PUBLICADO

CORTE DE APELAÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS

PARA O QUARTO CIRCUITO

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

No. 15-1583

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

LAURA MCFEELEY, em seu nome próprio e no de outras similarmente situadas, também conhecida como Dinasty; DANIELLE EVERETT, também conhecida como Jasmine; CRYSTAL NELSON; DANIELLE ARLEAN MCKAY; JENNY GARCIA; PATRICE HOWELL,

Reclamantes - Recorridas

e

EBONY WASHINGTON; FERRIS PACE; SHANIEKA DANIELS; SCHARLENE ALUGBUO; NICOLE PRECIOUS GREY; TARSHEA JACKSON; CLEMENTINA IBE, como representante pessoal do espólio de Sharlene Alugbuo,

Reclamantes

versus

JACKSON STREET ENTERTAINMENT, LCC, com nome comercial Fuego Exotic Dance Club e Club Extasy Exotic Dance Club; RISQUE LLC, com nome comercial Fuego Exotic Dance Club; QUANTUM ENTERTAINMENT GROUP, LCC, com nome comercial Fuego Exotic Dance Club; NICO ENTERPRISES, INC. com nome comercial Fuego Exotic dance Club; XTC ENTERTAINMENT GROUP, LLC, nome comercial Fuego Exotic Dance Club, UWA OFFIAH,

Réus - Recorrentes

---------------------------------------------------------------------

SECRETÁRIO DO TRABALHO

*Amicus Curiae* em favor dos recorridos

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Recurso da Corte Federal para o Distrito de Maryland, em Greenbelt. Deborah K. Chasanov, Juíza Distrital Senior. (8:12-cv-01019-DKC)

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Sustentado: 11 de maio de 2016 Decidido: 08 de junho de 2016

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Perante WILKINSON, GREGORY e DIAZ, Juízes do Circuito

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Decisão mantida conforme razões publicadas. O Juiz Wilkinson redigiu a decisão, com a qual concordaram o Juiz Gregory e o Juiz Diaz.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**SUSTENTAÇÃO:** Michael Lloyd Smith, SMITH GRAHAM & CRUMP LCC, Largo, Maryland, pelos recorrentes. Gregg Cohen Greenberg, ZIPIN, AMSTER & GREENBERG, LCC, Silver Spring, Maryland, pelos recorridos. Katelyn Jean Poe, DEPARTAMENTO DE TRABALHO DOS ESTADOS UNIDOS, Washington, D.C., como Amicus Curiae. **ARRAZOADOS:** Michael K. Amster, ZIPIN, AMSTER & GREENBERG, LCC, Silver Spring, Maryland, pelos recorridos. M. Patricia Smith, Procuradora do Trabalho, Jennifer S. Brand, Procuradora Associada, Paul L. Frieden, Assessor para Litígio em Apelação, DEPARTAMENTO DE TRABALHO DOS ESTADOS UNIDOS, Washington D.C., como Amicus Curiae.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

WILKINSON, Juiz do Circuito:

Neste caso, as dançarinas exóticas processaram os clubes de dança onde trabalhavam porque eles deixaram de cumprir a *Fair Labor Standards Act* *(FLSA)* e as correspondentes leis sobre salários e jornada de trabalho do Estado de Maryland. A Justiça Federal de primeiro grau decidiu que as reclamantes eram empregadas e não trabalhadoras autônomas. Aquele juízo abordou adequadamente a relação econômica sob exame, e nós agora decidimos manter este julgamento.

I.

As reclamantes, conforme observado, são dançarinas que trabalhavam para Fuego Exotic Dance Club (Fuego) e Extasy Exotic Dance Club (Extasy) no Condado de Prince George, Maryland, por diversos períodos de tempo, entre abril de 2009 abril de 2012. O réu Uwa Offiah é o proprietário e administrador tanto de Fuego quanto de Extasy. Não há nenhuma outra parte com interesses financeiros nestes clubes.

As reclamantes alegam em nome próprio e no de outras em situação similar, que os clubes ora réus e seu controlador Offiah as classificaram inadequadamente como trabalhadoras autônomas e não como empregadas, em razão do que deixaram de lhes pagar o salário mínimo conforme exigido pela Fair Labor Standards Act (FLSA), nos termos dos artigos 29 U.S.C. § 201 e seguintes, e pela Maryland Wage and Hour Law (MWHL), Md Code Ann., & Empl. § 3-401 e seguintes (West 2014), e a Maryland Wage Payment and Wage Collection Law (MWPWC), Md. Code Ann., Lab & Empl. § 3-501, e seguintes (West 2014). Elas processaram os réus por salários não pagos e indenização de perdas e danos. Os réus negaram que as reclamantes fossem empregadas em qualquer momento da sua relação de trabalho e suscitaram reconvenção, cujos pedidos foram denegados, alegando quebra de contrato, enriquecimento ilícito, apropriação indébita e fraude.

De início, devemos resumir as relações de trabalho entre as dançarinas e os clubes. Qualquer candidata a dançar em um dos clubes necessitava preencher um formulário e fazer uma apresentação teste ou audição. Os réus solicitavam a todas as dançarinas contratadas que assinassem um acordo denominado "Acordo de Aluguel de Espaço para Fins Comerciais" que expressamente classifica as dançarinas como trabalhadoras autônomas. Os clubes começaram a usar estes contratos depois de serem processados em 2011, por dançarinas que alegavam, da mesma forma que as ora reclamantes, serem de fato empregadas e não autônomas. O réu Offiah, por esta ocasião, consultou um advogado, que elaborou então uma minuta de contrato com a linguagem de "trabalhador autônomo".

Os deveres das reclamantes em Fuego e Extasy resumiam-se basicamente a dançar sobre o palco e sobre outras áreas nos dois clubes. Jamais os clubes pagaram às dançarinas um salário-hora ou qualquer outra forma de remuneração. Ao contrário, o pagamento das reclamantes era limitado a gorjetas e taxas pelo seu desempenho pagas diretamente pelos clientes. Os clubes cobravam ainda um "*couvert*" de qualquer pessoa que entrasse no clube, fossem os clientes ou as próprias dançarinas. As dançarinas e os clubes divergem sobre outros aspectos de sua relação de trabalho, incluindo horários de trabalho e normas de conduta.

Em 03 de janeiro de 2014, as reclamantes formularam um pedido para julgamento em procedimento sumário, e os réus impugnaram este requerimento. O juízo de primeiro grau acolheu parcialmente o pedido, concluindo que as reclamantes eram empregadas e não trabalhadoras autônomas, tanto sob a lei federal, como sob a lei estadual. Ao estabelecer esta conclusão, o juízo *a quo* usou o critério dos seis fatores das "realidades econômicas", usado para distinguir empregados e trabalhadores autônomos. O juízo de primeiro grau enfatizou especialmente "o grau de controle que o suposto empregador detém sobre a forma de execução do trabalho". Schultz v. Capital Int´l Sec, Inc., 466 F 3d 298, 304-05 (4th Cir. 2006), observando que os réus "exerciam controle significativo sobre o ambiente, a clientela e as operações dos clubes". J. A. 966-97.

O juízo de origem reservou várias questões sobre condenação monetária para o júri. Antes do julgamento, as reclamantes formularam um requerimento liminar para que os réus fossem proibidos de solicitar a quebra do seu sigilo fiscal, bem como sobre as gorjetas e taxas recebidas. Depois de ouvir ambas as partes, o juízo *a quo* deferiu o pedido das requerentes.

O caso foi julgado perante o júri entre os dias 03 e 05 de fevereiro de 2015. O juiz de primeiro grau rejeitou as impugnações do réu a respeito das instruções aos jurados e dos quesitos que lhes foram formulados. O júri decidiu em favor das reclamantes e reconheceu-lhes o direito à indenização por danos decorrentes de salários não pagos.

Em separado, o juízo *a quo* ouviu testemunhas sobre a questão da indenização por perdas e danos, e da alegada defesa de boa fé dos réus, tendo concluído que estes consultaram um advogado em setembro de 2011 a respeito da classificação das dançarinas como trabalhadoras autônomas, e desde então acreditavam que não estavam agindo em violação a *FLSA*. A decisão de primeiro grau deferiu o pedido de perdas e danos somente em relação ao período anterior a setembro de 2011. Os réus formularam um requerimento para que o caso fosse apreciado como questão de direito, ou então para que fosse designado novo julgamento. Ambas os pedidos foram indeferidos em 05 de maio de 2015. O presente recurso foi então interposto.

II.

Os recorrentes buscam a revisão de cinco questões: (1) se as reclamantes eram empregadas ou trabalhadoras autônomas sob a FLSA e leis estaduais conexas; (2) se os réus agiram em boa-fé no período anterior a Setembro de 2011 e portanto não eram responsáveis pelas perdas e danos, relativamente àquele período; (3) se o juízo de primeiro grau errou ao indeferir a pretensão dos réus em obter os registros fiscais das autoras, bem como suas gorjetas e demais ganhos; (4) se o juízo de primeiro grau errou ao formular suas instruções ao júri e ao elaborar os quesitos aos jurados; e (5) se o juízo de primeiro grau errou ao negar o pedido dos réus para que o caso fosse julgado como questão de direito ou então para que fosse determinado novo julgamento. Cabe-nos enfrentar estes pontos na devida ordem.

A.

Determinar se um trabalhador é um empregado ou um prestador de serviços autônomo sob a *FLSA* é uma questão legal que pode ser reapreciada em grau de recurso. Schultz, 466 F.3d. a 304. Concordamos com a decisão de primeiro grau no sentido de que, com base na totalidade das circunstâncias de fato aqui apresentadas, as dançarinas de Fuego e de Extasy eram empregadas e estavam cobertas pela *FLSA* e leis estaduais análogas. Elas não eram autônomas. Considerando que as alegações das reclamantes com base nas leis trabalhistas de Maryland são formuladas paralelamente às fundadas na *FLSA*, nossa análise a respeito da lei federal se estende também às alegações relativas à lei estadual.

O Congresso promulgou a *FLSA* para proteger "os direitos daqueles que labutam, daqueles que sacrificam uma boa medida da sua liberdade e talentos para o uso e proveito de outros". Benshoff v. City of Va. Beach, 180 F 3d 136, 140 (4th Cir. 1999) (citando Tenn. Coal, Iron & R.R. Co. v. Muscoda Local No. 123, 321 U.S. 590, 597 (1944)). Ao buscar estes objetivos “humanitários e compensatórios”, id. (citando Tenn. Coal, Iron & R.R. Co., 321 U.S. 597), o Congresso aplicou a *FLSA* de forma abrangente, conforme se vê das definições legais dos termos "empregado" ("qualquer indivíduo empregado por um empregador"), "empregador" ("qualquer pessoa agindo direta ou indiretamente no interesse de um empregador em relação a um empregado"), e "empregar" ("obter ou permitir o trabalho"). 29 U.S.C. §§ 203 (d), (e)(1), (g). Esta norma determina um salário mínimo e o pagamento de horas extras para todas os empregados por ela cobertos. Id. §§206 e 207.

Para poder determinar se um trabalhador é um empregado sob a *FLSA*, as cortes examinam as "*realidades econômicas* da relação entre o trabalhador e o suposto empregador." Schultz, 466 F. 3d pg. 304. A pedra angular do teste das "realidades econômicas" é verificar se o trabalhador é "economicamente dependente do negócio para o qual ele presta serviço ou se ele está, como uma questão de realidade econômica, atuando por conta própria." Idem. A aplicação do teste se subdivide em seis fatores:

1. O grau de controle que o suposto empregador detém sobre a maneira pela qual o trabalho é prestado;
2. As oportunidades do trabalhador para lucrar ou perder dependendo de suas habilidades profissionais;
3. O investimento do trabalhador em equipamentos ou materiais, ou sua eventual contratação de outros trabalhadores
4. O grau de especialidade exigida pelo trabalho;
5. A permanência da relação de trabalho
6. O grau em que os serviços prestados constituem parte integral do negócio do suposto empregador.

Idem., pg 304-05. "Nenhum fator individualmente considerado é determinante". Idem, pg. 305 – todos os seis fatores são parte das circunstâncias apresentadas em sua totalidade. Veja-se Baystate Alternative Staffing, Inc. v. Herman, 163 F. 3d 668, 675 (1st Cir. 1998). Embora o teste dos seis fatores possa não ter a virtude de estabelecer uma orientação definitiva para os que são regulados por esta regra, ele permite uma aplicação flexível a uma miríade de diferentes condições de trabalho que existem na economia nacional. Em outras palavras, a corte deve adaptar a análise dos seis fatores à relação de trabalho em particular, ao local de trabalho em particular, e à indústria em particular, a cada caso em que se discute a incidência da *FLSA*.

B.

Aqui, como em tantas outras lides relativas à *FLSA*, reclamantes e réus apresentam narrativas divergentes sobre a sua relação de trabalho. As dançarinas exóticas alegam que todos os aspectos de seu trabalho nas casas Fuego e Extasy eram estritamente reguladas pelos réus, desde suas horas de trabalho até os seus ganhos e regras de conduta naqueles locais. Os clubes, não surpreendentemente, retratam as dançarinas como profissionais livres que comparecem e vão embora a seu talante e usam os clubes tão somente como um local que alugam para executar suas performances. Estas descrições contraditórias servem para lembrar-nos que a distinção empregado/autônomo não é traçada como uma linha clara, mas se apresenta na forma de um espectro, de modo que as cortes devem encarar a questão como sendo de grau e não de afirmação categórica.

Com base na integralidade das circunstâncias aqui apresentadas, a relação entre os reclamantes e os réus repousa sobre o lado “empregado” do espectro. Mesmo considerando que nós devamos ver os fatos sob a luz mais favorável aos réus, conforme Ctr. for Individual Freedom, Inc. v. Tennant, 706 F. 3d 270, 279 (4th Cir. 2013), não podemos aceitar a caracterização contraditória formulada pelos réus, que pinça alguns poucos fatos supostamente favoráveis à sua tese e menospreza os fatores muito mais numerosos e ponderáveis que apontam para a existência de uma relação de emprego. O elemento mais crítico dos fatos relativos a este caso é o primeiro fator do teste das “realidades econômicas”: o grau de controle que o suposto empregador detém sobre a maneira pela qual o trabalho é executado.

Os clubes insistem que tinham muito pouco controle sobre as dançarinas. Na visão dos clubes as reclamantes eram supostamente livres em determinar suas escalas de trabalho, como e quando iriam apresentar-se, e se poderiam dançar em outros clubes além de Fuego e Extasy. Mas a relação de trabalho flexível descrita pelos réus – do tipo que talvez seja o sonho de qualquer trabalhador – encontra pouco suporte nos autos. Ao contrário, as reclamantes descreveram e o juízo *a quo* descobriu os seguintes elementos claros de controle que os réus exerciam sobre as dançarinas:

* As dançarinas eram obrigadas a registrar sua chegada nas casas, bem como a pagar o "*couvert*" ou taxa de ingresso, cobrado tanto delas como dos clientes;
* Os clubes estabeleciam a escala de trabalho de cada uma das dançarinas. Conforme testemunho prestado pela reclamante Danielle Everett, "Eu acabei por ter uma escala de trabalho quando comecei na Fuego. Terça e quinta-feira lá, e segunda, quarta, sexta e sábado na Extasy." J.A. pg. 578 (testemunho de Everett). Este foi o típico depoimento testemunhal apreciado nos autos do julgamento sumário.
* Os clubes impunham regulamentos escritos que todas as dançarinas tinham que obedecer durante suas horas de trabalho. J.A. 768-77 (livro de regras dos clubes). Estas regras entravam em detalhes consideráveis, proibindo a bebida durante o trabalho, vedando cigarro nos banheiros do clube, bem como determinando que as dançarinas não poderiam permanecer à toa no estacionamento depois do trabalho. Era exigido que as dançarinas usassem sapatos adequados durante todo o tempo, não lhes sendo permitido trazer membros da família ou amigos ao clube durante as horas de trabalho. Violações ao regulamento dos clubes ensejavam a aplicação de penalidades, como suspensão ou desligamento. Embora os réus aleguem que não aplicavam de fato as regras, o juízo de primeiro grau bem observou que "o poder potencial do empregador em aplicar suas regras e administrar a conduta é uma forma de controle". J.A. 997 (quoting Hart v. Rick’s Cabaret Int´l, Inc., 967 F. Supp. 2d 901,918 (S.D.N.Y. 2013).
* Os clubes estabeleciam as taxas que as dançarinas deveriam cobrar dos clientes por danças privadas e determinava a forma com estas taxas e gorjetas deveriam ser cobradas. O regulamento explicitamente determina: "Não cobre além do estabelecido de nossos clientes. Se você o fizer, será expulsa do clube." J.A. 771.
* Os réus instruíam pessoalmente as dançarinas sobre seu comportamento e conduta no trabalho. Por exemplo, um gerente declarou que ele "'treinava' as dançarinas que em sua opinião não estavam tendo atitudes corretas ou que estavam se comportando inadequadamente." J.A. 997.
* Os réus administravam o ambiente e a clientela dos clubes, ao tomar todas as decisões relativas à publicidade, horário de funcionamento, e os tipos de comida e bebida vendidos, como também cuidavam da música e iluminação para as dançarinas. Idem.

Consideradas as circunstâncias, o juízo de primeira instância concluiu que o “controle significativo” que os clubes exercem sobre a forma pela qual as reclamantes executavam o seu trabalho guarda pouco semelhança com a latitude normalmente atribuída aos trabalhadores autônomos. J.A. 937. Nós concordamos. As muitas maneiras pelas quais os réus dirigiam as dançarinas atingem o nível de controle que um empregador tipicamente exerceria sobre um empregado. Concluir de forma diversa significaria menoscabar indevidamente o fator de controle patronal e excluir do âmbito de incidência da *FLSA* os trabalhadores para os quais ela foi concebida.

Nada disso significa sugerir que um trabalhador automaticamente se transforma em empregado coberto pela *FLSA* no momento em que uma empresa exerce qualquer controle sobre ele. Ademais, uma empresa que contrata um autônomo procura exercer algum controle, expressado oralmente ou por escrito, sobre os deveres no desempenho do contratado e sobre sua conduta dentro do seu estabelecimento. É de fato difícil imaginar uma das partes do contrato de prestação de serviços declarar despreocupadamente: “Faça o que lhe aprouver, onde quiser e conforme lhe agradar”. Uma empresa que aluga espaços ou que convida um trabalhador autônomo para dentro de sua propriedade poderia no mínimo pretender proibir que se fume ou que se jogue lixo no chão, ou ainda pode estabelecer horários de uso para manutenção do estabelecimento. Condições como estas, juntamente com os termos execução e pagamento, são parcela integrante do poder de barganha das partes de um contrato no qual a autonomia do trabalho não está em questão.

Se qualquer traço de controle ou qualquer restrição no uso de espaço pudesse transformar um autônomo em empregado, não reatariam mais trabalhadores daquela categoria. Trabalhadores e empresários poderiam assim amargar a perda da flexibilidade e liberdade conferida pelo contrato de prestação de serviços autônomos. Mas o grau de controle que os clubes exerciam aqui sobre todos os aspectos do trabalho individual das dançarinas e sobre a própria operação depõe em favor de uma relação de emprego. Cada um dos outros cinco fatores relativos ao teste das "realidades econômicas" pode ser tido como neutro ou como conducente à mesma direção.

Dois destes fatores relacionam-se logicamente entre si: "as oportunidades do trabalhador para lucrar ou perder dependendo de suas habilidades profissionais" e "O investimento do trabalhador em equipamentos ou materiais, ou sua eventual contratação de outros trabalhadores". Schultz, 466 F.3d, pg 305. A relevância destes dois fatores é intuitiva. Quanto mais os ganhos do trabalhador dependerem antes de sua capacidade organizacional do que da do empregador, e, ainda, quanto mais ele tenha investido no capital e força de trabalho da empresa, menor será a sua "dependência econômica do negócio" e mais provavelmente será ele um "autoempreendedor" e, consequentemente, um autônomo. Id. pg. 304 (citando Henderson v. Inter-Chem Coal Co., Inc., 41 F.3d 567, 570 (10th Cir. 1994)).

Os clubes tentaram arguir em seu favor estes dois fatores, ao ressaltar que as dançarinas dependiam de suas próprias habilidades e capacidades para atrair clientes. Eles, além disto, argumentam que elas vendiam entradas para os dois clubes, distribuíam panfletos promocionais, sobre os quais anexavam suas fotos. Conforme observado na decisão recorrida, entretanto, "este argumento – que as dançarinas podem granjear clientela para aumentar. seus lucros - tem sido quase que universalmente rejeitado." J. A. 999 (casos compilados). É natural para um empregado fazer sua parte na divulgação dos negócios do seu empregador, especialmente se os ganhos do empregado dependem disto. Um exemplo óbvio desta situação poderia ser o vendedor do comércio varejista que trabalha duro para convencer os transeuntes a entrar na sua loja. A habilidade que o empregado exerce neste contexto não é a de um gestor, mas a de um bom vendedor.

Aqui, a parte do leão das habilidades de gestão e investimento normalmente encontradiças em um empregador pertencia aos réus. O juízo de primeiro grau concluiu que os gerentes dos clubes "controlavam o fluxo da clientela que frequentava os clubes ao estabelecer seus horários de funcionamento, coordenavam e pagavam toda a publicidade, e administravam o ambiente interno dos clubes". J.A. 1001. Eles "em última instância controlavam um fator determinante - o preço - afetando a capacidade das reclamantes em ter lucro". Id. Em termos de investimento, os réus pagavam "aluguel por ambos os clubes; as contas dos clubes relativas a água e eletricidade; seguros dos empreendimentos; e publicidade impressa e em rádio," como também o salários dos demais empregados. Id. pg. 1002. O investimento das dançarinas estava limitado à sua própria roupa e, conforme a ocasião, comida e decorações que elas levavam aos clubes. Id. pgs. 1002-1003.

Tudo sopesado, então, as oportunidades das reclamantes para lucrar ou suportar prejuízo dependiam muito mais da tomada de decisões e atos de administração dos réus do que de si mesmas, e os investimentos dos réus na operação dos clubes excediam em muito a das reclamantes. Estes fatores de forma alguma corroboram a tese em favor de classificar as dançarinas como trabalhadoras autônomas.

Assim como ocorre em relação ao fator controle, porém, nenhum destes dois elementos deve ser superestimado. Aqueles que contratam trabalhadores autônomos são frequentemente eles próprios pequenos empreendedores ou microempresas que têm empregados próprios. Assim, eles muito provavelmente investiram em capital e trabalho necessário para a operação do negócio, comprometeram-se com as despesas gerais, e exerceram suas habilidades de administração de formas que afetam as oportunidades de ganho para seus trabalhadores. Estes componentes fundamentais que fazem parte da condução de uma empresa, todavia, dificilmente têm o condão de transformar, por si só, qualquer pessoa que com ela mantenha um contrato em "empregado" sob os ditames da *FLSA*. O enfoque, conforme sugerido pela enunciação destes dois fatores, deveria recair sobre a contribuição do trabalhador para o processo de tomada de decisão gerencial relativa à empresa. No caso presente, a proporção de capacidade gerencial e apoio operacional inclina-se acentuadamente para os clubes, inviabilizando classificar as dançarinas como autônomas.

Os três fatores restantes são mais periféricos para esta disputa e serão discutidos apenas brevemente: o grau de habilidade demandada pelo trabalho; a permanência da relação de trabalho; e o grau em que os serviços prestados constituem parte integral do negócio do suposto empregador. No que diz respeito ao grau de habilidade requerido, os clubes admitem que eles não exigiam que as dançarinas tivessem experiência anterior com dança. A decisão de primeiro grau concluiu adequadamente que "o grau mínimo de habilidade requerida para apresentação de dança exótica nestes clubes" sustenta a sua classificação como empregado. J.A. 1003-04. Além disto, mesmo a habilidade demonstrada pela mais talentosa bailarina de uma companhia de balé dificilmente seria suficiente por si só para caracterizar o seu trabalho como autônoma.

No que diz respeito à permanência da relação de trabalho, as cortes em geral atribuem a este fator pouco peso em casos apresentados por dançarinas exóticas em ração do caráter inerentemente "itinerante" de seus trabalho. J.A. 1004-05; veja-se também Harrel v. Diamond A Entm't, Inc., 992 F.Supp.1343,1352 (M.D. Fla. 1997). Neste caso, os réus a as reclamantes mantinham um "contrato que poderia ser rescindido unilateralmente por qualquer das partes a qualquer momento." J.A. 1005. Uma vez que este tipo de acordo poderia dar-se tanto em relação a um empregado como em relação a um autônomo, dependendo das circunstâncias da relação de trabalho, nós concordamos com a decisão de primeiro grau no sentido de que este elemento temporal não afeta o resultado aqui.

Finalmente, em relação à importância dos serviços prestados para o negócio da companhia, mesmo os réus tiveram que reconhecer que "um clube de dança exótica não poderia funcionar, muito menos ser lucrativo, sem dançarinas exóticas." Petição de *amicus curiae* em apoio aos recorridos 24. De fato, "as dançarinas exóticas eram a única fonte de entretenimento para os clientes ... especialmente considerando que nenhum dos clubes servia álcool ou comida." J.A. 1006. Considerando todos os seis fatores conjuntamente, particularmente o alto grau de controle sobre as dançarinas, a totalidade das circunstâncias apresenta-se claramente em favor de uma relação empregador-empregado entre autoras e réus. O juízo de primeiro grau estava certo em classificá-la assim.

III.

A.

Baseadas na sua interpretação de que eram empregadas e não autônomas, as dançarinas processaram os réus por salários não pagos, além de perdas e danos. Os clubes tentaram evitar sua responsabilidade de duas formas. Primeiro, eles suscitaram uma defesa de boa-fé para proteger-se do pedido de indenização por perdas e danos. Segundo, eles requereram que as gorjetas e taxas pagas pelos clientes às dançarinas sejam abatidas de qualquer indenização em que os clubes venham a ser condenados. A despeito das questões da boa-fé e da compensação, a quantia devida a cada reclamante não está em questão.

Nós reexaminamos nesta parte a decisão de primeiro grau que concedeu indenização por perdas e danos decorrente de abuso de discricionariedade. Perez v. Mountaire Farms, Inc., 650 F. 3d 350, 375 (4th Cir. 2011). A *Federal Labor Standars Act* permite aos empregados por ela cobertos processar o empregador por "salários e horas extras não quitadas, e uma quantia adicional equivalente por perdas e danos." 29 U.S.C. § 216 (b). Esta norma relativa a perdas e danos é uma penalidade para empregadores recalcitrantes. Não fosse assim, se um empregador fosse legalmente responsável somente por salários e horas extras não pagas, ele poderia girar a roda do seu negócio sonegando direitos aos empregados, concluindo que não haveria diferença entre pagar no momento correto ou após ser processado na justiça.

Como uma das possíveis defesas contra a condenação por perdas e danos, entretanto, os empregados podem demonstrar em juízo que eles agiram em "boa-fé" e tinham "bases razoáveis para acreditar que suas condutas ativas ou omissivas não se davam em violação à *FLSA*". 29 U.S.C. § 260. Aqui, a decisão de primeiro grau entendeu que os réus tinham uma arguição válida de boa-fé após setembro de 2011, mas não anteriormente a esta data. Em setembro de 2011, Offiah, o proprietário de Fuego e Extasy, consultou um advogado em decorrência de um processo ajuizado por dançarinas, alegando serem empregadas e não autônomas. O advogado aconselhou Offiah a solicitar que todas as dançarinas assinassem contratos de prestação de serviços autônomos, bem como a reconhecerem as razões para este ato. O juízo *a quo* concluiu que a atitude de Offiah em confiar na opinião do advogado daquele momento em diante constituía prova de boa-fé e de que ele de boa-fé acreditava estar cumprindo as normas da *FLSA*.

Os réus agora pretendem que o reconhecimento da boa-fé seja estendido para o período anterior a setembro de 2011. Quando o réu Offiah assumiu a administração dos clubes Fuego e Extasy em 2007 e 2009, respectivamente, ele não alterou em nada a forma como eles vinham sendo administrados. Uma vez que as dançarinas sempre tinham sido classificadas como trabalhadoras autônomas, Offiah considerou que esta classificação era apropriada. Ele não fez nenhum esforço para verificar a lei ou para procurar conselho jurídico até se defrontar com um processo judicial em setembro de 2011. Se a mera pressuposição pudesse ser considerada boa-fé e juízo razoável de estar cumprindo a lei, nenhum empregador teria incentivo para se instruir e proativamente conformar-se às vigentes leis trabalhistas. A decisão recorrida não errou ao rejeitar a defesa de boa-fé dos réus relativas ao período anterior à setembro de 2011 e em consequência deferir as perdas e danos decidas naquele período.

B.

O segundo ataque dos recorrentes a respeito de suas responsabilidade por danos centra-se em alegado erro do juízo de primeiro grau consistente em excluir da fase de prova a declaração de imposto de renda e a demonstração de valores relativos a gorjetas e taxas pagos às reclamantes. Os clubes sustentam que estes numerários deveriam ser compensado com qualquer valor eventualmente devido em decorrência da aplicação da *FLSA* e da *MWHL*. De acordo com os réus, as taxas e gorjetas recebidas pelas dançarinas diretamente dos clientes excediam em muito o salário mínimo estabelecido tanto pelo governo federal como pelo estadual. Se a prova tivesse sido admitida, prossegue o argumento, o júri teria deferido às reclamantes valores menores.

Nós discordamos. O juízo de primeiro grau concluiu que as provas relativas aos ganhos das reclamantes eram irrelevantes ou, se relevantes, importariam em risco de confundir as questões e desorientar o júri. Veja-se Fed. R. Evid. 403. A prova sobre gorjetas e taxas recebidas era irrelevante porque a *FLSA* impede os réus de arguirem gorjetas e taxas pagas por clientes para compensar salários não pagos e reclamados em juízo. A compensação de "crédito de gorjeta" somente poderia ser invocada, conforme a *FLSA* e a correspondente lei de Maryland, se os réus tivessem pago o salário mínimo determinado para os que recebem gorjetas e ainda se houvessem notificado os empregados a respeito desta provisão. 29 U.S.C. 203(m); Md. Code Ann., Lab & Empl. § 3-419 (West 2014). Os clubes não pagavam às dançarinas remuneração de nenhum tipo e tampouco as notificaram a respeito daquela norma. Eles não podem em razão disto invocar o "crédito de gorjeta".

Os clubes são da mesma forma inelegíveis para usar as taxas pagas pelos clientes para as dançarinas com o objetivo de reduzir sua responsabilidade. Os recorrentes parecem distinguir taxas pelas apresentações das gorjetas em seu argumento, sem aprofundar a análise em seus arrazoados sobre uma questão que tem ocupado outras cortes. Veja, p. ex., Hart, 967 F. Supp. 2d pg 926-34. (discutindo como as taxas por apresentação recebidas pelas dançarinas exóticas relacionam-se às obrigações referentes ao salário mínimo). Se as taxas de apresentação de fato constituem uma forma de gorjeta, os réus certamente não teriam direito a pretender a compensação porque, como observado acima, eles não podem alegar "crédito de gorjeta". Em razão do argumento, entretanto, tratamos as taxas de apresentação como uma possível compensação tratada em outra parte da *FLSA*, em categoria denominada "cobrança de serviço". Mesmo com esse benefício da dúvida, a tese dos réus é insuficiente.

Para os propósitos da *FLSA*, uma "cobrança de serviço" é definida como um "cobrança compulsória de serviço ... imposta a um cliente por um estabelecimento do empregador". 29 C.F.R § 531.55(a). Há pelo menos dois pré-requisitos para que se possa considerar a "cobrança de serviço" como verba a ser compensada em casos de responsabilidade decorrente do não pagamento do salário mínimo. O serviço "deve ter sido incluído nos recibos emitidos pelo estabelecimento" Hart, 967 F.Supp.2d pg. 929, e deve ter sido "distribuído pelo empregador aos seus empregados" 29 C.F.R. § 531.55(b). Estas exigências são necessárias para assegurar que os empregados de fato tenham recebido a cobrança de serviço como parte de seu pagamento, de modo a que isto não dependa apenas de uma declaração do empregador. Veja-se Hart, 967 F.Supp.2d pg 930. Nós não minimizamos os ônus de manutenção de registros contábeis determinados pela *FLSA*, especialmente em pequenos negócios, mas algumas obrigações que tais foram vistas como necessárias para assegurar o cumprimento da norma.

Não se encontram aqui nenhuma das condições para permitir a compensação relativa à cobrança de serviço. Conforme reconhecido pelo réu Offiah, os clubes de dança nunca registraram ou incluíram como parte das receitas brutas dos clubes qualquer pagamento efetuado diretamente pelos clientes às dançarinas. J.A. 491-97 (depoimento de Offiah). Quando perguntado sobre as taxas de apresentação durante seu depoimento, o réu salientou que as taxas de apresentação pertenciam exclusivamente às dançarinas. Id. Uma vez que nenhum destes pagamentos jamais foi recebido pelos proprietários dos clubes, os réus igualmente não os poderiam ter distribuído às dançarinas. Como resultado, a "cobrança de serviço" não pode ser invocada pelos réus. Em conformidade com isto, o juízo de primeiro grau corretamente excluiu as provas demonstrando os ganhos sob a forma de gorjetas e taxas de apresentação.

C.

Em seguida, os clubes lançam objeção a respeito das instruções aos jurados e da folha de quesitos usada durante o julgamento. Eles argumentam que o juiz deveria ter instruído o júri a respeito do propósito da *FLSA* conforme eles solicitassem e que também deveria ter formulados quesitos mais detalhados. As instruções fornecidas ao júri incluíam os componentes relevantes da *FLSA* e correspondentes leis de Maryland. A folha de quesitos utilizado informava ao júri como calcular os salários não pagos devidos às reclamantes. Uma declaração geral sobre a finalidade da *FLSA* ou uma folha de quesitos mais detalhadas não teriam atingido o objetivo de levar o júri a um resultado mais sólido.

Finalmente, os clubes criticam o juízo de origem por ter falhado em deferir uma moção para que o caso fosse julgado como questão de direito ou para que fosse realizado novo julgamento. Um novo julgamento é apropriado quando o veredicto é "contrário à expressão clara das provas" ou quando "é baseado em prova falsa" ou ainda se "levar a um desvirtuamento da justiça". Buckley v. Mukasey, 538 F.3d 306,317 (4th Cir. 2008). Aqui, a única base para os recorrentes demandarem um novo julgamento é o alegado ceticismo demonstrado pelo juízo recorrido na apreciação de algumas testemunhas apresentadas pelas reclamantes, em seu depoimento relativo a datas e horas trabalhadas. Meros questionamentos a credibilidade de testemunhas no recurso, todavia, ficam aquém dos requisitos para se deferir um novo julgamento. Mais do que isso, o decisão sob exame concluiu que "nenhuma parte apresentou registros financeiros" e assim a melhor prova disponível foi apresentada pelas reclamantes, a qual foi considerada pelo júri em conjunto com as objeções suscitadas pelos réus a respeito de sua precisão. J.A. 1018-19. Do contrário, estar-se-ia obstaculizando os objetivos da *FLSA* ao penalizar-se os empregados pela inadequação dos empregadores em manter seus registros contábeis. Em resumo, não encontramos base para reverter a decisão com fundamento nas questiúnculas suscitadas pelos clubes no que diz respeito às instruções do júri, ao formulário de quesitos ou à negativa da moção em favor de um novo julgamento.

IV.

Devemos levar em conta ao final que estamos aplicando uma norma que o Congresso entendeu ser necessária para garantir "padrões de trabalho justos" para os empregados, incluindo aqueles trabalhadores marginalizados incapazes de exercer força suficiente ou poder de barganha para conquistar salários adequados na ausência de proteções legais. Decidir aqui em favor dos clubes nestas circunstâncias levaria a um risco muito grande de destruir o objetivo básico da Lei. Em razão disto, e conforme razões apresentadas acima, o julgamento de primeiro grau é

MANTIDO.

*tradução: cássio casagrande©*