

A Nova Regulamentação das gorjetas

Pedro Lino de Carvalho Júnior¹

Resumo: A Lei nº 13.419/2017 introduziu várias mudanças nos mecanismos de rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares. As alterações promovidas na CLT – no bojo da reforma trabalhista patrocinada pelo atual governo, modificaram, substancialmente, os parâmetros até então empregados para tal desiderato e, em certa medida, colidem com o entendimento que as cortes trabalhistas vinham paulatinamente consagrando em relação a tópicos importantes da matéria. De qualquer sorte, as disposições agora vigentes desafiam a argúcia dos operadores jurídicos ao oferecerem inúmeros obstáculos interpretativos, pelo que o presente estudo ambiciona examinar as principais inovações estipuladas e as dificuldades postas à sua implementação. Com tal propósito, aponta alguns caminhos hermenêuticos que possibilitem assegurar o respeito ao valor social do trabalho e sugere a imposição de determinados limites às negociações coletivas, no particular, com registro do papel que o Ministério Público do Trabalho tem assumido no enfrentamento dessas questões.

Palavras-chave: Gorjetas. Nova regulamentação. Reforma trabalhista. Ministério Público do Trabalho.

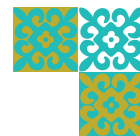
Sumário: 1. Introdução. 2. As gorjetas: natureza jurídica e repercussões. 3. Das modalidades de gorjetas. 4. O disciplinamento das gorjetas após a edição da Lei nº 13.419/2017. 5. O papel dos entes sindicais na aplicação das novas disposições normativas. 6. A atuação da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região: o projeto “Gorjeta Legal” e o projeto “Gorjeta e condenações judiciais”. 7. Considerações finais.

1. Introdução

A Lei 13.419/2017 introduziu diversas mudanças nos mecanismos de rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares. As alterações promovidas na CLT – no bojo da reforma trabalhista² patrocinada pelo atual governo, modificaram substancialmente os parâmetros até então empregados para tal desiderato e, em certa medida, colidem com o entendimento que as cortes trabalhistas vinham paulatinamente consagrando em relação a tópicos importantes da matéria. Como quer que seja, as disposições ora vigentes desafiam a argúcia dos operadores jurídicos, na medida em que oferecem inúmeros obstáculos interpretativos. O propósito deste estudo, em síntese, é refletir acerca de alguns desses impasses, sempre com o desejo de encaminhar a análise mais no sentido de contribuir para o debate do que, propriamente, com o avançar no fechamento de conclusões.

¹ Procurador do Trabalho/PRT5 e Professor Assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Econômico (UFBA). Especialista em Direito Constitucional do Trabalho (UFBA). Bacharel e Doutor em Filosofia (UFBA). Diretor Cultural do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho - IPEATRA.

² Em verdade, antecedendo-a, mas já sinalizando seus propósitos.



Seria um truísmo reconhecer que no mundo do direito as mudanças normativas revestem-se de extremada importância. Assim sendo, louvando-se em Pierre Bourdieu, Lênio Streck foi preciso ao assinalar que os profissionais do Direito, quando surge uma nova lei, se “tornam órfãos científicos, esperando que o processo hermenêutico dogmático lhes aponte o (correto) caminho, dizendo para eles *o que é que a lei diz* (ou ‘*quis dizer*’)...”. (Streck, 200, p. 75).

Nesse ensejo, em que um novo regramento jurídico determina outras diretrizes para o regramento de condutas, é preciso ter claro que nenhum processo interpretativo se realiza *ingenuamente*, no sentido de que ao intérprete caberia tão apenas descortinar o exato sentido da norma que se encontraria, por vezes, cativo em suas expressões linguísticas. Ao contrário, a hermenêutica jurídica, enquanto tal, é um percurso eminentemente *político*,³ a exigir de seu protagonista uma constante vigilância epistemológica e uma saudável explicitação de seus referenciais teóricos e valorativos, até porque, ao contrário do que pensam muitos juristas, os textos legais são apenas um suporte formal de significados políticos, tendo em conta que todo o Direito é, em última análise, construído politicamente, como adverte Horácio Wanderley Rodrigues (Rodrigues, 1993, p. 154).

Em derredor do tema, calha invocar as reflexões de Agostinho Ramalho Marques Neto, com seus provocantes e incômodos reparos à doutrina tradicional da interpretação do Direito:

Pode-se contrapor, aqui, a objeção de que o significado da norma jurídica, por mais que o legislador se empenhe nesse sentido, jamais é unívoco, mas sim plurívoco e equívoco, de modo que a interpretação não reproduz ou descobre o ‘verdadeiro’ sentido da lei, mas *cria* o sentido que mais convém a seu interesse teórico e político. Neste contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado na lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete (Marques Neto, 1996, p. 29).

Considerações de semelhante feitio vêm a pêlo, uma vez que, na atual conjuntura, a atividade interpretativa, mesmo que não o pretenda explicitamente, acabará efetuando uma verdadeira *reescritura* do texto celetário. Urge, portanto, que se impeçam eventuais retrocessos hermenêuticos, mormente naquelas hipóteses em que alguns esquecem que a matriz axiológica da Consolidação das Leis do Trabalho está situada na Carta Constitucional, pois nesta se pactuou o projeto existencial da sociedade, do qual a legislação trabalhista há de ser (também) a sua explicitação. Neste sentido, o correto posicionamento de Ricardo Luiz Lorenzetti, ao assinalar que “o Direito Privado é Direito Constitucional

³ Este tema exige que se reflita acerca da natureza do ato interpretativo. O jurista, ao interpretar a norma, exerce um ato de poder, com todas as consequências dessa atitude. Como ensina Óscar Correias: “Pero lo que los juristas decimos, es, al mismo tiempo, una *actividad*. Esto es así por las propias características del objeto con el que tratamos. Mientras que al poder, en tiempos normales, le tienen sin cuidado los que los filósofos y politólogos dicen, le preocupa de manera especial lo que los juristas dicen, porque al decir hacemos – como ha sido puesto de manifiesto por los actos de habla”. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Marques Neto, Agostinho Ramalho *et alli*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 10. (grifos do autor).

aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva” (Lorenzetti, 1998, p. 252-253).

Sob esta perspectiva analítica, promover-se-á a abordagem da temática proposta conforme as diretrizes firmadas pelo ordenamento pátrio, na compreensão, insista-se, de que inaceitável pretender a leitura da CLT com total abstração das disposições constitucionais que impõem o *tom* de sua exegese.

Inicialmente, serão examinadas as principais características dessa verba remuneratória e suas espécies e em, um segundo momento, as inovações promovidas na Consolidação das Leis do Trabalho- CLT, com ênfase nos desafios apresentados à sua implementação. Mais adiante, abordar-se-á o papel dos entes sindicais **à luz dos recentes dispositivos aprovados** para, finalmente, focar a atuação da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região na tutela dos direitos dos trabalhadores e dos interesses coletivos, em especial as ações desenvolvidas no âmbito do projeto “Gorjeta Legal” e do projeto “Gorjeta e condenações judiciais”.

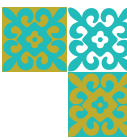
2. As gorjetas: natureza jurídica e repercussões

Como leciona o ilustre jurista Luciano Martinez, as “gorjetas são suplementos salariais outorgados pelos clientes de uma empresa em favor dos empregados desta como estímulo pecuniário para manutenção de um bom atendimento” (Martinez, 2010, p. 373). Em obra clássica, muito acertadamente, doutrinava o mestre Pinho Pedreira que elas tem o caráter de doação remuneratória oferecida pela clientela (Pedreira, 1954, p. 84).

Nos termos do art. 457 da CLT, compreendem-se na *remuneração* do empregado, para todos os efeitos legais, além do *salário* devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as *gorjetas* que receber. Ou seja, remuneração é gênero que abrange o salário e as gorjetas. No particular e ainda no mesmo artigo, dispõe a CLT que “Considera-se 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”.

Exatamente por não se confundirem com o salário e, conforme prevê o dispositivo invocado, não se constituírem receita própria dos empregadores - pois se destinam aos trabalhadores, as gorjetas não servem para compor a base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado, à luz do disposto na Súmula nº 354 do TST:

GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES. 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.



Pacificou-se, destarte, a concepção de que as gorjetas integram a remuneração do empregado e repercutem apenas nas férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS com a respectiva indenização, além de comporem a base de cálculo para as contribuições previdenciárias, em conformidade com o art. 28 da Lei nº 8.212/91. Logo, caso o empregado receba salário fixo de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e, de gorjeta, au-fira, em média, R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês, com fundamento no art. 457 da CLT, sua remuneração é de R\$ 3.000,00 (três mil reais), “quantum” este que servirá de referência para o pagamento das referidas parcelas e cumprimento das obrigações sociais correspondentes:

RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ANOTAÇÃO NA CTPS. A decisão do TRT foi proferida em estrita consonância com a Orientação Jurisprudencial n.º 82 da SBDI-1 do TST, que dispõe: “A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.” Recurso se revista de que não se conhece. GORJETAS. REPERCUSSÕES EM OUTRAS PARCELAS. 1. A questão relativa à integração das gorjetas na remuneração do empregado está pacificada nesta Corte, por meio da Súmula n.º 354 do TST, que dispõe: “GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 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.” 2. Nesses termos, a determinação de integração das gorjetas nas férias mais 1/3, 13.º salário, e FGTS mais multa de 40%, está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, estando superadas eventuais decisões em contrário. 3. Não obstante, a determinação de integração das gorjetas nas parcelas aviso prévio e repouso semanal remunerado, contraria a Súmula n.º 354 do TST. 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento parcial. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A CLT, no capítulo relativo à execução trabalhista, apresenta disciplina específica acerca do prazo e da garantia da dívida pelo executado. Aliás, há previsão expressa no art. 883 sobre os efeitos decorrentes do não pagamento espontâneo do valor objeto da execução, com a cominação de custas processuais e juros de mora. Assim, o entendimento firmado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais é o de que a multa prevista no art. 475-J do CPC é inaplicável na Justiça do Trabalho. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 655620115080003, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/06/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015).

GORJETAS. INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO. ART. 457 DA CLT E SÚMULA 354 DO TST. REPERCUSSÃO SOBRE FÉRIAS, 13º SALÁRIO E FGTS + 40%. GORJETAS. Nos termos da Súmula 354 do Tribunal Superior do Trabalho e do art. 457 da Consolidação das Leis Trabalhistas, 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”. Posto isso, mostra-se irrepreensível a determinação de pagamento das repercussões das gorjetas reconhecidas sobre as férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas e FGTS, com a respectiva exação rescisória. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NATUREZA PROTELATÓRIA. INOCORRÊNCIA. Não constitui ato evidentemente protelatório o exercício do direito de defesa, quando são utilizados os meios e recursos assegurados por lei, em observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal em vigor). (RO 2415-41.2013.5.22.0105, Rel. Desembargador FAUSTO LUSTOSA NETO, TRT DA 22ª REGIÃO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 16/06/2015, publicado em 01/07/2015) (TRT-22 - RO: 24154120135220105, Relator: FAUSTO LUSTOSA NETO, Data de Julgamento: 16/06/2015, Data de Publicação: 01/07/2015).

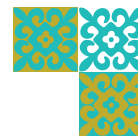
GORJETAS. DIFERENÇAS SALARIAIS. Reconhecida a percepção de gorjetas pelo autor, devida é a sua integração no salário para fins de pagamento de 13º salários, férias mais 1/3 e FGTS mais 40%, na forma como disciplina a Súmula nº 354 do C. TST. (TRT-2 - RO: 00017896920145020064 SP 00017896920145020064 A28, Relator: MERCIA TOMAZINHO, Data de Julgamento: 24/02/2015, 3ª TURMA, Data de Publicação: 03/03/2015).

É fato notório que, em várias situações – especialmente em restaurantes mais luxuosos, o valor percebido a título de gorjetas supera, e muito, a parcela salarial fixa. Na medida em que a empresa não promove a incorporação das gorjetas à remuneração e, dessa forma, recolhe a menor a contribuição previdenciária respectiva, além dos prejuízos aos cofres do INSS, esta conduta acarreta profundo malefício aos empregados, que experimentarão brutal redução dos valores dos seus benefícios. O mesmo ocorre em relação aos depósitos fundiários, pois, da mesma maneira, ao não serem incorporadas as gorjetas na sua base de cálculo, os montantes depositados estarão muito aquém do valor que seria devido, com inegáveis prejuízos aos obreiros e à toda sociedade.

3. Das modalidades de gorjetas

Conforme exposto, considera-se gorjeta não apenas 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, nos termos do art. 457, § 3º, da CLT. Por conseguinte, existem duas modalidades de gorjetas: as espontâneas e as que são cobradas na nota de serviços (que alguns denominam, impropriamente, de compulsórias). A gorjeta espontânea é aquela paga diretamente pelo cliente ao empregado, em regra sem o controle do empregador. Já a segunda modalidade é aquela na qual o valor pertinente se inclui no valor total da nota de serviços e é gerenciada pela empresa.

No caso das empresas que cobram a gorjeta na nota de serviços, estas deverão assumir as seguintes obrigações, conforme disposto no § 6º do art. 457 da CLT:



I- para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

II - para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador.

Em relação à gorjeta espontânea, esta terá seus critérios definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, facultada, também, a retenção, nos cânones máximos estipulados no dispositivo acima transcrito.

Deve-se afirmar, resalte-se, que a cobrança da gorjeta na conta de consumo não vincula o cliente, pois, em relação a estes, ela é sempre facultativa. As convenções e acordos coletivos apenas obrigam os celebrantes. A regulamentação das gorjetas diz respeito tão somente à sua contabilização e incorporação à remuneração dos empregados, não obrigando os consumidores:

CONSTITUCIONAL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇA DE ACRÉSCIMO PECUNIÁRIO (GORJETA). PORTARIA Nº 4/94 (SUNAB). VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. I - O pagamento de acréscimo pecuniário (gorjeta), em virtude da prestação de serviço, possui natureza facultativa, a caracterizar a ilegitimidade de sua imposição, por mero ato normativo (Portaria nº 4/94, editada pela extinta SUNAB), e decorrente de convenção coletiva do trabalho, cuja eficácia abrange, tão somente, as partes convenientes, não alcançando a terceiros, como no caso, em que se pretende transferir ao consumidor, compulsoriamente, a sua cobrança, em manifesta violação ao princípio da legalidade, insculpido em nossa Carta Magna (CF, art. 5º, II) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 6º, IV, e 37, § 1º), por veicular informação incorreta, no sentido de que a referida cobrança estaria legalmente respaldada. II - Apelações e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. CONSTITUCIONAL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇA DE ACRÉSCIMO PECUNIÁRIO (GORJETA). PORTARIA Nº 4/94 (SUNAB). VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. I - O pagamento de acréscimo pecuniário (gorjeta), em virtude da prestação de serviço, possui natureza facultativa, a caracterizar a ilegitimidade

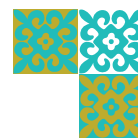
de sua imposição, por mero ato normativo (Portaria nº 4/94, editada pela extinta SUNAB), e decorrente de convenção coletiva do trabalho, cuja eficácia abrange, tão somente, as partes convenientes, não alcançando a terceiros, como no caso, em que se pretende transferir ao consumidor, compulsoriamente, a sua cobrança, em manifesta violação ao princípio da legalidade, insculpido em nossa Carta Magna (CF, art. 5º, II) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 6º, IV, e 37, § 1º), por veicular informação incorreta, no sentido de que a referida cobrança estaria legalmente respaldada. II - Apelações e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (AC 2001.01.00.037891-8/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1 p.95 de 13/10/2008). (TRF-1 - AC: 37891 DF 2001.01.00.037891-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 15/08/2008, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 13/10/2008 e-DJF1 p. 95).

Em princípio, as gorjetas cobradas na nota de consumo não oferecem maiores controvérsias quanto aos critérios de cobrança, administração e rateio dos valores correspondentes. A própria legislação, como visto, se encarregou de apresentar os parâmetros que devem ser adotados pelas empresas para operacionalizar tais procedimentos. Em regra, a gorjeta não é incorporada ao salário: ela é considerada parcela remuneratória e deverá ser destacada no contracheque dos empregados. Os problemas surgem, em geral, nas denominadas gorjetas espontâneas, uma vez que, neste caso, os valores a serem retidos, os critérios de distribuição e anotação na carteira serão definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, o que tem sido efetuado, na maioria das vezes, a partir de tabelas com estimativas de valores nem sempre condizentes com os valores reais auferidos, como se abordará, mais adiante.

Existem ainda duas situações corriqueiras que ensejam muitas polêmicas e que repercutem na esfera judiciária: a) o comportamento do empresário que veda expressamente a cobrança da gorjeta e chega mesmo a punir o empregado que descumpra seus comandos nesse sentido; b) a conduta do empregador que não cobra gorjetas, mas faz vistas grossas ao procedimento dos garçons que reivindicam dos clientes esse pagamento.

Na primeira situação, caso haja proibição expressa e efetivo controle apto a impedir a cobrança das gorjetas por parte dos empregados – em especial os garçons, é de se indagar se a deliberação empresarial seria idônea a impedir o pagamento espontaneamente feito pelos clientes e as repercussões que tal pagamento enseja. Poder-se-ia questionar se tal atitude não contrariaria dispositivo categórico da CLT que contempla a gorjeta como mecanismo remuneratório. É uma questão polêmica, que divide opiniões.⁴ As mudanças ocorridas na legislação poderiam sugerir a possibilidade de proibição da cobrança, haja vista o § 9º do art. 457 da CLT, que se refere à cessação da cobrança de gorjetas de que trata o § 3º do mesmo dispositivo legal, ou seja, envolvendo as duas modalidades de gorjetas. De todo modo, para o empregador, resulta sempre mais adequado e juridicamente seguro inserir o valor da gorjeta nas notas de consumo e assumir a responsabilidade por seu gerenciamento, mesmo porque se beneficiará da possibilidade de retenção de parte dos valores para cobrir os encargos sociais.

⁴ O escopo desse estudo não permite maiores aprofundamentos a respeito.



A segunda ocorrência representa, em suma, uma burla aos imperativos legais: em verdade, o empregador tem consciência de que a gorjeta está sendo cobrada e que ela representa componente relevante no plexo remuneratório do empregado, mas, para evitar o pagamento das repercussões legais advindas da sua cobrança, proclama não a exigir, mas tolera sua reivindicação, conquanto não a inclua na nota. Tem-se notícia de restaurantes que, pasme-se, sugerem aos garçons que estruturem a criação de uma pessoa jurídica distinta, nela figurando como sócios, somente para que possam receber o pagamento de gorjetas via cartão de crédito/débito. São casos raros, mas que, infelizmente, ainda ocorrem em nosso país.⁵

A intenção clara da mudança legislativa foi estimular a cobrança da gorjeta na nota de consumo, assumindo a empresa o gerenciamento dos valores apurados e beneficiando-se das retenções autorizadas em lei. O que se imagina é que esse modelo de gestão se torne a regra no setor, com a redução paulatina da gorjeta espontânea. Isso porque há uma enorme dificuldade de controle das quantias arrecadadas nesta modalidade de pagamento da verba⁶ e, além disso, seria motivo de conflitos incontornáveis o patrão exigir do garçom a entrega dos valores recebidos diretamente a esse título. Como quer que seja, a previsão de estimativa das gorjetas espontâneas acordada em norma coletiva também é arriscada, pois, na maioria das vezes, se estabelecem valores muito abaixo da movimentação real dos valores adimplidos. Em suma, ainda que o empregador alegue ser impossível controlar a entrada desses valores porque eles seriam entregues espontaneamente pelos clientes, e que busque, em norma coletiva, a fixação de uma estimativa de gorjetas, se ficar demonstrado, em juízo, essa discrepância, inevitavelmente será devido o pagamento das diferenças dos reflexos das gorjetas efetivamente pagas.⁷

4. O disciplinamento das gorjetas após a edição da Lei Nº 13.419/2017

Dentre as muitas alterações relevantes que foram introduzidas nos critérios de cobrança e rateio das gorjetas, a mais considerável foi a possibilidade de retenção, por parte do empregador, de parcela do montante arrecadado, a fim de, *especificamente*, custear os encargos sociais, trabalhistas e previdenciários derivados de sua integração à remuneração dos empregados. Com efeito, trata-se de mudança que vai de encontro à jurisprudência dominante nos pretórios trabalhistas. Estes adotavam entendimento diverso, ao sistematicamente invalidarem cláusulas de instrumentos normativos que permitiam a retenção de parte das gorjetas pelos empregadores, seja para cobrir encargos sociais ou mesmo para compor fundo para indenização e ressarcimento de despesas. Igualmente, sempre prevaleceu a tese de que tampouco o sindicato obreiro poderia ser destinatário

⁵ Não são raras as situações em que os garçons apresentam a nota de consumo sem o valor da gorjeta e solicitam aos clientes o pagamento, em espécie, do valor respectivo, o que, em muitos casos, não ocorre, pois os consumidores não costumam portar dinheiro vivo.

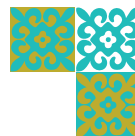
⁶ Para não falar da gorjeta espontânea por repetição (“repique”), qual seja, aquela que o consumidor oferece ao profissional após pagar a taxa de serviço,

⁷ Quando os valores estimados a título de pagamento de gorjeta nas normas coletivas agasalham autêntica renúncia parcial do trabalhador, como seria a hipótese, ela não pode prevalecer: ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros, como se verificará.

de parte dessa arrecadação, ainda sob a justificativa de revertê-la em benefício da categoria profissional, como revelam os acórdãos ora colacionados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GORJETA. ACORDO COLETIVO. REPASSE APENAS PARCIAL DO VALOR ARRECADADO. RETENÇÃO INDEVIDA. Ante a aparente violação ao artigo 457 da CLT, nos termos exigidos no artigo 896 da CLT, provê-se o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. GORJETA. ACORDO COLETIVO. REPASSE APENAS PARCIAL DO VALOR ARRECADADO. RETENÇÃO INDEVIDA. O artigo 457 da CLT determina que integram a remuneração do empregado as gorjetas, dadas espontaneamente pelo cliente ao obreiro ou cobradas pela empresa ao cliente. Logo, a existência de previsão legal, no tocante à matéria, não autoriza margem à negociação coletiva para a supressão de direitos dos trabalhadores. Assim, é inválida a cláusula do acordo coletivo que prevê a retenção pela empresa de 35% dos valores arrecadados a título de gorjetas, conforme consignado na sentença, pois ofende o direito à integralidade dos mencionados valores aos obreiros, nos exatos termos do artigo 457 da CLT. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1401001220085010021, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 29/04/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015).

RECURSO DE REVISTA. 1. TAXA DE SERVIÇO - GORJETA. ACORDOS COLETIVOS. RETENÇÃO. Observa-se, da leitura do art. 457, § 3º, da CLT, que se incluem na remuneração do empregado, além do salário devido, as gorjetas que receber do cliente, espontaneamente, como forma de retribuição pelo serviço que lhe foi prestado, e também aquela decorrente da cobrança da empresa, como adicional nas contas. Tanto os valores recebidos espontaneamente dos clientes, quanto aqueles cobrados como adicional nas contas pertencem aos empregados, razão pela qual não podem sofrer nenhuma retenção a título de indenização e ressarcimento de despesas ou para o sindicato com a finalidade de ampliação de sede própria e assistência social dos filiados-. Nesse contexto, é ilícita essa retenção salarial, mesmo porque, com a retenção de 37% a título de indenização e ressarcimento de despesas-, o empregador estaria transferindo ao empregado os riscos da atividade econômica, em evidente ofensa ao art. 2º da CLT. Ademais, o art. 457 da CLT é claro ao dispor que integram a remuneração do empregado as gorjetas, dadas espontaneamente pelo cliente ou cobradas pela empresa e não prevê nenhuma outra destinação dessa verba. Assim, com fundamento nos arts. 9º e 457 da CLT, é inválida a cláusula do acordo coletivo que autorizou a retenção, pela reclamada e pelo sindicato, de parte das gorjetas arrecadadas. Portanto, tem o reclamante direito à devolução dos valores que lhe foram retidos, referentes às gorjetas. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. 2. INTERVALO INTRAJORNADA DE UMA HORA. DESCUMPRIMENTO PARCIAL. Decisão recorrida contrária à Súmula nº 437, I, do TST (antiga OJ nº 307 da SBDI-1 do TST), que dispõe: “I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de,



no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração”. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 337002620095050021, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 29/10/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/02/2014).

Pois bem, não se pode deixar de considerar que o mais favorecido com as novas disposições normativas é o próprio Estado, pois, a olhos vistos, o viés arrecadatário das modificações estabelecidas é mais do que manifesto. Quanto aos empregados, se de um lado, serão beneficiários da inevitável tendência de incorporação das gorjetas nos seus contracheques (com os reflexos dessa agregação), por outro experimentarão prejuízos ao sofrerem a retenção de parcela razoável desse montante, agora autorizada expressamente em lei. No que se refere aos empregadores, terão de entabular negociações coletivas detalhadas, especialmente quando insistirem em não incluir na nota de consumo o valor das gorjetas, além do cuidado redobrado quanto às imposições dos novos regramentos, sob pena do pagamento das penalidades agora inseridas na CLT.⁸

De todo modo, a lei é expressa no sentido de que o valor da gorjeta pertence *soamente aos empregados* e as retenções autorizadas apenas podem servir para custear os encargos sociais, trabalhistas e previdenciários *derivados de sua integração* à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor dos trabalhadores. Ou seja, os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas são e continuam sendo dos empregadores, todavia, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, estes poderão reter parcela das gorjetas para custeá-los apenas e tão somente *no “quantum” que for acrescido da sua integração à remuneração dos empregados*.

Sepultada, pois, definitivamente, qualquer possibilidade de desconto da verba para outras finalidades, como, por exemplo, despesas operacionais e indenizatórias, despesas com administradoras de cartões de crédito (quando a gorjeta é cobrada na nota de consumo) e repasses para entidades sindicais obreiras, sob qualquer fundamento.

Conforme os dispositivos vigentes, as empresas devem anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o *percentual* percebido a título de gorjeta, bem como a *média dos valores* das gorjetas referente aos últimos doze meses (nas anotações mais gerais da CTPS).⁹ Por outro lado, caso cesse a cobrança da gorjeta, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho, o que, na prática, representa hipótese de remuneração que se incorpora ao salário, assumindo, então, esse atributo.

⁸ Em certa medida, as recentes diretrizes vão premiar os empregadores que já vinham integralizando a gorjeta no valor da remuneração, na medida em que poderão, doravante, legitimamente, reter percentual razoável do valor arrecadado para os fins apontados.

⁹ É uma mudança benéfica para os trabalhadores do setor que, doravante, terão mais facilidade de comprovar a renda e, assim, obter mais acesso ao crédito.

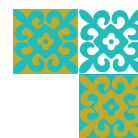
Ademais, na hipótese de violação por parte dos empregadores do disposto em várias previsões da nova regulamentação, estes deverão pagar ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) da média da gorjeta por dia de atraso, *limitada ao piso da categoria*, assegurados em qualquer hipótese o contraditório e a ampla defesa, conforme o §11 do art. 457 da CLT. Outrossim, essa limitação poderá ser triplicada, em casos de reincidência.

Essas multas não se confundem com as penalidades administrativas impostas pela SRTE nem tampouco com as *astreintes* fixadas pelo Ministério Público do Trabalho em seus ajustes ou obtidas em juízo. Elas não de ser revertidas ao trabalhador prejudicado e, na prática, vão compor mais um item nos pleitos das reclamações trabalhistas, pois, certamente, serão os juízes do trabalho os responsáveis por sua aplicação. Não sem motivo, a legislação se refere ao contraditório e a ampla defesa.

Como quer que seja, a previsão dessas multas não afasta a possibilidade do empregador responder por danos materiais e morais quando sua conduta, ao violar preceitos das novas disposições, acarretar danos aos empregados. Nos termos do art. 944 do Código Civil, a indenização se mede pela extensão do dano, conforme aplicação do velho princípio do *restitutio in integrum*, pelo que, se o empregado comprovar, por exemplo, que o empregador promoveu frequentes retenções indevidas do valor da gorjeta, privando-o, assim, de parcela da remuneração e trazendo-lhe insuperáveis dificuldades em honrar suas obrigações mensais relativas às necessidades básicas como alimentação, moradia, higiene, transporte, educação e saúde, além da multa referida - que nesse caso, servirá como patamar mínimo de reparação e independará da prova de prejuízo-, caberá também a reparação por danos morais/materiais, como preconiza a jurisprudência em situações análogas:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ATRASO SALARIAL REITERADO. O atraso reiterado de pagamento de salários configura dano moral presumido, tendo em vista que gera estado permanente de apreensão do trabalhador, que se vê incapaz de honrar seus compromissos financeiros bem como de prover suas necessidades básicas. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO DEMONSTRADA. Decisão em consonância com a Súmula 331, V, do TST. Recurso de revista não conhecido. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. Esta Corte já sedimentou o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 4148420145040611, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 03/08/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016).

Ao direito repugna qualquer tentativa de imposição de tarifações quanto aos valores reparatórios dos atos ilícitos, mesmo porque a Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais,



ao dispor, em seu artigo 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Esse o entendimento dominante nos pretórios:

1. PREPOSTO. DESCONHECIMENTO DOS FATOS. CONFISSÃO FICTA. Não atendida a previsão do parágrafo 1º do artigo 843 da CLT, qual seja, a de a reclamada fazer-se representar por preposto que tenha conhecimento dos fatos, tem-se por confessa a empresa quanto a matéria de fato. Incensurável, in casu, a *ficta confessio* aplicada pelo D. Juízo de origem. 2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ASSÉDIO MORAL. A doutrina e a jurisprudência têm apontado como elementos caracterizadores do assédio moral, a intensidade da violência psicológica, o seu prolongamento no tempo (tanto que episódios esporádicos não o caracterizam) e a finalidade de ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado, com a intenção de marginalizá-lo, pressupondo um comportamento premeditado, que desestabiliza, psicologicamente, a vítima. O direito à reparação do dano nasce a partir do momento em que ocorre a lesão a um bem jurídico extrapatrimonial, como a vida, a honra, a intimidade, imagem etc. No caso em questão restou evidenciada a conduta ilícita da reclamada, eis que comprovada nos autos a utilização de palavras de expressões injuriosas que não se justificam dentro de um ambiente comercial. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PARÂMETROS. Não existe no nosso ordenamento jurídico dispositivo legal fixando parâmetros ou mesmo valores para a indenização por dano moral. *Com o advento da Constituição Federal de 1988 não mais subsiste qualquer regra de tarifação da indenização por dano moral. Este é o entendimento do C.STJ manifestado na Súmula nº 281: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”* A jurisprudência já sedimentou o entendimento de que a fixação do valor de indenização por dano moral deve ser feita por arbitramento (interpretação analógica do art. 953 do Código Civil), sendo que o órgão julgador deverá valorar aspectos como a gravidade do ilícito civil praticado, a repercussão do fato, a extensão do dano (art. 944 do Código Civil), a capacidade econômica das partes envolvidas e a duração do contrato de trabalho. Além desses parâmetros, a doutrina e jurisprudência também apontam uma dupla finalidade para o quantum indenizatório: o valor deve proporcionar à vítima alguma compensação e ao mesmo tempo inibir o transgressor da prática de novos atos ilícitos. Acrescente-se, ainda, que na fixação desse valor indenizatório o órgão julgador deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade, a fim de encontrar um valor que não seja ínfimo, nem excessivo para que não se converta em meio de enriquecimento sem causa. (TRT-2 - RO: 00000640920125020034 SP 00000640920125020034 A28, Relator: MARCELO FREIRE GONÇALVES, Data de Julgamento: 12/02/2015, 12ª TURMA, Data de Publicação: 27/02/2015) (grifos nossos).

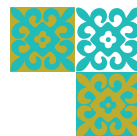
5. O papel dos entes sindicais na aplicação das novas disposições normativas

Deliberadamente o legislador cometeu à negociação coletiva o fundamental papel de definir o custeio e rateio das importâncias arrecadadas, sendo que, se inexistir previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, tais critérios e os percentuais de retenção previstos na norma serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma do art. 612 da CLT, a ser aplicado subsidiariamente. Portanto, a referida assembleia geral de trabalhadores, para alcançar eficácia, vai depender do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 dos trabalhadores interessados (dos empregados na empresa envolvida), e, em segunda convocação, de 1/3 destes, de forma que, mesmo sem a participação do sindicato de empregados, estes poderão pactuar acordo coletivo diretamente com o empregador. Em todo caso, nessas situações, por aplicação do art. 617 da CLT - de inarredável aplicação na hipótese, somente seria admissível essa negociação direta quando o sindicato, a federação e a confederação, embora convocados a assumirem os entendimentos com a empresa, não atenderem à solicitação. Pensar diferentemente seria desprestigiar as entidades de classe, desinvestindo-as do papel de defensoras dos interesses da categoria.

O descumprimento dessa regra implicará a nulidade do acordo pactuado, com drásticas consequências para os empregadores, especialmente porque serão obrigados a promover o estorno dos valores indevidamente retidos. Além disso, deve-se alertar que existem entendimentos jurisprudenciais no sentido de que, diante dos preceitos constitucionais, em especial o art. 8º, VI, da CF/88, a participação dos sindicatos é sempre obrigatória, não sendo autorizada a negociação coletiva diretamente com os empregados, mesmo em caso de recusa da(s) entidade(s) de classe:

ACORDO COLETIVO. PARTICIPAÇÃO OBRIGATÓRIA DO SINDICATO. O § 1º do artigo 617 da CLT não restou recepcionado pela Constituição de 1988, cujo art. 8º, VI, obriga a participação do sindicato dos trabalhadores na confecção de acordo ou convenção coletiva. A imperatividade da norma constitucional não autoriza seja recepcionado o dispositivo da CLT que permite a negociação coletiva diretamente com os empregados, em caso de recusa do sindicato de classe. Não há espaço para as duas normas conviverem harmonicamente; uma exclui a outra e nesse caso, por óbvio, prevalece o dispositivo da Constituição Federal. E, ainda que assim não fosse, a prevalecer a tese pela conformidade da previsão contida no § 1º do art. 617 da CLT ao atual texto constitucional, particularmente ao disposto nos arts. 7º, XXVI c/c 8º, VI, ambos da CRFB/88, o 'acordo' entabulado pela empresa ré com a comissão de empregados não poderia, de toda sorte, ser convalidado, porquanto não foram observados os pressupostos específicos de existência e validade, previstos no art. 617, § 1º, da CLT, tal como noticiado nos documentos juntados às fls. 127 e 147. Recurso a que se nega provimento. (TRT-1 - RO: 00383004620095010201 RJ, Data de Julgamento: 01/02/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: 18/02/2016).

ACORDO SOBRE HORÁRIO E CONDIÇÕES DE TRABALHO CELEBRADO DIRETAMENTE ENTRE EMPRESA E EMPREGADOS - AUSÊNCIA



DE PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO PROFISSIONAL - ALCANCE DE SUA VALIDADE. Embora a doutrina seja divergente quanto à sobrevivência dos dispositivos da CLT sobre a organização sindical e negociação coletiva pós Constituição Federal/88, no que toca ao art. 617, parágrafo 1º, da CLT, não há discrepância doutrinária quanto à não recepção do mesmo pela Carta Magna, posto não ser dado às partes celebrarem diretamente acordo “coletivo” sem a participação do sindicato dos empregados (art. 8º, VI, CR/88). Não tendo o sindicato profissional participado da negociação, não se tem por celebrado um legítimo acordo coletivo. Não obstante, as cláusulas benéficas incorporaram-se ao contrato de trabalho, vez que consubstanciam obrigações assumidas livremente pelo empregador frente aos empregados. (TRT-3 - RO: 444803 02141-2002-032-03-00-5, Relator: Julio Bernardo do Carmo, Quarta Turma, Data de Publicação: 17/05/2003, DJMG . Página 16. Boletim: Sim.).

No âmbito do TST, de todo modo, a aplicação do artigo 617 da CLT é admitida com muitas reservas: ela não dispensa a análise minuciosa do caso concreto, a fim de que se verifique a efetiva recusa na negociação coletiva, em tese, a ensejar as etapas seguintes previstas no aludido dispositivo:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA SEM A PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO. RECUSA EM NEGOCIAR NÃO COMPROVADA. SINDICATO PRETERIDO. INVALIDADE DO ACORDO DE JORNADA DE TRABALHO DE DOZE HORAS. O art. 8º, inciso VI, da Constituição Federal, ao declarar a participação obrigatória do sindicato na negociação coletiva de trabalho revela natureza de preceito de observância inafastável. Em verdade, a própria CLT já trazia a exigência de participação do sindicato na celebração de convenção e de acordo coletivo de trabalho, conforme dispõem os arts. 611, caput e § 1º, e 613. Todavia, o art. 617 da CLT, nos moldes em que redigido, não se revela incompatível com a garantia constitucional, pois o ordenamento jurídico conteria lacuna de graves consequências caso não previsse solução para situações em que comprovadamente o sindicato não se desincumbe da nobre função constitucional. A recepção do artigo 617 da CLT, contudo, não dispensa a análise minuciosa do caso concreto, a fim de que se verifique a efetiva recusa na negociação coletiva a ensejar as etapas seguintes previstas no aludido artigo, e, em tese, se conclua pela validade de eventual ajuste direto com os empregados. Precedentes. Se os autos carecem da comprovação de que o sindicato recusou-se a negociar, e, ao contrário, a prova revela uma total preterição do sindicato na negociação coletiva, julga-se improcedente o pedido de declaração de validade de acordo de jornada de trabalho de doze horas celebrado diretamente com os empregados. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TST - RO: 82811720105020000 8281-17.2010.5.02.0000, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 12/08/2013, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 23/08/2013).

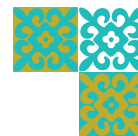
Diante da fragilidade de muitos sindicatos obreiros do setor, é de se indagar quais as possibilidades e limites da negociação coletiva, a fim de que os direitos e interesses dos

trabalhadores do referido segmento econômico não sofram retrocessos e aviltamentos, a ponto de colidir com as previsões constitucionais que pairam, soberanamente, acima de qualquer pretensão e movimentos reformistas do legislador ordinário.

Em muitos casos, os garçons não são únicos destinatários finais das gorjetas, na medida em que, parte do seu valor, é destinada aos trabalhadores da cozinha, os cumins e demais auxiliares, segundo usos e costumes dos distintos locais e estabelecimentos. Daí o papel indispensável dos entes sindicais na definição, via instrumento coletivo, de quem serão os beneficiários e quais os critérios de rateio a serem aplicados: a divisão pelo sistema de “caixinha”, de pontos ou outro modelo, de modo que não faz mais sentido a estimativa uniforme das gorjetas, que, antes da modificação legal havida, habitualmente se praticava, especificamente em relação às gorjetas espontâneas, na medida em que as normas coletivas a serem pactuadas haverão de estipular parâmetros capazes de retratar, com a máxima fidelidade possível, o montante real dos valores arrecadados mensalmente (ou com outra periodicidade).

Com efeito, em muitas situações, a “estimativa” fixada - lamentavelmente com a conivência de alguns entes sindicais obreiros-, não guardava correspondência com os valores reais auferidos, o que mereceu, em diversas ocasiões, a reprimenda das cortes trabalhistas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. GORJETAS. INTEGRAÇÃO. NORMA COLETIVA QUE FIXA VALOR MÍNIMO DAS GORJETAS PARA EFEITO DE REPERCUSSÕES. LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de contrariedade à Súmula 354 desta Corte. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. GORJETAS. INTEGRAÇÃO. NORMA COLETIVA QUE FIXA VALOR MÍNIMO DAS GORJETAS PARA EFEITO DE REPERCUSSÕES. LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Embora o art. 8º da Constituição Federal de 1988 tenha assegurado aos trabalhadores e empregadores ampla liberdade sindical, com reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI), as normas que possibilitam essa flexibilização não autorizam a negociação para fixar uma tabela mínima a título de estimativa do valor da gorjeta para as repercussões legais, principalmente quando muito divorciada da realidade (caso dos autos). É que falece à negociação coletiva poderes para restringir ou eliminar direitos fixados por lei, salvo autorização inequívoca desta. Ora, o art. 457 da CLT dispõe que integram a remuneração do empregado as gorjetas, dadas espontaneamente pelo cliente ao empregado ou cobradas pela empresa ao cliente. Assim, a existência de previsão legal sobre a matéria não abre margem à negociação coletiva para a supressão de direitos do trabalhador. *Desse modo, é inválida a cláusula do acordo coletivo que fixa uma tabela mínima a título de estimativa do valor da gorjeta para as repercussões legais - sem correspondência com os reais valores auferidos -, pois viola o direito à integridade de tais valores aos empregados, nos exatos termos do art. 457 da CLT.* Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1164004420075020011, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 23/04/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/04/2014). (grifamos).



Segundo as lições de Maurício Godinho Delgado, a validade e eficácia jurídica de tais normas coletivas estão jungidas a limites claros e objetivos, conforme determinações constitucionais inultrapassáveis e, além disso,

(...) ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas. (Delgado, 2017, p. 1.596). (grifamos).

Por isso, inadmissíveis previsões em cláusulas coletivas que pretendam alterar, por exemplo, a natureza jurídica das gorjetas, convertendo-as em verbas indenizatórias, excluindo sua integração às férias, 13º salário e FGTS, como apontam precedentes jurisprudenciais:

RECURSO DE REVISTA - GORJETAS - PAGAMENTO ESPONTÂNEO - ALTERAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICA MEDIANTE NORMA COLETIVA. Não têm validade as cláusulas coletivas que alteram a natureza jurídica das gorjetas de pagamento espontâneo, convertendo-as em verbas indenizatórias, excluindo sua integração às férias, 13º salário e FGTS. Isso, diante existência de norma cogente (art. 457, caput e § 3º, da CLT) no sentido de que as gorjetas, inclusive aquelas espontaneamente pagas pelos clientes aos empregados, integram a remuneração do trabalhador. SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA O acórdão recorrido está conforme a Súmula nº 357 do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA 1. No tocante à assistência judiciária gratuita, o acórdão recorrido está em conformidade com a Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1. 2. Quanto aos honorários advocatícios, o Eg. Tribunal de origem contrariou a Súmula nº 219 do TST. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (TST - RR: 13324020105070031 1332-40.2010.5.07.0031, Relator: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 14/08/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/08/2013).

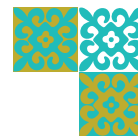
Sem dúvida, há um consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o poder conferido aos sindicatos para celebrar novas normas e condições de trabalho apenas se legitima quando capaz de ampliar o espectro de proteção já consagrado pelo direito em vigor, pois, à exceção dos preceitos que contemplam regras de flexibilização previstas na esfera constitucional (art. 7º, VI, XIII e XIV), não existe amparo legal para que se introduzam disposições que possam ensejar o rebaixamento dos padrões já inscritos na legislação vigente. Melhor dizendo, o princípio da proteção impõe limites objetivos ao poder negocial coletivo, os quais estão concretizados nos parâmetros mínimos legalmente fixados, de tal maneira que inafastável, como requisito para a validade do instrumento negocial coletivo, a necessidade de contrapartida proporcional aos trabalhadores afetados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REDUÇÃO SALARIAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. CONTRAPRESTAÇÃO EM FAVOR DO EMPREGADO. AUSÊNCIA. INVALIDADE. 1. A iterativa, notória e atual jurisprudência do TST posiciona-se no sentido de que a flexibilização das condições de labor realizada mediante norma coletiva, no que diz respeito à redução salarial, exige uma contraprestação em benefício do empregado. 2. Caso inexistir a concessão de qualquer vantagem, caracteriza-se verdadeira renúncia de direito indisponível assegurado pela Constituição Federal (art. 7º, VI), o que resulta na invalidade da norma coletiva. Precedentes. 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento (AIRR-607-44.2011.5.01.0076 Data de Julgamento: 19/08/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015).

RECURSO DE REVISTA. REDUÇÃO SALARIAL. NORMA COLETIVA INVÁLIDA POR SE CARACTERIZAR COMO MERA RENÚNCIA. O acordo e a convenção coletiva de trabalho, reconhecidos expressamente pela CF como fontes formais do Direito do Trabalho, não se prestam a validar, a pretexto de flexibilização, a supressão ou a diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. Com efeito, a flexibilização das condições de trabalho apenas pode ter lugar em matéria de salário e de jornada de labor, desde que isso importe uma contrapartida em favor da categoria profissional. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional considerou inválida a cláusula do acordo coletivo de trabalho que previa a redução salarial sem qualquer contrapartida. Incólumes, portanto, os dispositivos invocados. Precedentes desta Corte. Recurso de revista não conhecido (RR-71-16.2011.5.01.0017 Data de Julgamento: 26/03/2014, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/03/2014).

Em relação aos preceitos da nova regulamentação, conforme abordado anteriormente, caso cesse a cobrança da gorjeta, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho. No particular e à luz das ponderações lançadas, seria absolutamente inadmissível e nula de pleno direito, cláusula negocial que pretendesse suprimir/reduzir essa incorporação ou aumentar o prazo mínimo de carência previsto legalmente. Quando muito, a norma coletiva poderá adotar critério mais favorável ao estabelecido no preceito legal, a ser apurado em cada situação concreta.

O legislador fixou, além disso, regramento adequado e de grande relevo prático: para empresas com mais de sessenta empregados, o dever de constituir comissão de empregados, mediante determinação em convenção ou acordo coletivo de trabalho, a fim de acompanhar e fiscalizar a regularidade da cobrança e distribuição das gorjetas. Esses representantes têm de ser eleitos em assembleia geral convocada para tal mister pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para as quais foram escolhidos. Quanto às demais empresas, determinou-se que será constituída comissão intersindical para a mesma finalidade.



Vê-se, pois, que foi criada uma nova hipótese de “estabilidade provisória”, qual seja, a dos membros da comissão de acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta. Como a lei se refere à necessidade de eleição dos representantes obreiros por parte de assembleia geral dos trabalhadores, é evidente que todos os eleitos gozarão da garantia de emprego, a inviabilizar a ruptura contratual arbitrária por parte do empregador. Ao mencionar que se tratará de comissão de representantes eleitos, compreende-se que deverá contar com, no mínimo, dois membros, os quais gozarão da referida estabilidade, cujos contornos não de ser estabelecidos na norma coletiva. Esta vai definir o período de estabilidade (com desejável previsão de que seja fixada desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato) e o número dos seus integrantes, bem como os critérios de escolha dos membros.

Aliás, a esse propósito, existem dificuldades práticas que deverão ser enfrentadas pelas normas coletivas, como os casos de redes de restaurantes e hotéis com unidades em vários municípios ou mesmo distintas unidades da federação, o que vai exigir o devido cuidado e atenção quanto ao funcionamento da referida comissão em situações dessa natureza, para que não se transforme em um órgão somente para “inglês ver”, desprovido de qualquer utilidade concreta e efetividade.

Decerto, no plano ideal, seria mister a definição precisa, na norma coletiva, dos poderes e atributos dessa comissão de acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta, com expressa indicação de quais providências deve adotar caso apure eventuais ilicitudes, com previsão, ainda, da possibilidade de exame da contabilidade da empresa por profissional habilitado e credenciado pela entidade,¹⁰ mesmo porque são práticas habituais de qualquer entidade fiscalizatória digna desse nome.

Em relação à comissão intersindical prevista para empresas com menos de sessenta empregados, a ser constituída igualmente para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta, o legislador foi demasiado lacônico ao estatuir seu figurino.¹¹ Como quer que seja, contará com representantes dos sindicatos obreiros e patronais, sendo que, no caso dos primeiros, por certo deverão gozar também da estabilidade no emprego: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Se para empresas de maior porte o membro da comissão goza de estabilidade - conferida, não como vantagem pessoal do escolhido, mas como atributo do comissionamento, que lhe permitirá exercer com independência e desenvoltura seu mister fiscalizatório-, por maiores razões o membro da comissão intersindical fará jus a essa garantia.¹²

No atual quadro sindical brasileiro, é bem provável que a lei demore alcançar efetividade nos pontos acima delineados e, como a experiência tem revelado, há o risco de celebração de normas coletivas que ultrapassem os limites na normatividade constitucional, o que vai exigir redobrado esforço de órgãos estatais de controle e, em especial, do Ministério Público do Trabalho que, diuturnamente, tem lançado mão de ações anulatórias

¹⁰ Quando se trata das gorjetas cujos valores sejam gerenciados pelo empregador.

¹¹ Uma providência salutar seria a criação de um DISK-DENÚNCIA por parte dos sindicatos profissionais, para receber reclamações contra empresas que porventura não repassem o valor das gorjetas ou o façam irregularmente.

¹² Como existe em relação aos representantes dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia.

de cláusulas convencionais e ações civis públicas também com tal desiderato, quando estas violam os direitos coletivos ou os direitos indisponíveis dos trabalhadores.

6. A atuação da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região: o projeto “Gorjeta Legal” e o projeto “Gorjeta e Condenações Judiciais”.

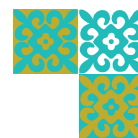
Em meados de 2012, a Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região (Ba) recebeu expediente da Receita Federal do Brasil dando conta que boa parte dos maiores restaurantes de Salvador (considerando o faturamento respectivo), havia sido autuada pela conduta de não incorporar o valor da gorjeta na folha de pagamento e, por consequência, deixar de adimplir a contribuição previdenciária na sua integralidade. À ocasião, à luz dessa notícia de fato, o colegiado da regional aprovou o projeto “Gorjeta Legal” e esta unidade do Ministério Público do Trabalho instaurou, de ofício, dezenas de inquéritos civis para investigar as referidas empresas, mesmo porque, restou evidenciado que, se não integravam os valores referidos à remuneração para fins previdenciários, tampouco promoviam os depósitos fundiários e respeitavam os devidos reflexos da verba aludida, nos termos da súmula nº 354 do TST.

Em dois anos de duração, no bojo do aludido projeto foram celebrados vários termos de ajuste de conduta e propostas várias ações civis públicas, a maiorias das quais com pedidos julgados procedentes.

Logo em 2014, com o intuito de expandir essa atuação, a Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região aprovou um novo projeto: “Gorjeta e condenações judiciais”, dessa feita a partir da identificação das empresas que haviam sido condenadas em juízo pela conduta de não integrar as gorjetas na folha de pagamento e recibos para fins de adimplemento de reflexos em 13º salário, férias com 1/3 e FGTS.

Ainda em andamento, no âmbito desse projeto foram, da mesma forma, instaurados diversos procedimentos investigativos, celebrados ajustes de conduta e ajuizadas ações coletivas para integração das gorjetas nas mencionadas rubricas. Além de outros pleitos e de condenação em danos morais coletivos, as ações coletivas mencionadas pleiteavam as seguintes obrigações a serem impostas as Rés: a) Incluir, mensalmente, o valor integral das gorjetas nos recibos de pagamento dos trabalhadores que recebem essa verba; b) Adimplir aos trabalhadores que recebem gorjetas, os reflexos destas em 13ºs salários e férias acrescidas de 1/3 e c) Promover, mensalmente, os recolhimentos fundiários sobre o valor integral das gorjetas e sobre os reflexos nos 13ºs salários e férias acrescidas de 1/3, assim como recolher as contribuições previdenciárias sobre o valor das gorjetas, incluindo-as na GFIP mensal enviada ao INSS.

Agora, diante das mudanças empreendidas pela Lei nº 13.419/2017, esta unidade do Ministério Público do Trabalho, já adequou suas minutas de Termos de Ajuste de Conduta, para estabelecer as seguintes cláusulas a serem cumpridas pelas empresas compromissárias:



1.1 Incluir, mensalmente, o valor integral das gorjetas nos recibos de pagamento dos trabalhadores que recebem essa verba;

Parágrafo único- Nas hipóteses em que não exista controle da compromissária sobre os valores arrecadados, devem ser atendidos os critérios estabelecidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou, na falta destes instrumentos, em assembleia geral dos trabalhadores.

1.2 Utilizar critérios objetivos para o rateio e a distribuição do montante das gorjetas, conforme definido em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou, na falta destes instrumentos, em assembleia geral dos trabalhadores.

1.3 Abster-se de promover retenções sobre os valores das gorjetas, salvo percentual para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas, derivados da sua integração à remuneração dos empregados, desconto este condicionado ao atendimento concomitante aos seguintes requisitos:

I - Haver previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou, na falta destes instrumentos, ter sido aprovado em assembleia geral dos trabalhadores;

II – Ser limitado a:

a) 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado;

b) 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado;

III – Ter sido constituída comissão para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta, na forma do § 10, do art. 457, da CLT.

1.1 Adimplir aos trabalhadores que recebem gorjetas, os reflexos destas em 13ºs salários e férias acrescidas de 1/3 e promover, mensalmente, os recolhimentos para o FGTS e previdenciários sobre o valor integral das gorjetas e sobre os reflexos nos 13ºs salários e férias acrescidas de 1/3.

1.2 Comprovar o cumprimento do presente termo, sempre que assim requisitado pelo Ministério Público do Trabalho, no prazo que for assinalado pelo oficiante.

Com efeito os dois projetos foram e estão sendo muito importantes no combate à fraude consistente da não integração da gorjeta à folha de salários e tem permitido ao Ministério Público do Trabalho desenvolver uma atuação uniforme e articulada, alcançando boa parte do segmento econômico aludido, com manifestos ganhos para a sociedade e todos os atores concernidos.

Paralelo a essas iniciativas, os procuradores do trabalho envolvidos nos projetos referidos promoveram e continuam promovendo reuniões com entes sindicais, obreiros e patronais, além de outras entidades, como a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes-

ABRASEL, para debater as novas regras de regulamentação das gorjetas, mesmo porque os instrumentos de negociação coletiva ganharam enorme relevância e, enquanto tais, hão de estar em conformidade com o estuário constitucional e normativo vigentes.

7. Considerações Finais

Para centenas e milhares de profissionais que labutam em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares, a percepção das gorjetas representa a parte mais expressiva da remuneração que auferem. Por tal razão, é fundamental avançar na compreensão do alcance e limites que as mudanças legislativas vão promover nas vidas desse enorme contingente de trabalhadores. Com efeito, as alterações promovidas na CLT pela Lei nº 13.419/2017 demandam uma exegese que preserve o que há de mais expressivo na legislação trabalhista e que se constitui na sua principal razão de ser: o princípio da proteção ao trabalhador.

A CLT é a única regulação geral que sobreviveu a era Vargas e, ao longo de décadas, se incorporou ao imaginário do povo brasileiro, como uma conquista das classes trabalhadoras, de tal modo que a própria formação da classe operária no Brasil não pode ser compreendida sem se considerar a intervenção estatal nas relações de trabalho. Ademais, longe de ser uma outorga das classes dirigentes, como propugnavam os ideólogos do Estado Novo, sua aprovação foi a resultante de dois vetores: a iniciativa de um estado nacional fraco que buscava uma base social de apoio e a pressão exercida pelo movimento operário dos anos 30, que se formou na esteira do processo de industrialização então em curso naquele período histórico (French, 2001).

O grande dilema e risco na reconstrução das relações capital e trabalho em nosso país é que muitas das propostas apresentadas e normas modificadoras da legislação vigente pretendem, em linhas gerais, transferir para os ombros do trabalhador o custo dos ajustes estruturais na economia globalizada. Por isso a indispensável cautela que o intérprete e aplicador do direito deve se investir ao apreciá-las e efetivá-las: espera-se que o faça com olhos postos nos valores insculpidos na Constituição da República.

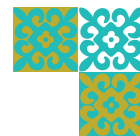
8. Referências

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 15 ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FRENCH, John D. **Afogados em leis. A CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Marques Neto, Agostinho Ramalho et all. Curitiba: Edibej, 1996.



MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **As gorjetas no direito brasileiro do trabalho**. São Paulo: LTr, 1982.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A gorjeta**. Ed. fac-similar. São Paulo: LTr, 1994.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.