

PROCESSO TRT/SP Nº 00001753120125020086 - 10ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO

**RECORRENTE: SINTHORESP – SINDICATO DOS TRABALHADORES
EM HOTÉIS, APART HOTÉIS, MOTÉIS, FLAT,
RESTAURANTES, BARES, LANCHONETES E
SIMILARES DE SÃO PAULO E REGIÃO**

RECORRIDA: MERCEARIA E SORVETERIA CALIFÓRNIA LTDA

ORIGEM: 86ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

Inconformado com a r. sentença (fls. 306/308) que julgou improcedente a ação, recorre ordinariamente **o sindicato autor**, às fls. 310/319, alegando que a taxa de serviço cobrada pela reclamada, ora recorrida, de seus clientes deveria ser adequadamente repassada, com anotação em CTPS e o pagamento dos reflexos em FGTS, INSS, férias acrescidas de 1/3 e 13º salários. Aduz que o artigo 457, §3º da CLT é taxativo, no sentido de que “*Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados.*” (fl. 316). Refere que a ausência de repasse da taxa de serviço de 10% e suas integrações, pela recorrida, comprovadamente auferida de seus clientes ocasionou duplo prejuízo aos empregados substituídos pelo sindicato, ora recorrente, devendo ser reformada a r. sentença proferida na origem, a fim de que a reclamada proceda ao adequado repasse da taxa de serviço de 10%, com o pagamento do FGTS, INSS, 13º salário e férias acrescidas de 1/3. Pugna pela reforma do julgado. Custas processuais comprovadas à fl. 320.

Tempestividade observada.

Contrarrazões pela recorrida, às fls. 323/338.

Sem manifestação do Ministério Público do Trabalho
(Portaria n. 03/05 da PRT/2ª Região).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Na inicial, o sindicato autor declarou que constatou irregularidades a respeito do repasse de gorjetas, alegando na causa de pedir que a reclamada cobrava a taxa de serviço de 10% de seus clientes, valor que deveria ter sido repassado aos empregados e anotado na CTPS com os devidos reflexos. Não sendo procedido dessa forma, descumprindo a legislação vigente, postulou, na qualidade de substituto processual, o repasse dos valores vencidos e vincendos, arrecadados a título de taxa de serviço de 10%, com incidências e reflexos em 13º salários, férias acrescidas de 1/3, FGTS e contribuição previdenciária durante toda a vigência do contrato de trabalho dos substituídos.

Em defesa (fls. 54/97), a reclamada contestou os pedidos iniciais, argüindo em preliminar a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 852-B, §1º da CLT, em razão do rito processual. Contestou, também, o pedido de intervenção do Ministério Público. Argüiu, ainda, como preliminar, a ilegitimidade de parte do Sindicato autor, na qualidade de substituto processual, prescrição quinquenal e bienal. No mérito, contestou as alegações iniciais, alegando não estar evidenciada qualquer infração, pois não cobra taxa de serviço, mas observa a estimativa de gorjetas prevista em Convenção Coletiva, que possui força de lei entre as partes. Impugnou os documentos anexados à inicial, alegando que mesmo que fosse cobrada, a gorjeta não integraria o salário do empregado, pois concedida por mera liberalidade, não constituindo salário. Em caráter alternativo, postulou a aplicação do disposto na Súmula 354 do C.TST. Defendeu-se em relação aos demais pedidos, como multas convencionais, busca e apreensão, multa diária, honorários advocatícios e os acréscimos de juros e correção monetária e compensação, postulando a improcedência da ação.

Em sentença (fls. 117/118v. e 128) mantida em segunda instância (acórdão de fls. 186/188), a ação foi julgada extinta sem resolução do mérito pois reconhecida a ilegitimidade processual do sindicato, na qualidade de substituto processual.

No entanto, interposto Recurso de Revista (fls. 205/224), e a seguir Agravo de Instrumento (fls. 230/235), o C.TST, através do v. acórdão de fls. 296/301 verso, houve por bem dar provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista, e, conhecendo do Recurso de Revista, dar-lhe provimento, **afastando a ilegitimidade ativa e determinando o retorno dos autos à origem, para prosseguimento da ação.**

Os autos baixaram, então, à Vara de origem, sendo prolatada **sentença de mérito (fls. 306/308) julgando improcedente a ação**, nos seguintes fundamentos:

“O autor alega que a reclamada não cumpre o disposto nas cláusulas referentes à gorjeta nas convenções coletivas de trabalho, afirmando que a mesma adota a cobrança de gorjeta obrigatória.

A reclamada, por sua vez, aduz que a cobrança de gorjeta não é obrigatória, e que utiliza a tabela de estimativa de gorjeta prevista nos instrumentos normativos da categoria.

Assiste razão à reclamada.

Conquanto o reclamante tenha juntado aos autos a conta e o cupom fiscal (docs 90/01 do volume apartado), este último emitido pela reclamada, os mesmos não são capazes de comprovar que a cobrança seria obrigatória.

A cláusula 15ª, § 1º da CCT (doc. 32 f.3, verso) prevê que “Na modalidade de gorjetas obrigatórias ou compulsórias, estas deverão ser fixadas nas notas de despesas ou cupons fiscais acompanhadas dos dizeres “taxa de serviço obrigatória”, “serviço obrigatório” ou “gorjeta obrigatória”.

Desta forma, ainda que não sendo o caso, vez que sequer há indicação na conta juntada, a mera indicação na conta de “taxa de serviço” não induz ao cliente a obrigatoriedade na sua cobrança, prevalecendo a faculdade no seu pagamento. Portanto, a reclamada se insere na hipótese descrita no parágrafo 2º da mesma cláusula, que trata da modalidade de gorjeta facultativa ou espontânea: “Não sendo explicitado na forma do parágrafo anterior, as gorjetas serão tidas como facultativas ou espontâneas, e a empresa não se beneficiará da vantagem prevista no parágrafo único da cláusula 3ª da presente Convenção Coletiva.”

Por consequência, sendo a taxa facultativa, a ré é obrigada a pagar os encargos previdenciários e trabalhistas, única e exclusivamente, sobre os valores previstos na Tabela de Estimativa de Gorjetas, anexas às Convenções Coletivas, conforme prevê a cláusula 17ª da CCT.

Pois bem. A demandada comprovou mediante juntada dos documentos de fls. 270/338 que adota a Tabela de Estimativa de Gorjeta quando do pagamento dos seus empregados, a fim de formar a remuneração básica para os efeitos previdenciários e trabalhistas, observando, portanto, o disposto na CCT, no art. 457, § 3º da CLT e na Súmula n.º 354 do E. TST.

Ante todo o exposto, julgo improcedente improcede o pedido de repasse de taxa de serviço de 10% e os demais pedidos dele decorrentes, constantes dos pedidos das alíneas “b”, “c”, “d”, bem como rejeito o pedido de pagamento das multas convencionais e astreintes.”

Inconformado, recorre ordinariamente **o sindicato autor**, alegando que a taxa de serviço cobrada pela reclamada de seus clientes deveria ser adequadamente repassada, com anotação em CTPS e o pagamento dos reflexos em FGTS, INSS, férias acrescidas de 1/3 e 13º salários. Aduz que o artigo 457, §3º da CLT é taxativo, no sentido de que *“considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados”*. Refere que a ausência de repasse da taxa de serviço de 10% e suas integrações, pela recorrida, comprovadamente auferida de seus clientes ocasionou duplo prejuízo aos empregados substituídos pelo sindicato, devendo ser reformada a r. sentença, a fim de que a reclamada proceda ao adequado repasse da taxa de serviço de 10%, com o pagamento do FGTS, INSS, 13º salário e férias acrescidas de 1/3.

A análise.

No tocante aos termos em que estabelecida a lide, tem-se que, realmente, as Convenções Coletivas de Trabalho juntadas pelo autor (documentos nº 22/33 do volume de documentos extraído em apartado), prevêem, nas cláusulas 11ª, 12ª, 15ª ou 16ª (conforme o documento), duas modalidades de

gorjeta, uma por estimativa e outra inserida na nota de despesa ou cupom fiscal, sendo que, das cópias de recibos de salário juntadas pelas reclamadas (1º, 2º e 3º volumes de documentos em apartado, anexados pela reclamada), constata-se o pagamento da verba denominada “estimativa de gorjeta”.

Debalde, o que se discute aqui, ante os termos do pedido ajuizado, diz respeito às taxas formalizadas, cobradas dos clientes, e não às taxas informais espontâneas. Postula o sindicato autor o repasse da taxa de 10% inserida nas notas fiscais de serviços, repasse este não comprovado através das cópias de recibo de salário juntadas.

Conquanto se admita que as gorjetas poderiam ter sido realmente pagas pelos clientes informalmente e rateadas no final do dia pelos empregados, certo é que não demonstraram as empresas que tal procedimento informal era adotado, também, para o caso da taxa de 10% já cobrada na nota fiscal, de modo que se pudesse acolher a tese de que tal rubrica já foi quitada.

É certo que a cobrança de taxa de serviços de 10%, embora não-obrigatória, do que decorre inclusive que pode efetivamente o cliente negar-se a pagá-la, indubitavelmente é usual e consuetudinária. Não menos certo é também, ainda, que uma vez inserida na nota fiscal da empresa e paga esta pelo consumidor, tem-se que se tratou de efetiva gorjeta, ou seja, acréscimo pecuniário efetuado pelo cliente com destinação a quem o atendeu, restando ilegítima a retenção desta taxa ou a não-comprovação de seu efetivo repasse a quem se destinou, pena de configuração não apenas de lesão ao trabalhador, a teor do art. 457, da CLT, como também ao próprio consumidor, que quando decide pagar os indigitados 10%, pensa que tal verba será repassada ao garçom.

Assim, à luz do princípio da distribuição dos ônus da prova (art. 818 da CLT, c/c art. 333, incisos I e II, CPC) e diante do que dos autos consta, desincumbiu-se o sindicato do ônus de evidenciar a lesão ao direito dos substituídos, ante a prova oral produzida, não tendo as reclamadas se desincumbido satisfatoriamente dos ônus que lhes cabia em relação aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão, a teor das inconsistências dos recibos salariais.

Procede parcialmente o pedido, cujos efeitos pecuniários se restringem aos efetivos garçons da reclamada, considerando que a natureza dos serviços que presta e que é consumido pelo cliente não abrange porteiro, auxiliares ou empregados outros.

Reformo, para o fim de, julgando PROCEDENTE EM PARTE o pedido, nos termos da fundamentação supra, condenar as reclamadas a repassar a taxa de serviços de 10%, cobrada nas notas emitidas aos consumidores, aos empregados garçons de seus estabelecimentos, comprovando a implantação da verba vincenda nos autos, a fim de tornar estanque a liquidação e a execução de sentença (art. 2902 , CPC), observada a prescrição, além dos reflexos em FGTS, férias+1/3 e 13º salários, referentes aos contratos de trabalho abrangidos pela presente condenação, a teor do art. 457 3 , caput, da CLT, bem como incidência do FGTS sobre os reflexos em 13º salários (Lei 8.036/1990). Deverá, ainda, a reclamada anotar, na CTPS de seus empregados garçons, o acréscimo de 10% a título de gorjeta em suas remunerações.

Desnecessária, por ora, a intervenção do Ministério Público do Trabalho, por não configuradas as hipóteses legais para tanto.

Improcede o pedido de condenação da reclamadas a formalizar Acordo Coletivo de Trabalho (alínea “e”, fl. 28). A própria expressão “acordo”, pressupõe “acordo”, e não imposição, cabendo ao ente sindical profissional as providências cabíveis na esfera do Direito Coletivo para alcançar seus objetivos.

Cabível a multa prevista na cláusula 92ª da Convenção Coletiva de Trabalho vigente à data da distribuição da presente ação (doc. 34 do 1º volume em apartado), que ora fixo em R\$39,24 por empregado prejudicado, apenas, mediante interpretação restritiva do pedido (artigo 293 do Código de Processo Civil).

Carece de interesse processual o pedido de imposição à reclamada para juntada de RAIS, pois tal documento é acessível ao sindicato, pelo que fica extinto sem resolução do mérito na forma do artigo 267,VI, do Código de Processo Civil.

Carece igualmente de interesse o pedido de declaração de que as cláusulas convencionais integram os contratos de trabalho

respectivamente vigentes, uma vez que a aplicação das normas coletivas, respectivos critérios e vigências, já se encontram previstos nas próprias normas. Fica também o feito extinto sem resolução do mérito em relação a este pedido, na forma do artigo 267, VI do Código de Processo Civil.

Indefiro a expedição de mandado de busca e apreensão de documentos, por não configurada, até o momento, a necessidade da cautela. Indefiro a imposição de astreintes, uma vez não iniciada ainda a execução do julgado, sem embargo das medidas que entenda o MM Juízo de origem cabíveis em sede executória. Prejudicada neste momento a perícia contábil, nos moldes já analisados nas preliminares.

Indefiro honorários advocatícios uma vez que, revendo posicionamento anteriormente externado, concluo que a única hipótese de condenação em honorários advocatícios, no ordenamento jurídico em vigor em sede trabalhista, é a prevista na Lei 5.584/1970, que regula, de forma expressa, a assistência judiciária no âmbito do processo do trabalho. Não se tratando, portanto, o caso dos autos, de lide composta por trabalhador que perceba salário inferior ao dobro do mínimo legal, com comprovação de sua hipossuficiência econômica (art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970), improcede o pedido em questão.

Liquidação por cálculos, arbitramento ou por artigos (art. 879, caput, da CLT), autorizando-se, conforme o caso, eventual exclusão, em liquidação, do substituído que já tenha logrado êxito em ação individual em curso com pedido idêntico, a fim de evitar-se a dupla percepção do mesmo direito, sem embargo, ainda, de medidas outras que entenda o Juízo da execução eventualmente pertinentes para o efeito prático da sentença, inclusive no que tange à comprovação da obrigação de fazer.

Autoriza-se a dedução dos valores pagos por iguais títulos.

Para efeitos do disposto no art. 832, parágrafo 3º, da CLT, a natureza das verbas deferidas observará o disposto no art. 28, parágrafo 9º, da Lei 8.212/91.

Juros de mora na forma do art. 883 da CLT e correção

monetária conforme Súmula 381, do C. TST. Recolhimentos previdenciários e fiscais na forma do Provimento 01/96 do TST, da Súmula 368 do C. TST e da Orientação Jurisprudencial nº 400, da SDI-1 do C. TST.

ACORDAM os Magistrados da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **CONHECER** do recurso e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para**, julgando **PROCEDENTE EM PARTE** a ação para condenar a reclamada, relativamente ao período não prescrito, a efetuar o repasse da taxa de serviços de 10% (cobrada nas notas emitidas aos consumidores) aos empregados-garçons de seus estabelecimentos, com o pagamento dos reflexos em FGTS, férias+1/3 e 13º salários, além de efetuar a anotação na CTPS. Fica autorizada a dedução dos valores pagos por iguais títulos. Juros de mora na forma do art. 883 da CLT e correção monetária conforme Súmula 381, do C. TST. Recolhimentos previdenciários e fiscais na forma do Provimento 01/96 do TST, da Súmula 368 do C. TST e da Orientação Jurisprudencial nº 400, da SDI-1 do C. TST. Tudo nos termos da fundamentação supra.

Custas em reversão, no importe de R\$2.000,00, pelas reclamadas, sobre o valor ora arbitrado à condenação de R\$100.000,00.

CÂNDIDA ALVES LEÃO
Relatora

cm