afastada a determinação de expedição de ofício ao MPF para apuração do crime de falso testemunho, cometido pela sra. C. C..

Analisa-se.

O MM. Juízo de origem, por considerar que *"Pelos mídias juntadas aos autos pelo autor, observa-se que a ré cobrava dos clientes o adicional de contas e, em parte, distribuía-os entre os empregados, sem considerá-las na remuneração. Além disso, de acordo com as gravações, a própria sra. C. informa que a ré descontava das gorjetas (chamada de comissões), os valores relativos a copos quebrados, talheres furtados e quebra de caixa";* e que *"A testemunha C. C., advertida e compromissada, em juízo, ao ser indagada negou que a ré cobrasse sobre as contas o referido adicional de contas ou descontasse valores relativos a quebras das gorjetas. Constata-se, assim, que a testemunha C. faltou com a verdade perante o Juízo"*, determinou que fosse oficiado ao *"Ministério Público Federal, ante os indícios de falso testemunho da testemunha C. C., para que tome as providências que entender cabíveis"* (fls. 155/156).

Na hipótese dos autos, embora não se possa dizer que a sra. C. não negou expressamente que havia uma comissão que era paga aos empregados da reclamada, e que se referia às gorjetas obtidas pelos garçons, esta mencionou em seu depoimento que ***"nunca foi cobrado de funcionário descontos de extravio/ quebras de utensílios do restaurante"***, sendo que o conteúdo da gravação feita pelo reclamante indica exatamente o contrário.

A determinação de expedição de ofício às autoridades competentes é dever do magistrado ante a ocorrência de eventual crime. A situação dos autos envolve potencial crime previsto no art. 342 do Código Penal.

Portanto, adequada a determinação do MM. Juízo de base, que se limitou a ordenar a expedição de ofício ao MPF, noticiando eventual ocorrência de crime de falso testemunho, de forma que caberá a tal órgão se manifestar sobre a existência de indício de crime e necessidade de apuração dos fatos.

Sobre o tema, cita-se o seguinte precedente deste E. Tribunal: RO 09928-2009-663-09-00-9, acórdão publicado em 08/04/2011, de relatoria da Exma. Des. Sueli Gil El Rafihi, contando com a seguinte ementa:

"CRIME DE FALSO TESTEMUNHO - ENCAMINHAMENTO, DE OFÍCIO, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU- O crime de falso testemunho tem previsão no Código Penal no Título XI ("Dos crimes contra a administração pública"), Capítulo III ("Dos crimes contra a administração da justiça"), artigo 342, obrigando o magistrado - diferentemente da faculdade conferida ao cidadão comum pelo § 3º do artigo 5º do CPP-, a informar ao órgão competente a ocorrência de

falsas declarações pelas testemunhas. Logo, verificada, a existência, em tese, da conduta delituosa - eis que nitidamente contraditória a testemunha, buscando visivelmente beneficiar a parte que a arrolou -, nada mais fez, o magistrado, do que se valer do poder-dever de bem conduzir a relação processual. Sentença que se mantém.”

Mantém-se.

RECURSO DO AUTOR M. I. F.

Vínculo empregatício. Tempo de serviço

O reclamante se insurge contra a r. sentença, aduzindo que a prova oral comprovou o fato de que ele manteve vínculo de emprego com a reclamada desde 03/03/2015; e que por meio do endereço eletrônico “https://www.tripadvisor.com.br/Restaurant_Review-g303441-d6622779-Reviews-or370-F._G._H.-Curitiba_State_of_Parana.html” é possível identificar um elogio de um cliente feito ao reclamante na data de 25/07/2015, o que comprovaria que este possuía vínculo de emprego com a reclamada, já antes do registro em CTPS.

Postula seja reconhecido o vínculo empregatício deste com a reclamada, nos termos pleiteados na inicial.

Analisa-se.

O MM. Juízo de origem, por considerar que não ficou caracterizada na relação existente entre o reclamante e a reclamada no período entre 03/03/2015 e 05/01/2016 a habitualidade na prestação de serviços, rejeitou o pleito inicial de reconhecimento de vínculo empregatício relativamente ao referido período.

Para o reconhecimento do vínculo de emprego, é essencial o preenchimento de todos os requisitos do artigo 3º da CLT, que considera empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salários. Logo, cinco são os requisitos imprescindíveis para a caracterização do vínculo empregatício: prestação de serviços por pessoa física, pessoalidade, **não-eventualidade**, onerosidade e subordinação.

Na petição inicial, o reclamante aduziu o seguinte:

“(...) Em 3 março de 2015, o Reclamante foi contratado como garçom freelancer, trabalhando por dia na empresa Reclamada, ocorre que

desde o primeiro dia prestou serviços como garçom contratado, a Empresa tinha como política chamar alguns ajudantes contratados esporadicamente para exercer a função de cumim, os quais auxiliavam os garçons em dias em que grande movimento.

Desde o início o reclamante já recebia salário, e não diárias, e trabalhou desde março de 2015 até o dia 05 de janeiro de 2016 sem nenhum tipo de registro. Durante esse período, recebia apenas o valor do salário combinado, não tinha direito ao pagamento correto das gorjetas, ou qualquer outro benefício, mesmo cumprindo TODOS os requisitos que caracterizam a relação de trabalho, sendo prestado por pessoa física, na pessoa do Reclamante, ele era subordinado a Gerência da Reclamada, mediante pagamento, e trabalhava na mesma escala de trabalho dos demais funcionários, seis dias por semana.

Em 05 de Janeiro de 2016, foi registrado, com o salário de R\$ 1.063,37 (mil e sessenta e três reais e trinta e sete centavos).

Trabalhou efetivamente até o dia 8 de maio de 2016, quando foi demitido sem justa causa. Posteriormente foi homologada uma rescisão, sem a presença de um representante do sindicato, nem um advogado, e sem uma acuidade e comprometimento com os fatos ocorridos, uma vez que a rescisão apresenta uma série de erros que abordaremos em seguida (...)” (fl. 06).

Em contestação, a reclamada negou as alegações feitas pelo reclamante, aduzindo ainda que *“O reclamante, antes da sua contratação em 05.01.2016, trabalhou de forma eventual e por recebimento de diárias, mais conhecido como ‘taxa’, em não mais do que duas oportunidades semanais, principalmente em finais de semana. A prestação de serviços em tela é absolutamente comum no ramo de bares e restaurantes, sendo que o autor, quando eventualmente convocado, recebia o valor fixo de R\$ 60,00 por dia”* (fl. 98).

Nos termos dos artigos 818, I, da CLT, e 373, I, do CPC, incumbia ao reclamante a prova de suas alegações e, nos termos do inciso II do referido artigo, cabia à reclamada comprovação dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do reclamante.

Portanto, incumbia ao obreiro comprovar que preenchia os requisitos necessários para a caracterização de vínculo empregatício, bem como incumbia à reclamada a comprovação do fato impeditivo do direito do reclamante, uma vez que, apesar de ter negado o vínculo empregatício, admitiu a prestação de serviços.

Em seu depoimento, o reclamante declarou que:

“(...) iniciou a prestação de serviços em meados de março de 2015; que fazia ‘taxa’; que ‘taxa’ é como se fosse um extra, que ia todo dia fixo, e que a empresa pagava por fora; que era chamado todo dia; que pagavam a remuneração diariamente em tais ocasiões; que pagavam R\$ 80,00 por dia; que foi registrado em 06/01/2016; que não houve alteração das funções depois que foi registrado; que houve alteração no horário, pois passou a entrar em torno de 30 minutos mais cedo (...)” (Gravação audiovisual - PJE mídias).

Por sua vez, a testemunha C. asseverou que:

“(...) o reclamante fazia trabalho esporádico com a reclamada desde setembro de 2015; que eventualmente ele fazia ‘taxa’ em finais de semana; que em janeiro de 2016 ele foi efetivado, pois surgiu uma oportunidade de vaga efetiva na casa; (...)” (Gravação audiovisual - PJE mídias).

Nas gravações trazidas aos autos pelo reclamante não existe qualquer afirmação feita pela sra. Cleide, no sentido de desmentir o por ela afirmado em audiência.

Desta feita, o conteúdo do depoimento da testemunha Cleide, única a prestar depoimento nos autos, não deixa dúvidas de que o reclamante, até janeiro de 2016, prestava serviços apenas de forma esporádica à reclamada, faltando o requisito da não eventualidade para que se caracterizasse o vínculo empregatício entre as partes no período almejado pelo reclamante, tal qual como foi concluído na r. sentença.

Existe outra gravação anexada pelo reclamante, no qual o seu procurador conversa, por meio de uma ligação telefônica, com uma pessoa chamada “Bruno”, na qual este último afirma que antes de o reclamante laborar com carteira assinada, este laborava como “taxa”, mas que ao contrário dos outros “taxas”, o obreiro era chamado pela reclamada para ir trabalhar todos os dias.

Todavia, ao contrário, das gravações que contêm os áudios da sra. Cleide, esta última gravação não pode ter sua autenticidade presumida, isto porque não há prova de que um dos seus interlocutores, de fato, fora empregado da reclamada, bem como porque tais declarações não foram prestadas pelo sr. Bruno em Juízo, pois, se realmente o reclamante julgasse que o depoimento desta pessoa fosse corroborar

com a sua tese, deveria tê-la arrolado nos autos como testemunha, o que não o fez, incorrendo em preclusão, não sendo o caso, portanto, de presumir que uma ligação telefônica feita pelo procurador do obreiro a um suposto funcionário da reclamada possa gozar de presunção de veracidade.

Por fim, o elogio feito por cliente da reclamada ao reclamante, mencionado por este nas suas razões recursais apenas indica que o obreiro pode ter prestado serviços à reclamada em data próxima a 25/07/2015 como “taxa”, não comprovando de forma cabal a habitualidade na prestação de serviços, e muito menos que este possuía vínculo empregatício com a reclamada na referida data.

Logo, **nada a deferir.**

Valor atribuído à gratificação

Tópico analisado em conjunto com o recurso da reclamada.

Nega-se provimento.

CONCLUSÃO

Em Sessão Extraordinária realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Sergio Guimaraes Sampaio; presente a Excelentíssima Procuradora Darlene Borges Dorneles, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Sergio Guimaraes Sampaio, Archimedes Castro Campos Junior e Marco Antonio Vianna Mansur; **ACORDAM** os Desembargadores da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **EM NEGAR-LHES PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 17 de dezembro de 2019.

SÉRGIO GUIMARÃES SAMPAIO

Relator