

11ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO-SP

SENTENÇA

Processo nº 0000624-20.2012.5.02.0011

Demandante: SINTHORESP – SINDICATO DOS TRABALHADORES EM HOTÉIS, APART-HOTÉIS, MOTÉIS, FLATS, RESTAURANTES, BARES, LANCHONETES E SIMILARES DE SÃO PAULO E REGIÃO

Demandada: COHIBA FIDEL COMERCIAL LTDA

Data de prolação da sentença: 05 de novembro de 2012

RELATÓRIO

SINTHORESP – SINDICATO DOS TRABALHADORES EM HOTÉIS, APART-HOTÉIS, MOTÉIS, FLATS, RESTAURANTES, BARES, LANCHONETES E SIMILARES DE SÃO PAULO E REGIÃO ajuizou, em 16/03/2012, “*Ação de Cumprimento cumulada com Reclamação Trabalhista por Substituição Processual*” em face de COHIBA FIDEL COMERCIAL LTDA. Postula, na qualidade de substituto processual dos empregados da Demandada, o repasse a estes da taxa de serviço cobrada compulsoriamente dos clientes, com as anotações em CTPS, além de outras providências resumidas às fls. 24/25. Petição inicial de fls. 03/26, com documentos que constituem um volume apartado. Atribui à causa valor de R\$ 1.500,00.

Em audiência que foi realizada em 10 de outubro de 2012 (fls. 31) a Demandada não compareceu, apesar de citada (fls. 30). Diante desta circunstância, restou prejudicada a tentativa de conciliação e a Demandada foi declarada revel e considerada confessa quanto aos fatos narrados na petição inicial. Após manifestação do Ministério Público do Trabalho (fls. 35/37), foi encerrada a instrução processual. Proposta conciliatória prejudicada.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Revelia da Demandada:

A Demandada não compareceu à audiência realizada em 10 de outubro de 2012 (fls. 31), embora citada (fls. 30). Assim, considerando o disposto no art. 844 da CLT, passa-se a julgar a presente ação considerando verdadeiros os fatos narrados pelo Demandante na petição inicial, bem como aqueles que decorrem dos documentos juntados aos autos.

2. Taxa de serviço / Gorjeta:

Tendo em vista a complexidade prático-jurídica do tema referente às gorjetas, que merecem, inclusive, tratamento individualizado na legislação trabalhista (art. 457, “caput”, da CLT) e na Jurisprudência sedimentada do E. TST (Súmula nº 354), os sindicatos das categorias profissional e econômica regulamentaram tal componente da remuneração mediante instrumentos de negociação coletiva, que foram juntados aos autos com a petição inicial (documentos nº 22/27 do volume apartado – em relação ao período não prescrito).

Nesta linha, foram distinguidas duas modalidades de gorjetas: as **compulsórias** e as **espontâneas ou facultativas**. Inicialmente, cumpre ressaltar que em ambas as modalidades foi adotado, pelas normas coletivas, o critério sedimentado pela citada Súmula nº 354 do E. 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” (Súmula nº 354 do E. TST – grifo nosso).

Vejam-se, a este respeito, as cláusulas 16^{as}, §6º das referidas Convenções Coletivas (cláusula 15^a, §4º, do último instrumento normativo).

Estes mesmos instrumentos normativos dispõem que as **gorjetas compulsórias** são cobradas nas notas de despesas ou cupons fiscais, acompanhadas dos dizeres “TAXA DE SERVIÇO OBRIGATÓRIA”, “SERVIÇO OBRIGATÓRIO” ou “GORJETA OBRIGATÓRIA” (cláusulas 15^{as},

§1º). Em razão da cobrança compulsória pela empresa, esta tem elementos para controlar os valores efetivamente repassados aos seus empregados a tal título, razão pela qual as repercussões em férias, 13^{os} salários, FGTS, contribuições previdenciárias e retenções de Imposto de Renda devem observar os valores efetivamente recebidos pelos empregados a título de gorjetas.

Caso as notas de serviço não contenham a informação expressa quanto à obrigatoriedade das gorjetas, as mesmas devem ser consideradas como **espontâneas**. Veja-se, a propósito, a disciplina da cláusula 16^a, §2º, da Convenção Coletiva de 2011/2013 (documento nº 27 do volume apartado): “*Não sendo explicitado na forma do parágrafo anterior [como acima analisado], 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*”. Nesta hipótese, as Convenções Coletivas em tela apenas determinam que o empregador anote, na CTPS do empregado, a “estimativa de gorjetas” conforme tabelas anexas às normas coletivas em questão, e somente conferem ao empregado direito de auferir integrações em outras verbas trabalhistas (remuneração de férias + 1/3, 13^{os} salários, depósitos fundiários) apuradas sobre aquela estimativa. Nesta situação, portanto, mesmo se o empregado receber, na prática, mais do que a estimativa constantes de sua CTPS e de seus holerites, não fará jus a repercussões superiores naquelas parcelas.

Feitas estas considerações, infere-se, analisando o documento nº 81 do volume apartado, juntado aos autos com a própria prefacial, que **a Demandada adota a modalidade de gorjeta espontânea**. Este documento é uma nota que, embora inclua taxa de serviço de 10%, não contém a menção “TAXA DE SERVIÇO OBRIGATÓRIA”, “SERVIÇO OBRIGATÓRIO” ou “GORJETA OBRIGATÓRIA”, como dispõem as cláusulas 15^{as}, §1º. Ressalte-se que a presente conclusão foi alcançada considerando a disciplina das normas coletivas da categoria profissional, que foram firmadas pelo próprio Demandante, e documento juntado aos autos também pelo Demandante.

Prosseguindo, é inegável que as **gorjetas, sejam elas compulsórias ou espontâneas, devem ser repassadas aos empregados** que trabalham servindo os clientes do estabelecimento. Trata-se de costume amplamente difundido no ramo econômico em questão, e os “*usos e costumes*” são fontes suplementares do Direito do Trabalho, nos termos do art. 8º, “caput”, da CLT. Certamente os clientes pagam gorjetas visando contemplar os empregados que lhes serviram. Veja-se, neste sentido, a Doutrina:

*“É possível, contudo, sustentar-se que as gorjetas foram pagas pelos clientes necessariamente com destino aos garçons e não com destino aos empregadores. Caso os clientes houvessem sido avisados de que sua gratificação seria desviada, certamente teriam deixado de assim proceder ou teriam, se tanto, reduzido os valores ofertados. A resolução para o conflito, portanto, parece estar muito mais nas raízes do Código Civil do que nas entrelinhas da CLT, por se estar diante de ato malicioso do empregador. Embora esteja correta a afirmação de que o empregador não paga gorjeta (nem é obrigado a tolerar a existência de gorjeta na empresa nem a instituir uma cobrança obrigatória em seus domínios), pode-se exigir que o empregador desbloqueie os valores que, tendo sido arrecadados junto aos clientes, jamais foram repassados aos destinatários”*¹.

Diante de todo o exposto, e considerando a revelia da Demandada e decorrente presunção de veracidade quanto aos fatos narrados na petição inicial, decido:

- I) Visando apurar os empregados da Demandada, esta deve juntar aos autos, no prazo de dez dias contados do trânsito em julgado, cópias de seu livro de registro de empregados e das RAIS do período não prescrito, sob pena de multa de R\$ 500,00 por dia de atraso no cumprimento desta obrigação de fazer decorrente de determinação judicial (art. 461, §5º, do Código de Processo Civil), reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (art. 11, V, da Lei nº 7.998/90).
- II) A Demandada deve anotar nas Carteiras de Trabalho de todos os seus empregados, com contrato de trabalho em vigor ou que já se desligaram, mas foram empregados da Demandada no período não prescrito, as “estimativas de gorjetas” nos exatos termos e valores das tabelas anexas às Convenções Coletivas da categoria profissional. Em relação aos empregados ativos, tais anotações deverão ser realizadas no prazo de cinco dias contados da juntada aos autos dos documentos determinados no item “I” acima e deverão ser demonstradas nos autos. Em relação aos empregados com contrato de trabalho já extinto, mas que foram empregados da Demandada no período não prescrito, caberá ao Deman-

¹ DA SILVA, Homero Batista Mateus. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Vol. 05. Livro da Remuneração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 44.

dante localizá-los e juntar suas Carteiras de Trabalho aos autos para que a Demandada, no mesmo prazo (mas contado da juntada destas Carteiras de Trabalho aos autos, caso a juntada ocorra depois), possa formalizar as referidas anotações. Tudo sob pena de multa em valor equivalente a três salários mínimos por anotação não realizada, em razão do descumprimento desta obrigação de fazer decorrente de determinação judicial (art. 461, §5º, do Código de Processo Civil), também reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (art. 11, V, da Lei nº 7.998/90), e de serem tais anotações realizadas pela Secretaria desta Vara do Trabalho.

- III)** A Demandada deve repassar aos seus empregados (com contrato de trabalho em vigor ou que já se desligaram, mas foram empregados da Demandada no período não prescrito) integralmente os valores arrecadados com a taxa de serviço de 10%, valores vencidos (respeitada a prescrição anteriormente declarada) e vincendos. Tais valores deverão ser apurados em regular liquidação de sentença, por artigos ou arbitramento, caso necessário, e deverão ser rateados entre todos os trabalhadores da Demandada que eram seus empregados em cada mês. Em relação aos empregados com contrato de trabalho já extinto, mas que foram empregados da Demandada no período não prescrito, caberá ao Demandante localizá-los e representá-los nos autos (com juntada de procurações). Os valores devidos a empregados eventualmente não localizados serão repassados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (art. 11, V, da Lei nº 7.998/90).
- IV)** Além dos repasses determinados, e nas mesmas condições detalhadas do item “III”, a Demandada também deve pagar aos seus empregados, valores vencidos (respeitada a prescrição anteriormente declarada) e vincendos, reflexos das “estimativas de gorjetas” referidas no item “II” em férias + 1/3, 13^{os} salários, aviso prévio e FGTS. Da mesma forma, valores devidos a empregados eventualmente não localizados pelo Demandante serão repassados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (art. 11, V, da Lei nº 7.998/90).

Ressalte-se que nas etapas “II” e “III” os documentos apontados no item “10” da petição inicial (fls. 18) poderão ser juntados aos autos espontaneamente pela Demandada ou buscados e apreendidos (pedido do item “h” – fls. 25), bem como poderá ser realizada perícia contábil (requerida no item “j” – fls. 25), tudo conforme restar decidido no curso da liquidação de sentença. Caberá ao Demandante juntar aos autos as normas coletivas que forem celebradas até o término da execução.

Por fim, rejeito o pedido de “*condenação da reclamada para formalizar Acordo Coletivo de Trabalho (...)*” (item “e” – fls. 24), uma vez que ninguém pode ser coagido, ainda que judicialmente, a celebrar instrumentos de negociação coletiva. Nesta linha, diante da alegada recusa da Demandada em celebrar o referido Acordo Coletivo, as questões atinentes às gorjetas devem ser resolvidas conforme exaustivamente disciplinado nas Convenções Coletivas da categoria profissional.

3. Multas convencionais:

Respeitados os limites da petição inicial (item “9” – fls. 17/18), e tendo em vista a violação das cláusulas 14^a e 85^a da Convenção Coletiva de 2011/2013 (documento nº 27 do volume apartado), a Demandada deve arcar com a multa de 39,24, fixada na cláusula 92^a deste mesmo instrumento normativo, sendo devida uma multa por cláusula violada e por empregado prejudicado (trabalhador que foi empregado da Demandada durante o período de vigência da norma coletiva). Devem ser considerados os demais critérios fixados no item anterior desta fundamentação no que diz respeito à localização de ex-empregados e pagamento de valores referentes a ex-empregados que eventualmente não forem localizados pelo Demandante.

4. Juros e correção monetária:

São devidos juros moratórios a contar do ajuizamento (art. 883 da CLT), incidentes sobre a importância da condenação, já corrigida monetariamente (Súmulas nº 200 e 211 do E. TST). A correção monetária deve ser computada observando as épocas próprias, assim consideradas os vencimentos de cada parcela, atentando para o disposto na Súmula nº 381 do E. TST. Os juros de mora são devidos de forma simples (“pro rata die”), no importe de 1% por mês, e não capitalizados. Trata-se de expressa disciplina legal, como se infere do art. 39, §1º da Lei nº 8.177/91.

Ressalte-se, ainda, que o art. 46 da Lei nº 8.541/92 exclui, em seu §1º, a incidência de imposto de renda sobre juros de mora. Neste sentido, Orientação Jurisprudencial nº 400 da C. SD11/TST, que deverá ser observada em liquidação de sentença.

5. Honorários advocatícios:

Aplica-se ao caso, nos termos do art. 5º da Instrução Normativa nº 27 do C. Tribunal Superior do Trabalho, o princípio da sucumbência, conforme artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Assim, defiro ao Demandante honorários advocatícios sucumbenciais no valor ora arbitrado de R\$ 5.000,00 (conforme critérios do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil), corrigido monetariamente, nos termos da Lei nº 6.899/81. Incidem juros de mora sobre o valor corrigido, a partir da citação para pagamento na execução de sentença, por se tratar de verba fixada judicialmente, em decorrência da sucumbência, à base de 1% ao mês, contados de forma simples, *pro-rata*.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, **ACOLHO EM PARTE** os pedidos formulados por SINTHORESP – SINDICATO DOS TRABALHADORES EM HOTÉIS, APART-HOTÉIS, MOTÉIS, FLATS, RESTAURANTES, BARES, LANCHONETES E SIMILARES DE SÃO PAULO E REGIÃO em face de COHIBA FIDEL COMERCIAL LTDA para:

- a) determinar que a Demandada junte aos autos, no prazo de dez dias contados do trânsito em julgado, cópias de seu livro de registro de empregados e das RAIS do período não prescrito, sob pena de multa de R\$ 500,00 por dia de atraso, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador;
- b) determinar que a Demandada anote nas Carteiras de Trabalho de todos os seus empregados as “estimativas de gorjetas” nos exatos termos e valores das tabelas anexas às Convenções Coletivas da categoria profissional. Em relação aos empregados ativos, tais anotações deverão ser realizadas no prazo de cinco dias contados da juntada aos autos dos documentos determinados no item “a” e deverão ser demonstradas nos autos. Em relação aos empregados com contrato de trabalho já extinto, mas que foram empregados da Demandada no período não prescrito, caberá ao Demandante localizá-los e juntar suas Carteiras de Trabalho aos autos para que a Demandada, no mesmo prazo (ou contado da juntada destas CTPS aos autos, caso a juntada ocorra depois), possa formalizar as referidas anotações. Tudo sob pena de multa em valor equivalente a três salários mínimos por anotação não realizada (reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador), e de serem tais anotações realizadas pela Secretaria desta Vara do Trabalho;
- c) condenar a Demandada a pagar aos seus empregados integralmente os valores arrecadados com a taxa de serviço de 10%, valores vencidos e vincendos. Tais valores deverão ser rateados entre todos os trabalhadores da Demandada que eram seus empregados em cada mês. Em relação aos empregados com contrato de trabalho já extinto, mas que foram empregados da Demandada no período não prescrito, caberá ao Demandante localizá-los e representá-los nos autos (com juntada de procurações). Os valores devidos a empregados eventualmente não localizados serão repassados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador;
- d) condenar a Demandada, nas mesmas condições detalhadas do item “c”, a pagar aos seus empregados, valores vencidos e vincendos, reflexos das “estimativas de gorjetas” referidas no item “b” em férias + 1/3, 13^{os} salários, aviso prévio e FGTS. Valores devidos a empregados eventualmente não localizados pelo Demandante serão repassados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador;
- e) em razão da violação das cláusulas 14ª e 85ª da Convenção Coletiva de 2011/2013, condenar a Demandada na multa normativa de 39,24, sendo devida uma multa por cláusula violada e por empregado prejudicado;

Os valores devem ser apurados em liquidação de sentença (por artigos ou arbitramento, caso necessário), observados os limites da fundamentação, parte integrante deste dispositivo, bem como a prescrição conforme fixada nesta mesma oportunidade.

Incidem correção monetária e juros, nos termos da fundamentação.

Os descontos fiscais devem ser efetuados nos termos dos arts. 46 da Lei nº 8.541/92, 1º e 2º do Provimento TST/CG nº 1/96, 3º da Instrução Normativa SRF nº 491/05 e da Instrução Normativa RFB nº 1.127/11. Os Recolhimentos previdenciários devem ser realizados conforme os arts. 28 e 43 da Lei nº 8.212/91 e 3º do Provimento TST/CG nº 1/96, sob pena de execução direta pela quantia equivalente (art. 114, VIII, da Constituição Federal). Devem ser observados todos os demais critérios fixados pela Súmula nº 368 do E. TST.

A Demandada também deve pagar **honorários advocatícios** no valor de R\$ 5.000,00 diretamente ao sindicato que assiste o Reclamante, sem prejuízo de juros e correção monetária nos termos da fundamentação.

Custas pela Demandada, no importe de R\$ 1.000,00, calculadas sobre o valor da condenação (art. 789, I, da CLT), ora fixado em R\$ 50.000,00.

A presente sentença não foi proferida na data agendada. **Intimem-se as partes.**

LUCIANO LOFRANO CAPASCIUTTI
Juiz do Trabalho Substituto