



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

MONIQUE OLIVEIRA DOS REIS PORTO

AS PECULIARIDADES DA PREVISÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA DA GORJETA

Salvador
2017

MONIQUE OLIVEIRA DOS REIS PORTO

**AS PECULIARIDADES DA PREVISÃO LEGISLATIVA
BRASILEIRA DA GORJETA**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Direito do
Trabalho e Processo do Trabalho.

Salvador
2017

MONIQUE OLIVEIRA DOS REIS PORTO

**AS PECULIARIDADES DA PREVISÃO LEGISLATIVA
BRASILEIRA DA GORJETA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

AGRADECIMENTOS

Ao professor e coordenador Rodolfo Pamplona por te compartilhado experiência e ensinamento ao longo do curso. Agradeço pela atenção.

Aos professores da pós-graduação pelas aulas e exposições que nortearam o estudo do Direito do Trabalho, que foram acrescidos na pesquisa, ora finalizada.

A minha avó, Conceição, meu grande amor, que sempre estar presente ao meu lado, ajudando-me em tudo que estiver ao seu alcance.

Ao meu companheiro de vida, Ronaldo, pelo incentivo, paciência e compreensão inestimável em todo tempo que estive em construção desta pesquisa.

A minha grande amiga, Elinne, por participar de toda trajetória ao meu lado.

Enfim, para não incorrer em deslealdade, agradeço a todos aqueles que de alguma maneira colaboraram para a conclusão dessa monografia.

“Quem acredita sempre alcança.”
(Renato Russo e Flávio Venturini)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apontar as peculiaridades da previsão legislativa brasileira no que concerne à gorjeta, onde para tanto, será discorrido o instituto jurídico da remuneração, bem como, as parcelas oriundas do trabalho e suas principais distinções. Ademais, será focado o aspecto etimológico e histórico da gorjeta, sua classificação, natureza jurídica, diferenciando-a das demais verbas trabalhistas salariais e suplementares, mesmo porque, a exemplo, diferencia-se da gratificação, por tratar-se de pagamento realizado pela mera liberalidade do empregador, sendo as gorjetas parcelas quitadas por terceiros, e ainda, se discerne das comissões e prêmios, por não possuir fatores de eficiência e produtividade analisado pelo empregador. Neste sentido, restarão evidenciadas as peculiaridades da legislação nacional quanto às previsões relacionadas a este instituto. Ainda nesta esteia, será pontuada a repercussão da gorjeta sob análise da Súmula 354 do TST – Tribunal Superior do Trabalho, assinalando também, os projetos de regulamentação e as problemáticas jurídicas decorrentes da retenção e supressão das gorjetas. Por conseguinte, o trabalho também tratará da relação jurídica entre os envolvidos com o pagamento, mormente porque, analisa esta premissa sob a visão geral trabalhista e do consumidor. Por fim, analisar-se-á se a imposição de gorjetas aos consumidores configura-se prática abusiva, averiguando ainda, se há necessidade de regulamentação através de lei das gorjetas espontâneas e compulsórias, afins de evitar que sejam furtados os direitos do trabalhador, direitos estes, consagrados pela Carta Maior.

Palavras chaves: Remuneração. Gorjeta. Legislação. Peculiaridades.

ABSTRACT

The objective of this study is to show the peculiarities of the Brazilian legislation regarding the tip, where the legal institute of remuneration will be discussed, as well as the parcels from the work and its main distinctions. In addition, the etymological and historical aspect of the tip, its classification, legal nature, will be focused, differentiating it from the other salary and supplementary labor sums, even if, for example, it differs from gratification, since it is payment made by mere The employer's gratuities, the gratuities being paid by third parties, and also, if it is aware of the commissions and premiums, for not having factors of efficiency and productivity analyzed by the employer. In this sense, the peculiarities of national legislation regarding forecasts related to this institute will be highlighted. Also in this case, the repercussion of the tip will be punctuated under analysis of Precedent 354 of the TST - High Court of Labor, noting also the regulatory projects and legal problems arising from the retention and suppression of tips. Therefore, the work will also deal with the legal relationship between those involved with the payment, mainly because, it analyzes this premise under the general labor and consumer view. Finally, it will be analyzed whether the imposition of tips to consumers constitutes an abusive practice, as well as whether there is a need for regulation through spontaneous and compulsory gratuities, in order to prevent the rights of the worker from being stolen, rights These, consecrated by the Major Charter.

Keywords: Remuneration. Tip. Legislation. Peculiarities.

LISTA DE ABREVIATURA

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal de 1988

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 UMA VISÃO GERAL SOBRE O SISTEMA DA REMUNERAÇÃO	12
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SALÁRIO NO MUNDO E NO BRASIL	12
2.2 PARCELAS ORIUNDAS DO TRABALHO	16
2.2.1 Salário	17
2.2.2 Complementos salariais	20
2.2.3 Suplementos salariais	23
2.3 REMUNERAÇÃO	26
2.3 DISTINÇÃO REMUNERAÇÃO E SALÁRIO	30
3 A GORJETA	33
3.1 O ASPECTO ETIMOLÓGICO E O HISTÓRICO DA GORJETA	33
3.2 CLASSIFICAÇÃO DA GORJETA	37
3.3 NATUREZA JURÍDICA: REMUNERATORIA OU SALARIAL?	40
3.4 DIFERENÇAS ENTRE A GORJETA E AS DEMAIS VERBAS TRABALHISTAS SALARIAIS E SUPLEMENTARES	44
4 AS PECULIARIDADES DA PREVISÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA DA GORJETA	48
4.1 A GORJETA NO CAMPO NORMATIVO DO DIREITO DO TRABALHO	48
4.1.1 Repercussões da gorjeta em análise a Súmula nº 354 do TST	52
4.1.2 Os projetos de regulamentação das gorjetas	55
4.2 AS PROBLEMATICAS JURÍDICAS RECORRENTES DA RETENÇÃO E SUPRESSÃO DAS GORJETAS	58
4.3 RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE OS ENVOLVIDOS COM O PAGAMENTO	63
4.3.1 A Gorjeta na visão geral do Trabalhista	63
4.3.2 A Gorjeta na visão geral do consumidor	66
5 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, podemos desatacar que, as parcelas oriundas do contrato de trabalho, são basicamente identificadas através de três grupos distintos, quais sejam: as parcelas que compõe a remuneração, as parcelas de natureza não remuneratórias e de natureza não trabalhista conexas ao contrato de trabalho, quais são inseridas na legislação do trabalho, a exemplo do direito de uso de imagem.

Impende pontuar que, no presente trabalho apenas iremos abordar os aspectos das parcelas remuneratórias, buscando a construção de uma visão geral do sistema da remuneração, afins de entender as peculiaridades do disposto no art. 457 da CLT ao tratar sobre as gorjetas.

O ato de concessão das gorjetas é uma pratica milenar entre diversos países, no entanto, a partir da evolução do contexto histórico da sociedade, ocorreram gradativamente diversas modificações, onde por sua vez, os indivíduos passaram cada vez mais a ceder o pagamento das gorjetas.

Entretanto, apesar de atualmente a pratica ter se tornado habitual, a gorjeta possui algumas peculiaridades a serem observadas no âmbito trabalhista, afins de garantir todo o direito do trabalhador com o recebimento da verba. Assim sendo, apenas em consonância ao disposto no art. 457 da CLT, as gorjetas possuem a segurança de legislação necessária, para proteger o recebimento da verba pelos empregados?

No âmbito doutrinário a aplicação das gorjetas nas relações de trabalho não consiste em um assunto muito discutido, no entanto, no judiciário não são poucas as reclamações trabalhistas sobre as peculiaridades dessa verba, tais como sua natureza jurídica, seus reflexos, possibilidade de retenção pelo empregador de percentual dos valores recebidos, bem como até a supressão da verba.

A construção desse trabalho tem como objetivo geral, não esgotar, mas debater essas e outras indagações que surgem os operadores do direito, buscando precisamente verificar as peculiaridades do pagamento e recebimento das gorjetas, no âmbito trabalhista, ante a sua escassa previsão legislativa.

De modo que, para alcançar tal desiderato, primeiramente imperioso se faz discorrer sobre uma visão geral do sistema remuneratório, tratando sobre o salário e o seu histórico, ainda porque, trata-se da contraprestação devida ao empregado pela prestação de serviços, na qual inspira o nascimento de todas as demais verbas

trabalhistas. Bem como será exposto a base das parcelas remuneratórias que são oriundas do contrato de trabalho, tais como, os complementos e suplementos salariais, sendo ainda disposto qual as principais divergências entre o salário e remuneração. Para que nesse aspecto possa abordar que as parcelas referentes as gorjetas possuem uma origem totalmente diversa do pagamento do salário e de todas as verbas que são quitadas como complementos ao salário-base.

De outra senda, será destrinchado sobre a gorjeta, verba na qual fora escolhida para constar expressamente na CLT como composição da remuneração, sendo assim abordado o seu histórico, o aspecto etimológico da palavra, a classificação usualmente aplicada, os aspectos da discussão doutrinária sobre a natureza jurídica, a gorjeta é parcela salarial ou remuneratória? Tratando-se ainda sobre as principais diferenças da gorjeta e demais verbas salariais e suplementares.

Por fim, será tratado o enfoque principal da presente pesquisa, abordar a maneira como a gorjeta é regulada atualmente no campo normativo do direito trabalho, discorrendo, portanto, sobre as repercussões da sua base de cálculo em análise a súmula nº 354 do TST, bem como, quais os projetos em tramitação sobre a regulamentação das gorjetas.

Evidenciando ainda, as problemáticas jurídicas da retenção e supressão das gorjetas realizadas pelo empregador, onde, por conseguinte, abordará sobre a relação jurídica entre os envolvidos com o pagamento da verba, pontuando a visão trabalhista entre a tríplice empregador, empregado e cliente, e a visão geral do consumidor sobre o pagamento da determinada verba.

A escolha de abordagem do tema incide da preocupação com os trabalhadores que buscam pela via judicial o recebimento das gorjetas com seus devidos reflexos, e subsequentes direitos trabalhistas, tais como discussão sobre a negativa de retenção da verba pelo empregador, rateio do recebimento, supressão, ante a escassa previsão de lei e debate doutrinário sobre o tema.

Tão logo, o trabalho visa analisar as peculiaridades da legislação brasileira atinente à gorjeta, abordando qual sua regulamentação atual e se o texto normativo necessita de reforma ou complementação.

O questionamento supramencionado possui grande relevância para toda a sociedade, uma vez que, seja pelo viés trabalhista, seja pela visão consumerista, o pagamento da gorjeta é prática costumeira em nossa sociedade, onde torna-se de

fundamental importância expandir o conhecimento sobre temática de notória magnitude.

Assim, urge mencionar que as orientações expostas na presente pesquisa são oriundas de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, razão pela qual, espera-se que abordagem realizada contribua não só para reflexão dos operadores do direito, mas também para despertar a necessidade de modificações na realidade atualmente abarcada pelas Convenções Coletivas, bem como sobre a necessária criação de leis para regulação do tema.

2 UMA VISÃO GERAL SOBRE O SISTEMA DA REMUNERAÇÃO

Inicialmente, antes de abordar os aspectos sobre o sistema da remuneração e dentre outros fatores, é indispensável para a base da presente pesquisa que se tenha uma breve compreensão da evolução histórica do salário, para que possamos compreender o sistema remuneratório que compõe nossa legislação.

Nesse sentido, passamos a uma breve retrospectiva sobre a evolução do salário no histórico mundial e no Brasil, para apenas posteriormente abordar as parcelas oriundas do trabalho na atualidade, bem como o sistema remuneratório e divergências entre salário e remuneração.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SALÁRIO NO MUNDO E NO BRASIL

A história do salário para Arnaldo Sussekind (2010, p. 413) confunde-se em grande parte com a história do Direito do trabalho senão veja-se:

A história do Direito do Trabalho confunde-se, em grande parte, com a evolução da política e da prática salarial. Por ser o salário o principal, ou único, meio de subsistência do homem que trabalha, ele tornou-se um dos instrumentos para a prática da justiça distributiva e, portanto, para a consecução da justiça social.

O nascimento do termo salário em consonância com Vólia Bonfim Cassar (2011, p. 803) “deriva do latim *salarium*, que teve sua origem na palavra que *salis*, que significa sal. O sal era a moeda oferecida pelos romanos para pagar domésticos e soldados das legiões romanas”.

Assim, antes da criação do sistema de troca através moeda, a remuneração do trabalho humano era feita com mercadorias, onde o salário como contraprestação era oferecido através da porção de sal, como pagamento aos soldados na Roma antiga.

No entanto, posteriormente com o declínio do império romano, surgiu o sistema feudalista onde a produção era exclusivamente realizada para o consumo dos senhores feudais e eventuais trocas de mercadorias, ou seja, ainda não existia o salário pelo serviço prestado, mas permanecia o regime da troca de mercadorias e de servidão. Assim aborda Carlos Henrique Bezerra Leite (2016, p. 404):

Na escravidão inexistia recompensa pelo trabalho humano. O escravo era considerado coisa, objeto. O trabalho era tido como aviltando e de responsabilidade dos escravos. Embora a servidão tenha trazido alteração no processo produtivo, interferido nas relações entre o capital e o trabalho, inexistia, ainda, o salário como retribuição pelo trabalho prestado aos senhores feudais.

Ademais, aborda também Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 93) que no sistema feudal “os trabalhadores também não tinham uma condição livre. Eram obrigados a trabalhar nas terras pertencentes aos seus senhores. Como preço pela fixação na terra e pela defesa que recebiam”.

Logo, a ideia de que o trabalho deveria ser remunerado em pecúnia era inexistente, visto que os servos, em busca de proteção, cultivavam as terras dos senhores feudais, recebendo em troca apenas a possibilidade de tirar dela seu sustento.

Mais tarde, surgiu as Corporações de Ofício, com a intensa venda e compra de mercadorias operada pelos burgueses, assim estancou o sistema feudal. No entanto, ainda com tal evolução, os trabalhadores não auferiam lucro da venda dos produtos produzidos, e apenas eram retribuídos com o aprendizado por participar da corporação.

Assim o sistema permanecia hierarquizado sem qualquer contraprestação em pecúnia, o que passou a confrontar diretamente com os princípios da Revolução Francesa existente à época, ocasionando o fim das corporações, senão veja-se o que anota Carmen Camino (2003, p. 30):

As corporações de ofício medievais alcançaram grande poder, mas acabaram por sucumbir pelas lutas intestinas que acabaram por enfraquece-las. O golpe fatal veio com a Revolução Francesa de 1789. O ideário da liberdade individual, levado à sua expressão máxima, mostrou-se totalmente incompatível com o a existência de entes coletivos, situados entre o Estado e os indivíduos. Não se admitia a submissão dos interesses individuais a interesses grupais, coletivos.

Após o declínio das Corporações, em consonância com José Martins Catharino (2012, p. 23) surge a primeira revolução industrial, onde a classe trabalhadora passa a enfrentar novas opressões oriundas da força no capitalismo, tais como mão de obra em condições degradantes, e por tal razão surge a “questão

social” onde passam a nascer as primeiras medidas legais em proteção as condições do trabalho e salário.

Nasceu, por conseguinte, da Constituição Mexicana de 1917 [...] a inclusão dos novos direitos sociais e econômicos, ao lado das liberdades, garantias e direitos individuais. (CATHARINO, 2012)

Bem como, posteriormente em âmbito internacional com o Tratado de Versalhes em 1919, senão veja-se:

Nasce, portanto, do Tratado de Versalhes a Organização Internacional do Trabalho, associada à sociedade das nações, e que iria desempenhar, como até hoje desempenha, fundamental importância na expansão do Direito do Trabalho, [...] em relação as legislações nacionais. [...] o trabalho não deve ser considerado como uma mercadoria ou um artigo de comercio; [...] pagamento de salário mínimo; [...] o princípio de trabalho igual – salario igual, sem distinção de sexo.

Não obstante, Carlos Henrique Bezerra Leite (2016, p. 404) também afirma que o salário passou a ser valorizado internacionalmente como forma de retribuição do trabalho humano e como necessidade para subsistência do trabalhador a partir do Tratado de Versalhes.

Por conseguinte, Márcio Tulio Viana (2013, p. 44) traz em sua obra, uma análise sobre o momento que o Estado passou a intervir para garantir as questões sociais, tais como salário e a liberdade, *in verbis*:

Com a I Guerra Mundial, as coisas começaram a mudar. O próprio movimento operário tinha se tornado mais forte, Afinal. Milhões de trabalhadores tinham morrido, e era preciso evitar que isso acontecesse de novo. E a questão social costuma estar na raiz de todas as guerras. Foi também por isso que nasceu a OIT. Outro sinal de mudança foram as Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919). Elas garantiram aos trabalhadores uma serie de direitos – os chamados “direitos sociais” ou de “segunda dimensão”.

Ou seja, o direito salarial passou a evoluir gradativamente em cada território, a partir das convenções coletivas desenvolvidas sobre regras para regulamentar cada Estado.

Deste modo, resta claro que a história dos direitos dos trabalhadores no Brasil, também teve início em 1888, após o termino da escravidão. Onde, passou a

existir a contratações de serviços assalariados, após os efeitos da Revolução Industrial e de toda a história mundial supramencionada.

No entanto, no Brasil, as primeiras normas protetivas do trabalhador nasceram apenas a partir do século XIX, com o poder de Getúlio Vargas (VIANA, 2013, p. 44)

Leciona ainda Maria Cláudia Felten (2016) que, no mesmo período instituiu o salário mínimo através da lei nº 185 de janeiro de 1936 e atendendo ao previsto no artigo 7º, neste período “o país foi dividido em 22 regiões [...] e todas as regiões que correspondiam a estados foram divididas ainda em sub-região [...] fixou-se um valor para o salário mínimo, num total de 14 valores distintos para todo o Brasil.”

Ademais em 1938 fora criado o Decreto-Lei no 399, afins de regulamentar a Lei 185/1936, para extinguir a distinção do pagamento do salário entre os trabalhadores adultos, contudo, as diferenças do salário mínimo entre as regiões eram permanentes. (FELTEN, 2016)

E em 1943 apesar de ser criado por Getúlio Vargas o Decreto-Lei nº 5.452, no qual instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho que veio para unificar toda a legislação trabalhista existente no Brasil, a definição de salário mínimo em seu art. 76 permaneceu decorrente para cada época e região do país. (VIANA, 2013, p. 54)

Apesar disso, a descrição do salário mínimo abordada pela CLT, apenas foi parcialmente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o art. 7, inciso IV explorou uma interpretação mais ampla a contraprestação mínima recebida pelo trabalhador, fixando que o salário mínimo deve ser nacionalmente unificado e restabelecendo determinação de reajustes periódicos. Neste sentido, traz Luciano Martinez (2015, p. 450):

O salário-base para um trabalho em regime de tempo integral [...] não pode ser inferior a um padrão mínimo fixado por lei para todo o território nacional. Trata-se do mais básico padrão de retributividade, conferido nos termos do art. 7º,IV, da Constituição da Republica. É fixado em lei, nacionalmente unificado e, *in tese*, capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família.

Assim, no Brasil existe a garantia do valor mínimo salarial disposto pela interferência do Estado em atendimento ao previsto em lei, bem como, em contrapartida possuímos a interferência das categorias profissionais que diversifica

os salários em reajustes acima dos valores mínimos estabelecidos pelo Estado, em consonância com cada área de atuação e qualificação do empregado.

2.2 PARCELAS ORIUNDAS DO TRABALHO

Conforme supramencionado, o trabalho ao longo dos anos possuiu diversas maneiras de retribuição, sob esse contexto, cumpre aqui tratar sobre algumas verbas oferecidas atualmente ao empregado, em razão do contrato de trabalho.

Basicamente as parcelas oriundas do contrato de trabalho, em consonância com o exposto por Luciano Martinez (2015, p. 451) são identificadas em três grupos distintos, parcelas de natureza remuneratória, que são pagas diretamente pelo empregador ou terceiros, parcelas de natureza não remuneratórias, as que não tem a finalidade de retribuir o trabalho, mas apenas de indenizar prejuízos, e por fim as parcelas de natureza não trabalhista conexas ao contrato de trabalho, que são as com origem no contrato de emprego, mas que não possuem vantagens de natureza trabalhista, sendo parcelas inseridas na legislação do trabalho, tais como o direito de uso de imagem.

No entanto, vamos apenas enfatizar brevemente as parcelas que denominamos de natureza remuneratória. Veja-se que para Luciano Martinez (2015, p. 445):

Entende-se como de natureza remuneratória toda verba que visa à retribuição pelo consumo ou pela expectativa de dispêndio da energia laboral. Essa verba normalmente é oferecida pelo empregador, responsável pela contratação e principal destinatário dos resultados do serviço, mas pode ser também por terceiros com quem os empregadores mantem relações econômicas.

As parcelas remuneratórias são subdivididas em: salário-base que é a retribuição quitada diretamente pelo empregador, complementos salariais que são quitados em circunstâncias adicionais ao previsto contratualmente, na qual também é paga pelo empregador e os suplementos salariais que é toda retribuição outorgada por terceiros, com objetivo de incentivar os empregados no exercício da sua função. (MARTINEZ, 2015)

Neste mesmo sentido, Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2014, p. 840), também abordam que as parcelas oriundas do trabalho

são compostas pelos três conceitos evidentes, quais sejam salário, complementos salariais e atribuições não salariais, senão veja-se:

Três conceitos são inconfundíveis, salário, complementos salariais, e atribuições não salariais; o primeiro é o parâmetro dos cálculos nos contratos de trabalho, o segundo reúne os pagamentos acessórios e não contínuos e por tal motivo não se incluem no salário, o terceiro refere-se a vantagens, bens ou serviços desvinculados dos salários.

Logo, temos que a remuneração recebida pelos empregados pode ser composta por um conjunto que inclui o salário, os complementos salariais e os suplementos salariais.

Urge frisar, no entanto, que nem sempre os três elementos estarão presentes na remuneração, isto porque pode ou não ocorrer os fatores ensejadores para o pagamento de complementos salariais, como os adicionais salariais (insalubridade, noturno, transferência e etc.) e suplementos salariais, como as gorjetas oferecidas por clientes.

Portanto o sistema remuneratório é basicamente composto pela soma do pagamento direto com o pagamento indireto, este último entendido como contraprestação paga por terceiros ao trabalhador, em virtude do contrato de trabalho que este mantém com seu empregador. (CASSAR, 2011)

Assim sendo, nos próximos tópicos, vamos abordar em uma clara sistemática apenas os aspectos do salário, dos complementos salariais e dos suplementos salariais, no qual resultam no sistema da remuneração como um todo.

2.2.1 Salário

Nos termos supracitados e conforme o art. 457 da CLT o salário constitui parcela de contraprestação quitada diretamente pelo empregador, em razão da relação de emprego.

Desde logo, cumpre mencionar que apesar do trabalhador dispor de energia para prestar o serviço laboral, o pagamento salarial não é uma forma de indenização, posto que a finalidade de indenização é diversa de contraprestação e retribuição, bem como destaca-se que o salário não possui apenas natureza alimentar, isto porque há diversas outras finalidades, dentre as quais Mauricio Godinho Delgado (2011, p. 810-812) traz as características do salário como além da

natureza alimentar, a periódica, a irredutível, indisponível e forfetária, ou seja, obrigação na qual o empregador jamais poderá deixar de cumpri-la.

Ao conceituar o salário, em consonância com Alice Monteiro de Barros (2012. p. 591), muitos doutrinadores utilizam o termo “contraprestação”, o mesmo utilizado pela CLT, no entanto, outros utilizam o termo “retribuição”, posto que, aduz que a palavra “contraprestação” reduz o trabalho a uma relação de troca e não se atenta ao aspecto pessoal do vínculo empregatício.

Assim, afirma ainda Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 35) que o salário não é apenas a contraprestação dos serviços. Há situações que geram o direito ao pagamento igual ao do salário mesmo sem contraprestação dos serviços.

Senão veja-se que de fato a contraprestação nem sempre está presente na relação de emprego, posto que o trabalhador poderá permanecer recebendo salário e não prestar serviços, como em casos de interrupção do contrato de trabalho nos termos do art. 473 da CLT.

Logo, o salário constitui um conjunto de parcelas retributivas pagas pelo empregador em razão do vínculo empregatício.

Neste mesmo sentido, temos o disposto por Mauricio Godinho Delgado (2016, p. 781):

Trata-se de um complexo de parcelas e não de uma única verba. Todas têm caráter contraprestativo, não necessariamente em função da precisa prestação de serviços, mas em função do contrato (nos períodos de interrupção, o salário continua devido e pago); todas são também devidas e pagas diretamente pelo empregador, segundo o modelo referido pela CLT (art.457, *caput*) e pelo conceito legal de salário mínimo (art.76 da CLT e leis do salário mínimo após 1988).

Geralmente o empregador paga ao trabalhador o salário-base, sendo este fixo ou variável, posto que podem existir complemento salarial variável a cada tipo de trabalho, a jornada de serviço e para cada contrato de trabalho.

Do mesmo modo, aborda Vólia Cassar (2011, p. 804) que, o “salário fixo é a contraprestação garantida e invariável, salvo faltas e atrasos do empregado e o salário variável é aquele submetido a uma condição, normalmente à produção do trabalhador, sendo diferente mês a mês”.

Logo, o salário de contraprestação supramencionado refere-se a todo valor devido pelo empregador fixo ou variável, no entanto, o valor quitado deve ser

garantido por uma retribuição de pagamento mínimo para subsistência, conforme preceito no art. 7º, VII da Constituição Federal.¹

Ou seja, apesar de existir o salário variável, inclusive como acima mencionado na breve análise histórica do salário, a quantia paga pela força de trabalho do empregado deverá sempre obedecer ao valor estabelecido como mínimo existencial.

Assim sendo resta-se notório que a natureza jurídica do salário é notadamente contratual, visto que sempre é fixado de maneira tácita ou expressa diante a relação de emprego.

Neste aspecto, o salário fixo pode se apresentar através de diversas modalidades, como o salário mínimo que é o fixado por lei em valor mínimo e atualizado anualmente, a ser quitado pelo empregador, salário profissional que é o valor mínimo a ser pago para os profissionais que possuem estatutos próprios, e temos ainda o piso salarial que é o valor mínimo determinado pela categoria sindical de cada atividade econômica, senão veja-se o também descrito por Mauricio Godinho Delgado (2016. p. 790):

[...] há o salário mínimo legal (hoje também incorporado na constituição), que traduz o parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado no mercado de trabalho de país. Há o salário profissional, que traduz o parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado no contexto de determinadas profissões, [...]. Há o salário-normativo, que corresponde ao parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado no contexto de determinada categoria profissional, segundo fixado em sentença normativa ou em convenção ou acordo coletivo de trabalho [...].

Logo, o salário fixo é um pagamento de quantia certa, que independe de horas trabalhadas ou produção, sendo estabelecido através de cada modalidade supramencionada.

Já de outro lado, temos ainda o salário variável que é uma contraprestação oferecida pelo empregador, na qual poderá ser quitada em dinheiro ou em prestação in natura, e estar prevista contratualmente caso possua uma pratica habitual. No

¹ Neste mesmo sentido do previsto pelo art. 7º, VII da Constituição Federal, temos a redação do art. 78, parágrafo único, da CLT que traz que “quando o salário-mínimo mensal do empregado a comissão ou que tenha direito a percentagem for integrado por parte fixa e parte variável, ser-lhe-á sempre garantido o salário-mínimo, vedado qualquer desconto em mês subsequente a título de compensação.” Bem como o disposto pela Lei nº 8.716/1993 que “trabalhadores que perceberem remuneração variável, fixada por comissão, peça, tarefa ou outras modalidades, será garantido um salário mensal nunca inferior ao salário mínimo.”

salário variável o empregado irá receber em acordo com sua produção de serviço, atividade desempenha, horas trabalhadas.

Desta maneira temos que o salário variável também poderá ser apresentado em diversas modalidades, podendo ser comissão, percentagem, prêmio, etc. No entanto, nos termos supramencionados a Constituição Federal garante que os empregados que recebem o salário variável que a remuneração jamais poderá ser inferior ao mínimo legal, vide inciso VII, art. 7º.

Bem como para o salário variável compor a remuneração é necessário possuir alguns elementos essenciais ao conjunto remuneratório, como o da habitualidade, ou seja, ter caráter sucessivo mesmo sendo intermitente, o da onerosidade, para que a relação de trabalho tenha seu valor quantificado, o da periodicidade, onde apesar do valor quitado poder ser variável, o mesmo deve ser pago em data pré-fixada, a exemplo temos a comissão ou gratificação que podem ser pagos num período superior a um mês, mas normalmente possuem data pré-fixada contratualmente, o da reciprocidade, onde deve ser um acordo firmado entre as partes, através do contrato de trabalho, norma coletiva, e etc, e o da essencialidade, onde a remuneração é o elemento essencial ao contrato de trabalho, pois não haverá relação de emprego se não houver a remuneração. (MARTINS, 2015.)

Contudo, destaca-se que não é imprescindível a presença de todos estes elementos para que o salário variável componha o sistema da remuneração, pois, desde que presente parte dos requisitos o salário variável será considerado componente da remuneração.

Portanto, no contrato de trabalho a parte da remuneração a ser quitada pelo empregador poderá ser composta pelo salário fixo e variável, como, também, poderíamos chamá-los o salário variável de complementos salariais?

2.2.2 Complementos Salariais

Sobre o assunto, bem apropriado são os escólios de Amauri Mascaro Nascimento (2014. p. 869), ao abordar que complementos salariais são formas complementares de salários acessórios ao principal.

Os complementos salariais são acréscimos quitado pelo empregador que complementam o salário-base, onde Luciano Martinez (2015, p. 466) traz que

decorrem de fatos geradores específicos, previstos em leis, regulamentos, contratos coletivos ou individuais, e são pagos diretamente pelos empregadores em virtude desses fatos.

Portanto, os complementos salariais são parcelas que integram o salário variável, posto que dependem de fatores específicos e não possuem incidência contínua.

Neste mesmo sentido, assevera Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 11) que, a cada origem do complemento salarial, o acréscimo poderá ter força de concessão obrigatória ou voluntária, a exemplo de quando acordado entre as partes nos contratos de trabalho, veja-se:

Quanto à origem, serão imperativos quando obrigatórios por força de lei ou decisão judicial, negociados quando previstos em cláusulas de contratos coletivos, convenções coletivas e acordos coletivos, caso em que terão efeito normativo ou voluntários quando ajustados em contratos individuais de trabalho.

Assim, a regulamentação das parcelas de acréscimos ao salário pode decorrer de lei, acordos coletivos, convenções coletivas e até mesmo de concessão voluntária entre as partes no contrato de trabalho, a fim de atender a interesses do empregador e necessidades do empregado.

No entanto, apesar da remuneração ser resultado da liberdade contratual, cumpre mais uma vez destacar que, os valores correspondentes ao salário não poderão ser inferiores ao descritos em lei, nas categorias profissionais ou nos pisos salariais determinados em instrumentos normativos.

Logo, os complementos salariais jamais poderão ser a única forma de remuneração, justamente por possuir caráter acessório, no qual deverá sempre respeitar o mínimo legal.

Urge trazer à baila que os complementos salariais não possuem como causa jurídica a contraprestação do trabalho, isto porque, os fatos ensejadores do pagamento de complementos salariais são para atender as necessidades do trabalhador em si e não pelo trabalho prestado, tendo assim, uma finalidade diversa da prestação base salarial. (NASCIMENTO, 2015)

Os complementos salariais são para acrescer o salário-base do empregado, em condições especiais, razão pela qual para cada incidência de pagamento da parcela haverá um fato gerador, a exemplo podemos citar os prêmios, as

gratificações, as comissões, quebra de caixa, as luvas, os adicionais de insalubridade, periculosidade, noturno, de transferência e dentre outros, que são quitados em situações específicas e com características especiais.

Desta maneira para Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 13) os complementos salariais despertaram um grande quadro de atribuições a ser atendido, onde justamente pelo caráter de condições específicas, os complementos acessórios salariais são pautados na aplicação de cinco principais características:

[...] a acessoriedade uma vez que não podem ser forma exclusiva de remuneração dependendo do salário. A periodicidade onde ao contrário do salário, podem ser atribuídos em intervalos maiores e não necessariamente mensais, uma vez que a sua finalidade não coincide com a do salário. [...] A plurinormatividade já que se originam das leis, dos contratos coletivos, regulamentos de empresas, usos e costumes, contrato individual de trabalho, enfim, de todos os tipos de atos e normas admitidos no direito do trabalho. A multicausalidade que significa a diversidade das suas causas, tantas que é impossível uma enumeração taxativa. Um imperativo de remunerar a sobrecarga do trabalho prestado em condições mais gravosas gerou os adicionais; para remunerar o trabalho que ultrapassa a jornada normal surgiu o adicional de horas extras; para compensar os riscos da integridade física foi instituído o adicional de periculosidade; para compensar a exposição da saúde aos agentes ambientais que possam afetar lá adveio o adicional de insalubridade; para motivar a maior produtividade surgiram os prêmios; para acentuar a assiduidade, vieram os adicionais de frequência; para fazer frente aos aumentos de gastos nas festas de fim de ano, criou se a gratificação natalina; para reconhecer o valor da antiguidade vieram os adicionais por tempo de serviço com diferentes nomes tais como triênios, anuênios, quinquênios etc. [...] a condicionalidade porque os complementos salariais revestem se da natureza jurídica de obrigações sob condição, vinculadas ao princípio da causalidade segundo o qual cessada a causa desaparece o efeito.

Assim sendo veja-se que todas parcelas denominadas como complementos salariais possuem as características explicitas acima, da acessoriedade, onde apenas buscam complementar o principal que é o salário, o da periodicidade onde os pagamentos sempre podem ser atribuídos em intervalos não necessariamente mensais, o da plurinormatividade posto que as parcelas são originárias de diversos tipos de atos e normas admitidos no direito do trabalho, o da multicausalidade onde a criação de cada parcela acessória fora por origem multifatorial diversa e a da condicionalidade, pois cada parcela possui seu fato gerador específico e que cessado a causa desaparece a obrigação do pagamento complementar.

Diante tudo exposto, temos que os complementos salariais decorrem do seu caráter acessório ao salário-base que pode ser extinto durante a existência do contrato de trabalho, certo que, basta não haver o fato ensejador, a exemplo podemos citar um empregado que recebe adicional de insalubridade e posteriormente é remanejado de função, na qual não possua mais o fato gerador para o pagamento do adicional.

2.2.3 Suplementos Salariais

Em consonância com Luciano Martinez (2015. p. 481) a etimologia da palavra suplemento é composta no seguinte sentido:

Suplemento é algo que reforça o conjunto, mas que nele não está contido. É parte que adiciona a um todo para ampliá-lo, para acrescê-lo. Trata-se de um adendo, visivelmente destacado. Os suplementos diferem dos complementos porque eles constituem partes integrantes de conjuntos diversos.

Assim resta-se claro que o suplemento salarial diversamente complemento salarial não possui a função de complemento ao salário-base, mais sim de acrescentar a remuneração como o toldo.

Diversamente das verbas que constituem os complementos salariais, os valores quitados correspondentes a suplementos salariais, não são desembolsados pelos empregadores, mas sim, por terceiros a relação do contrato de trabalho, ou seja, por parceiros fornecedores ou pelos clientes.

Logo, as parcelas referentes aos suplementos salariais possuem uma origem totalmente diversa do pagamento do salário e de todas as verbas que são quitadas como complementos ao salário-base.

Senão veja-se que neste mesmo sentido os suplementos salariais podem ser definidos como verbas (retributivas do trabalho) outorgadas não pelo empregador, mas por terceiros com quem este (o patrão) estabeleceu vínculos mercantis. (MARTINEZ, 2015)

Ademais, destaca-se ainda que os suplementos salariais apesar de não ser disposto pelo pagamento do empregador, é o patrão que oferece a oportunidade do ganho, ao dispor o contato do empregado com clientes e fornecedores.

Portanto, apesar de não efetuar o pagamento dos suplementos salariais, o empregador também compõe a cadeia das prestações de suplementos salariais, no sentido de permitir o ganho do funcionário. Onde, neste mesmo sentido, brilhantemente aborda Luciano Martinez (2015, p. 482):

Fala-se em “oportunidade de ganho”, porque o patrão oferece uma chance para que seu emprego ganhe algo mais do que seu próprio salário. Essas oportunidades são proporcionadas em decorrência de relações que o patrão naturalmente mantém com seus clientes ou fornecedores.

No entanto, se faz importante frisar que as oportunidades de ganho a qualquer momento podem ser cessadas pelos clientes ou pelos fornecedores, isto porque não compõe a relação do emprego, assim não estão submetidos as regras do art. 468 da CLT.

Bem como, caso o pagamento dos suplementos salariais seja suprimido ou extinto, o empregador não está obrigado a manter os rendimentos, posto que as verbas pagas como suplemento salarial não interferem nas parcelas pagas diretamente pelo empregador.

Não obstante, urge frisar ainda que o próprio empregador não é obrigado a autorizar o empregado a auferir vantagem junto os fornecedores ou clientes.

Assim sendo, caso seja de entendimento do empregador o mesmo encontra-se livre para cessar a autorização dos pagamentos de suplementos salariais ao empregado. Contudo, desde que concedida a oportunidade de ganho, o empregador não mais poderá proibir o direito adquirido.

O empregado ao manter contato com os clientes e parceiros mercantis do empregador pode ganhar algumas espécies de suplementos salariais, dentre eles, as gorjetas, gueltas, *couvert* artístico e o bicho externo.

As gorjetas são suplementos salariais concedidos por clientes do empregador, como agradecimento e estímulo ao trabalho prestado, normalmente em busca de preservar um bom atendimento.

Conforme o art. 457 § 3º da CLT a gorjeta se refere a todos os valores quitados espontaneamente pelos clientes ao empregado, bem como aos valores cobrados compulsoriamente pela empresa no adicional da conta do serviço, no qual serão destinados a compartilhar as verbas entre os empregados.

Gorjeta é, portanto, o pagamento feito por terceiros ao empregado, em virtude do contrato de trabalho, seja dado espontaneamente pelo cliente ao trabalhador ou cobrado na nota de serviço. (MARTINS, 2015, p. 297)

Já as gueltas apesar de também compor os suplementos salariais, sendo pagamentos efetuados por terceiros, estes possuem o estímulo efetuado por fornecedores mercantis do empregador e não pelos clientes.

Os pagamentos das gueltas são como premiações oferecidas por fornecedores para o empregado de uma empresa, visando intensificar a venda dos produtos em relação aos demais concorrentes.

Logo, diversas empresas farmacêuticas², de eletrodomésticos, em agências bancárias, de hotelaria, do turismo e dentre outras, exploram essa prática para fomentar a venda dos serviços e produtos, constituindo assim as premiações para os empregados e o lucro para os fornecedores e o próprio empregador.

Portanto, apesar do empregador não possuir relação direta com o pagamento das gueltas, o mesmo, também, é beneficiado, visto o incentivo das vendas no seu estabelecimento.

Essa também é a opinião de Vólia Bonfim Cassar (2011, p. 809):

As gueltas também se caracterizam em forma de pagamento indireto para estimular as vendas ou a produção. Pode ser paga em valor fixo ou percentual. Guelta é a parcela pecuniária paga, por exemplo por um laboratório farmacêutico ao vendedor ou balconista da farmácia para incentivá-lo a dar preferência nas vendas dos produtos ou remédios deste laboratório. Outra situação é a da empresa de cartão de crédito que oferece gueltas aos empregados do banco para as operações realizadas em relação aos produtos da empresa do cartão. Se pago em habitualidade, compõe a remuneração para todos os fins.

Ademais, quanto ao *couvert* artístico é importante esclarecer que também configura-se um suplemento salarial oferecido pelo cliente aos músicos que integram os empregados de bares e restaurantes e afins.

No entanto, apesar de quitado pelo cliente este não possui apenas o caráter espontâneo de pagamento, mas sim compulsório, posto que o empregador apesar

² O incentivo do pagamento das gueltas pela indústria farmacêutica desperta uma grande polêmica, ao se verificar que o vendedor de farmácia está incentivando a compra de um produto em detrimento de outro, apesar da venda estar diretamente relacionada a vida e saúde das pessoas. Assim, até que ponto o capitalismo sobressai a vida das pessoas?

de não quitar a verba referente couvert artístico, necessita realizar a exposição com a informação da cobrança previamente.³

Podemos mencionar ainda, os chamados casos de “bicho externo” ou denominado “mala branca” que são situações que clubes de futebol esportivo oferecem vantagens e pecúnia para atletas de equipes diversas, posto que possuem interesse direto no desempenho da equipe no resultado do jogo, a exemplo, para que o clube seja beneficiado em determinado campeonato de futebol.

Desta forma trata-se de um suplemento salarial, pois é um estímulo de vantagens externas oferecidas a jogadores, por terceiro que não compõe o clube profissional que os atletas são empregados.⁴

Não obstante aos tipos de suplementos salariais acima mencionados, cumpre destacar que, o direito de arena⁵ que é o pagamento realizado para atletas pela sua participação em eventos esportivos, anteriormente a Lei nº12.395/2011, também era considerado pelo TST como um suplemento salarial.

Todavia, após a Lei nº12.395/2011 a natureza jurídica do pagamento da parcela fora alterada para a natureza jurídica civil.

Por fim, pelo tudo exposto, temos que a remuneração do empregado poderá ser composta de salário-base, complementos salariais e também dos suplementos salariais, nos termos acima abordado.

2.3 REMUNERAÇÃO

A palavra remuneração conforme Sergio Pinto Martins (2015, p. 247) vem de *remuneratio*, do verbo *remuneror*, sendo que “a palavra é composta de *re*, que tem o sentido de reciprocidade, e *muneror*, que indica recompensar”.

³ Para que a cobrança do couvert artístico possua seu caráter legal deverá haver uma informação prévia sobre a cobrança, em obediência ao disposto no art. 6º, III, no CDC.

⁴ Nesta situação o clube empregador dos atletas, também pode proibir a distribuição dessa verba oferecida por terceiro, posto que pelo ponto de vista ético da empresa, os atletas poderão estar recebendo benefícios tanto para estimular o resultado do ganho, como o resultado da perda.

⁵ O direito de arena encontra-se previsto desde a Constituição Federal mediante ao previsto no art. 5º, XXVIII, a, que assegura a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz, inclusive em eventos esportivos.

Logo, o sentido da remuneração é o de onerosidade na qual se manifesta através do contrato de trabalho por um conjunto de parcelas quitadas pela contraprestação do serviço ou pela simples existência laboral.

A cultura jurídica trabalhista possui três acepções distintas para definir a remuneração, onde a primeira trata o conceito de remuneração como sinônimo de salário, uma vez que passam a classificar parcelas como remuneratórias objetivando na verdade destacar a natureza salarial do pagamento, bem como, informa que, no próprio cotidiano trabalhista é utilizado o termo da remuneração como se possuísse a mesma finalidade do salário. (DELGADO, 2016)

Aduz ainda, Maurício Godinho Delgado (2016, p. 780), que a segunda vertente é a que dispõe sobre pequena diferença entre as expressões, remuneração e salário, uma vez que entende a primeira como sendo gênero de parcelas contraprestativas e pagas ao empregado em função do trabalho prestado, e a segunda como sendo a parcela contraprestativa principal, assim a remuneração seria um gênero e o salário a espécie principal dos pagamentos oriundos pelo trabalho. E por fim, a terceira acepção fundada nos arts. 76 e 457, caput, da CLT, na qual informa que há duas variantes interpretativas no sistema jurídico brasileiro.

A primeira que possuiu grande importância na prática jurídica do passado, na qual entende que remuneração foi apenas uma fórmula para incluir na base de cálculo do salário as gorjetas habitualmente recebidas, contudo, essa linha interpretativa foi superada pela súmula nº 354 do TST. (DELGADO, 2016)

Maurício Delgado (2016, p. p.783), pondera também, que a segunda vertente, na qual, entende que, a CLT criou dois tipos-legais diferentes e inconfundíveis, onde o salário é parcela quitada pelo empregador e a remuneração é parcela paga por terceiros, ou seja, nesta acepção, as gorjetas não produzem os efeitos próprios de parcelas salariais e não integram a base de cálculo do salário contratual para todos os fins, nesse mesmo sentido segue o entendimento do TST.

Dentre ambas as variantes da terceira acepção sobre o sistema da remuneração, o professor Mauricio Godinho Delgado (2016, p. 784), aduz que a primeira linha de interpretação, na qual afirma que as gorjetas integram a base de cálculo do salário, reduz a diferenciação entre salário e remuneração, sendo permanente apenas a diferenciação no tocante do salário mínimo. Já quanto a segunda variante interpretativa, ele informa que está alarga a diferenciação entre a remuneração e o salário, no entanto, critica tal corrente aduzindo que, tal

interpretação acaba restringindo os ganhos de categorias trabalhistas mais simples, como os garçons, e apenas amplia a remuneração de categorias mais sofisticadas, como artistas e advogados, senão veja-se transcrição da crítica abaixo:

É que se efetivamente a expressão remuneração corresponder a um tipo legal próprio (verba contraprestativa paga ao empregado por terceiro), mas não a mero artifício para propiciar a inserção das gorjetas nos salários contratuais (respeitando o mínimo legal), isso significará que outras modalidades de pagamento contraprestativo por terceiros assumirão o caráter de remuneração. É o que ocorreria, por exemplo, com os honorários advocatícios habitualmente recebidos de terceiros pelo advogado empregado, assim como a participação em publicidade habitualmente recebida de terceiros pelo empregado artista ou atleta profissional (ou outro profissional, se for o caso). Se tais verbas têm caráter de remuneração (como decorrência inevitável da interpretação lançada pela segunda corrente hermenêutica), no mínimo elas produzirão efeitos em FGTS, 13º salário e recolhimentos previdenciários.

Assim o autor concorda com a primeira vertente da terceira acepção supramencionada, ou seja, aquela contrária a súmula nº 354 do TST, posto que, se posiciona que as gorjetas habituais devem integrar o salário contratual em todas as verbas na sua base de cálculo:

[...] a primeira vertente interpretativa do modelo criado pelos arts. 76 e 457, *caput*, da CLT – vertente que, tempos atrás, fora dominante no cotidiano justabalhista – é a que melhor atinge os objetivos e a própria função do Direito do Trabalho. [...] tal vertente viabiliza cumprir-se dois essenciais objetivos justabalhistas: de um lado, não se enrijece o Direito do Trabalho com a tendência pansalarial tantas vezes criticada – e cujos efeitos, como se sabe, ao final voltam-se contrariamente ao próprio trabalhador, pelo recuo de concessões provocado no mercado. De outro lado, assegura-se a renda laboral efetiva de uma ampla categoria de trabalhadores vinculados ao segmento de serviços. (DELGADO, 2016)

Deste modo, temos que o sentido da palavra remuneração poderá ser abordado de diversas maneiras, quais sejam pelo uso do termo no cotidiano jurídico, pela sua interpretação variada ao disposto em lei ou até mesmo pelo aspecto formal de estudo da palavra como gênero e espécie.

Contudo, cumpre aqui destacar a acepção abordada através lei, ou seja, sobre o que dispõe o art. 457, *caput*, da CLT, que traz a remuneração do empregado

como os pagamentos do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, bem como as gorjetas que receber.

Logo, em consonância com a interpretação literal do art.457, caput, da CLT teremos que a remuneração é a soma de salário mais gorjetas, independentemente da discussão abordada pelo doutrinador Mauricio Godinho Delgado, de se a remuneração é ou não apenas a palavra inserida na CLT para computar gorjetas, na base de cálculo do salário contratual.

Em interpretação ampla temos que a remuneração, na verdade, é um conjunto de todas as parcelas quitadas pelo empregador ao empregado, e de todas as parcelas pagas habitualmente por terceiros à relação do emprego, a exemplo a CLT utiliza-se a gorjeta, apesar de outras verbas como já mencionado entre os suplementos salariais.

Assim, o Douto doutrinador Sergio Pinto Martins (2015, p. 248) resume o conceito da remuneração nesta mesma linha de entendimento, senão veja-se:

Remuneração é o conjunto de prestações recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer as suas necessidades vitais básicas e de sua família.

Bem como em consonância com Alice Monteiro de Barros (2012, p. 591):

Remuneração é a retribuição devida e paga ao empregado não só pelo empregador, mas também por terceiro, de forma habitual, em virtude do contrato de trabalho. Pelo que se vê, seu conceito é mais amplo: abrange o salário e seus componentes, como também os adicionais e as gorjetas.

O objetivo da remuneração é que na totalidade das percepções quitadas aos trabalhadores, na qual incluem o pagamento de salário, complementos salariais e suplementos salariais, o valor possa suprir as necessidades básicas para sobrevivência, conforme garantido pela Constituição Federal, até mesmo porque, é sabido que em grande maioria dos casos no Brasil, apenas o salário não alcançaria essa necessidade mínima, mas apenas a remuneração como um todo.

Pelo exposto, veja-se que a remuneração é caracterizada por uma obrigação de dar ou pagar, na qual é cumprida pelo empregador e terceiros pela retribuição ao trabalho para o empregado.

2.3.1 REMUNERAÇÃO E SALARIO DISTINÇÃO

Após abordar sobre as parcelas oriundas do trabalho, salário, complementos salariais e suplementos salariais apontamos acima que todo o conjunto forma o sistema geral remuneratório.

No entanto, para concluir uma visão geral do sistema remuneratório se faz necessário expor as diferenças entre o salário e a remuneração, certo que vários doutrinadores expõem teorias que se complementam trazendo um amplo entendimento acerca do instituto da remuneração e sua distinção com o salário.

Inicialmente, antes de abordar as diferenças entre o salário e a remuneração, podemos mencionar que a única analogia entre salário e remuneração é que ambas correspondem a prestação pecuniária paga ao trabalhador decorrente do seu contrato de trabalho.

Logo, diversamente da primeira acepção abordada por Mauricio Godinho Delgado, já mencionada alhures, não há o que se falar remuneração como sinônimo de salário, apesar da utilização do termo no cotidiano trabalhista.

Dentre as distinções da remuneração e salário temos teorias básicas que explanam sobre o assunto, cabendo primeiro mencionar sobre a Teoria Bipartite exposta por Amauri Mascaro Nascimento (1997, p. 70-73), na qual aborda que o salário é uma obrigação principal e remuneração é obrigação acessória.

Nesse mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado traz dentre as teorias acima mencionadas, a vertente de que a remuneração é tratada como gênero e o salário como um tipo de espécie, onde, o salário seria uma quantia fixa quitada pelo empregador e a remuneração o somatório de todas as parcelas recebidas pelo empregado, ou seja, as quitadas pelo empregador e por terceiros.

Portanto, no sentido da chamada Teoria Bipartite podemos mencionar que o salário é a prestação quitada obrigatoriamente ao empregado em razão do contrato de trabalho e a remuneração é a prestação decorrente apenas de ocasiões especiais, razão pela qual possui o caráter de gênero acessório.

Contudo, em consonância ao disposto em outra teoria abordada e defendida pelo doutrinador Mauricio Godinho Delgado (2016, p. 783), também acima já mencionada, temos que a CLT pretendeu utilizar-se da palavra remuneração apenas como formula para incluir no salário contratual do obreiro as gorjetas habitualmente recebidas pelo empregado (gorjetas que são pagas, repita-se por terceiros).

Nesse mesmo diapasão, temos Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 295) que aduz como as gorjetas não são pagamento direto efetuado pelo empregador ao empregado, a solução encontrada foi introduzir na lei a palavra remuneração.

Assim, temos outra teoria abordada pela doutrina que afirma que, a inclusão da expressão remuneração na CLT apenas seria para que as gorjetas habituais recebidas integrassem o salário contratual na base de cálculo, ou seja, remuneração e salário seriam parcelas interligadas e sem larga diferenciação.

Ocorre que, em estrita interpretação, a Consolidação das Leis de Trabalho nos imputa que o salário é a parcela contraprestativa paga pelo empregador e a remuneração é o salário mais as gorjetas paga por terceiros, ou seja, induz ao entendimento que salário e remuneração são verbas diversas e incomunicáveis.

Alice Monteiro de Barros (2012. p. 619) também nos posiciona que as expressões salário e remuneração possuem o caráter diverso, senão veja-se:

É oportuno lembrar que as expressões salário e remuneração se distinguem. O primeiro refere-se à contraprestação pelos serviços prestados pelo empregado, paga diretamente pelo empregador, ao passo que a remuneração é a totalidade dos proventos percebidos pelo obreiro, habitualmente, em virtude do contrato de emprego, ainda que pagos por terceiro.

Logo, as parcelas de natureza remuneratória, como as gorjetas, não produzem o mesmo efeito de parcelas salariais, assim diversamente da vertente supramencionada pelos doutrinadores, a criação da expressão remuneração apenas para integra as gorjetas ao salário para todos os fins, não alcança este objetivo, isto porque, conforme previsto na súmula 354 do TST as gorjetas integram a remuneração, mas não servem de base de cálculo de algumas parcelas salariais, como: aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

Portanto, a ideia de que salário e remuneração são verbas distintas é verificado, posto que, a primeira é paga pelo empregador e a segunda é o conjunto de parcelas paga pelo empregador e terceiro. No entanto, a ideia que salário e remuneração são incomunicáveis, não torna-se tão sólida, visto que apesar de limitações para sua integração no salário, há reflexos que são inevitáveis, neste sentido veja-se o abordado por Mauricio Godinho Delgado (2016, p. 784):

Ressalta-se, entretanto, que, mesmo seguindo-se esta visão defensora da incomunicabilidade entre remuneração e salário, há alguns reflexos contratuais que ainda restam inevitáveis no tocando à média da parcela remuneratória de gorjetas habitualmente recebidas. É que as gorjetas compõem, sim, o salário de contribuição do empregado para fins de repercussões previdenciárias: neste quadro, deverá, inclusive, constar de sua CTPS a estimativa razoável de gorjetas a serem auferidas ao longo da prestação laboral. Também não há dúvida razoável quanto a repercussão no Fundo de Garantia das gorjetas recebidas. [...] Do mesmo modo, não pode haver dúvida de que as gorjetas compõem a remuneração para fins de cálculo do 13º salário. [...]

Portanto, o pagamento da remuneração através da parcela quitada por terceiro, a exemplo da gorjeta, temos que apesar de não possuir a natureza salarial buscada pela CLT, a parcela possui a integração com o salário contratual para a base de cálculo em algumas verbas, desde que observado o disposto na súmula 354 do TST.

Isto exposto temos que a CLT faz a distinção entre remuneração e salário, no entanto as parcelas podem se comunicar parcialmente com a base de cálculo de determinadas parcelas salariais, através da integração de algumas parcelas pagas por terceiros, a exemplo da gorjeta.

3 A GORJETA

Conforme supramencionado no capítulo anterior, a remuneração é composta por salário, complementos salariais e suplementos salariais, onde, dentre os suplementos salariais, temos a gorjeta, verba na qual fora escolhida para constar expressamente na CLT como composição da remuneração.

Assim ao empreender um estudo sobre a disciplina normativa do pagamento das gorjetas, com suas conseqüentes peculiaridades, previamente torna-se necessário abordar sua etimologia, seu histórico, suas disposições doutrinárias sob o parâmetro da sua natureza jurídica, suas características e suas diferenças quanto a demais verbas trabalhistas, quais passaremos a estudar no presente capítulo.

3.1 O ASPECTO ETIMOLÓGICO E O HISTÓRICO DA GORJETA

Inicialmente, antes mesmo de falar sobre o conceito, se faz necessário mencionar sobre a etimologia da palavra “gorjeta”, isto porque, o próprio significado da palavra já nos descrevera bastante sobre o nascimento da sua história.

O termo português “gorjeta” vem de *gorja*, que é o sinônimo de garganta e descende da palavra latina *gurgis*, que significa vasto ajuntamento de águas. A gorjeta desde a sua etimologia da palavra está associada a bebida, isto porque desde a antiguidade existia rituais de vinhos e crenças, onde beber possuía o símbolo de ser recíproco. (SILVA, 1994, p. 35-36)

Assim, apesar da gorjeta possui diferentes expressões em quase todas as línguas, a etimologia em todos os países está diretamente relacionada com o “beber”, “dar para beber”, “molhar a garganta”, ou seja, atos de beber que passam a ser correspondente a cada expressão popular do país.

A exemplo, o ilustre doutrinador Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1994, p. 36) nos traz ainda que na França existia o costume de oferecer um copo de vinho a quem se prestava um serviço, e partir disso designa-se o vocabulário “*pourboire*” que significa, para “*pour*” beber “*boire*”.

Nessa mesma diapasão, Sergio Pinto Martins (2015, p. 296) em sua obra nos traz ainda sentidos da palavra no francês que costumam ser empregadas em outras expressões populares, senão veja-se:

Costumam ser empregadas as gírias: *camionage*, *dringuele*, *pourliche*, *poursoif* (para a sede); *paraguante*, que vem do espanhol e foi afrancesado, mas que tem relação com *gant* (luva), de fazer um pagamento em dinheiro, de modo polido e elegante. *Pot-de-vin* é um pagamento decorrente de suborno, tendo natureza ilícita.

Já no espanhol denomina-se como “*proprina*”, que deriva do latim *propinare*, significando dar a beber, em inglês teremos a expressão *drink money* ou a palavra *trip*, *to insure promptness*, para assegurar presteza, que ocorreria nas cafeterias inglesas no século XX. (MARTINS, 2015, p. 296)

Ademais, Sergio Pinto Martins (2015, p. 297) aborda a etimologia da palavra em diversas outras línguas, senão vejamos:

Trinkgeld, em alemão; em sueco, *drinkspengar*; em dinamarquês, *drikkepenge*; *fooi*, em holandês; *napiwek*, em polonês; *mancia*, em italiano, molhadura, derivada de *mano*, que seria mão que acompanha o hóspede até à porta, mas também se observa a palavra *beveraggio*. Na Argentina, se usa a expressão para *la copa*.

Destarte, alguns autores mencionam que a gorjeta é um pagamento decorrente da mendicância organizada por costumes, entretanto, exatamente por ser uma verba decorrente do emprego, não há como se falar em ato de mendigar, visto que são pagamentos retributivos do trabalho desempenhado.

Veja-se que pela etimologia da própria palavra, temos que a gorjeta deriva de uma forma de retribuição, ou seja, quando um cliente pretende demonstrar seu reconhecimento pelo serviço prestado.

O conceito da gorjeta é um proveito que certos empregados obtêm, por ocasião dos atos de seu emprego, dos clientes do seu patrão com os quais se acham em contato direto, sem que com eles tenham contrato. (SILVA, 1994. p. 34)

Nesse mesmo diapasão, Aline Monteiro de Barros (2012. p. 591) identifica a gorjeta como uma quantia paga ao empregado por terceiros, estranhos ao estabelecimento do empregador. Logo, a gorjeta era uma recompensa oferecida ocasionalmente pelo cliente ao empregado que o serviu, como forma de manifestação social e de cortesia.

Entretanto, de onde surgiu a iniciativa de conceder gorjetas?

Grande parte dos doutrinadores ao dispor sobre o histórico da gorjeta mencionam que se trata de uma antiga prática, isto porque, os primeiros rumores da

gorjeta vieram desde a bíblia, onde José Luiz Ferreira Prunes (1982, p. 11) nos chama atenção para a passagem bíblica de Tobias 2,11, senão vejamos:

[...] o cego TOBI (cf. TOBIAS 2,11) aponta-nos para história com mais de vinte e cinco séculos, onde chega a desconfiar da honestidade de sua virtuosa esposa – Ana – porque esta, além do salário, recebeu em acréscimo um cabrito como gorjeta.

Nas nascentes da gorjeta, temos ainda que a sua pratica iniciou-se desde a antiguidade greco-romana, posto que na Grécia apesar dos escravos à época serem considerados como objetos e não como seres humanos, era comum a pratica dos senhores entregar a eles certos bens para sua administração, como gorjetas por prestarem bons serviços, sendo chamado tal ato de “*pecúlio*” e já em Roma, o mesmo ato com o chamado “*espórtula*”, *in verbis* Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1994, p. 34):

Assim, ocorria comumente que o senhor entregasse a um deles certos bens, chamados “*pecúlio*”, para o seu gozo e livre administração, como se fossem próprios. Não era, entretanto, o escravo proprietário ou possuidor jurídico, porém simples detentor do pecúlio. Esse pequeno patrimônio podia ser constituído, entre os romanos, por qualquer espécie de bens, oriundos tanto de liberdades do patrão como de donativos de terceiros. O pecúlio podia, igualmente, em toda a Grécia, por força do uso, crescer-se dos pequenos proventos obtidos pelos escravos devido à sua habilidade, a seu espírito de intriga ou a generosidade do senhor ou dos amigos que o frequentavam.

Já na Idade Média a gorjeta era constituída por peregrinos que se hospedavam nos mosteiros nos castelos feudais, e desde então deixavam uma importância para os domésticos, como ato generoso ao serviço prestado. (SILVA, 1994 p. 40)

Nota-se que desde os princípios o ato de entregar a gorjeta, era considerado como recompensa e agradecimento espontâneo de serviços realizados por terceiros, mesmo a relação não sendo derivada do contrato de trabalho, como nos dias atuais.

De acordo como Pedreira da Silva (1994, p. 40-49,) a gorjeta atinge seu maior aparato no século XIX na França, tendo em vista que a recompensa havia se tornado mais corriqueiras na vigência do trabalho livre, bem como tornou-se mais comum nas atividades do cotidiano, sempre na associação de que a gorjeta estava

direcionada a uma retribuição onde o cliente “paga uma bebida”, como agradecimento.

Na França havia ainda a Lei Godart de 19 de julho de 1933, na qual disciplinava sobre a distribuição e recebimento das gorjetas, impondo assim os empregadores haveriam de repassar a totalidade das gorjetas para os empregados, quando estas eram incluídas nas notas de serviços do cliente, contudo, à época gerava a discussão na doutrina que as gorjetas deveriam ser extintas, tendo em vista que o trabalhador ao receber a gorjeta como parte do seu salário caracterizava uma esmola. (MARTINS, 2015. p. 295)

Nesse mesmo sentido da busca doutrinária de extinção da gorjeta, Sergio Pinto Martins (2015, p. 296) traz também a Lei Espanhola de 1932 que já proibía a propina, veja-se:

O texto refundido em 1944, no art.70, proíbe a propina. Decisão da Sala de 7 de maio de 1945 considera ato ilícito a aceitação de gorjetas quando expressamente não autorize a elas ou não consinta a empresa. Seria um ato contrário ao dever de finalidade do empregado.

Cumpra ainda chamar atenção para o fato de que, apesar da gorjeta de concessão espontânea vir de uma prática de séculos passados, há países que não possuem o costume de auferir a gorjeta, e por esta razão, o pagamento nem sempre é visto com bons olhos, posto que podem ser encarados exatamente no sentido de propina, a exemplo temos a Nova Zelândia, Peru e a China.

No entanto, em regras gerais a maioria dos países do mundo possuem a prática de pagamento das gorjetas, onde apesar de alguns não constarem expresso em nota de serviço, a prática é habitual, como Itália, Portugal, Rússia e dentre outros.

Já no Brasil as gorjetas espontâneas sempre foram uma prática do país, contudo, a sua primeira regulamentação nasceu a partir do Decreto-lei nº 65 em 1937 no seu art.7º ao dispor que as gorjetas deveriam ser computadas nos salários não só para efeitos de pagamento da previdência, mas também para toda a legislação de proteção aos trabalhadores, devendo tal arbitramento ser expresso na carteira profissional do empregado.

Entretanto, este entendimento não prevalece em sua totalidade nos dias atuais, sendo que as gorjetas não são computadas em todos os cálculos trabalhistas, como veremos adiante.

No Brasil, atualmente a gorjeta é disposta através do artigo 457 § 3º da CLT, no qual afirma que a gorjeta é todo valor quitado pelo cliente, independente se espontâneo ou cobrado pela empresa na nota de serviço, destinado a distribuição dos empregados.

Por tudo exposto, concluímos que a concessão da gorjeta se trata de prática antiga, onde inicialmente, era entregue apenas espontaneamente como agradecimento, posteriormente nascem as percepções de forma de percentagem adicionada às contas dos clientes, bem como surgem as suas metamorfoses entre a sua admissão e formas de concessão nos países.

Entretanto, como este estudo diz respeito as peculiaridades da gorjeta no sistema normativo do Brasil, a seguir passamos a discutir suas formas de classificação em território nacional.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DA GORJETA

Vimos que a gorjeta trata-se de uma prática costumeira de longas décadas, e por tal motivo, a gorjeta também passou a integrar nossa legislação.

A gorjeta possui o costume enraizado em várias modalidades de serviços, como os dos garçons, manicures, camareira, mensageiros e etc, onde, desde a concepção da concessão da verba, o pagamento era realizado espontaneamente pelos clientes, conforme supramencionado em razão do agradecimento pela prestação do serviço, independente de existente a relação de emprego ou não.

Ocorre que, da gorjeta espontânea derivou-se as gorjetas compulsórias, que são aquelas concedidas por terceiros para o empregado através da cobrança realizada pelo empregador na nota fiscal dos serviços, normalmente através de um percentual determinado por norma coletiva, onde, no Brasil em regra geral é de 10%.

Nesta esteira, Sergio Pinto Martins (2015, p. 298) aduz que as gorjetas podem ser classificadas como, própria que é a oferecida diretamente pelo cliente ao empregado e imprópria que é a oferecida pelo empregador do cliente na nota de serviço.

Para essa mesma classificação, Vólia Bonfim Cassar (2011. p. 808) traz outra denominação para as gorjetas, afirmando que podem ser classificadas como: compulsórias ou obrigatórias e espontâneas ou facultativas, onde ao definir cada uma, ela traz que:

As gorjetas compulsórias, ou obrigatórias são as fixadas na nota, cobradas do cliente para distribuição entre os empregados. As gorjetas espontâneas, ou facultativas são as que ficam a critério do livre-arbítrio do cliente concede-las ou não. Também chamada de gorjeta própria, porque decorre da vontade e não da coerção, já que não são cobradas pelo estabelecimento – art.457, § 3, da CLT.

Data vênia o entendimento da doutrinadora, cumpre mencionar que, as gorjetas compulsórias também decorrem do livre-arbítrio do cliente concede-las ou não, embora cobradas em nota de serviço pelo estabelecimento.

Isto porque, apesar da cobrança em nota de serviço que compele ao pagamento da gorjeta, no Brasil permanece assegurado o direito da escolha do cliente em efetuar o pagamento ou não da taxa.

Em verdade, o que ocasiona a cobrança da gorjeta compulsória é a perda do seu caráter espontâneo ao ser fixado um percentual único e determinado no momento da cobrança na nota de serviço, no entanto, o livre-arbítrio para o pagamento permanece inatingível no Direito Brasileiro.

Ademais, cumpre mencionar que independente da gorjeta possuir o caráter de concessão espontâneo ou compulsório, a Consolidação das Leis do Trabalho trata ambas as parcelas igualmente ao informar que existe a integração da verba na remuneração do empregado, nos termos do art.457, § 3, da CLT.

No entanto, apesar de ambas as verbas integrarem a remuneração, o controle sobre o recebimento da gorjeta compulsória é muito maior que o controle sobre o recebimento das gorjetas espontâneas, a fim de computo da integração nas demais verbas trabalhistas, conforme será melhor exemplificado em capítulo a seguir.

Para Vólia Bonfim Cassar as gorjetas ainda podem ser classificadas como, desconhecida, proibida, ilícita e imoral.

A chamada gorjeta desconhecida é quando o empregado recebe o pagamento da taxa do cliente sem o conhecimento do empregador, entretanto, visto

que cabe ao empregador o poder de fiscalização, se o recebimento for efetuado com habitualidade, o mesmo integra a remuneração. (CASSAR, 2011, p. 807)

Leciona ainda, Vólia Bonfim Cassar (2011, p. 807), que as gorjetas proibidas são aquelas que o empregador expressamente veda o recebimento no ambiente laboral pelo empregado. Nestes casos se recebidas com habitualidade, também integram a remuneração, posto que cabe ao empregador o poder de fiscalizar, contudo, visto a desobediência da norma o empregador terá a deliberalidade de demitir o trabalhador por justa causa.

Quanto a gorjeta ilícita trata-se daquela que decorre da corrupção, do meio de percepção ilegal, a exemplo são casos quando o empregado recebe de terceiros quantia para praticar ato contra o empregador, como desviar mercadorias, expor informações confidenciais, razão pela qual, nesses casos o empregador também terá a deliberalidade de aplicar a demissão por justa causa. (CASSAR, 2011, p. 807)

E a gorjeta imoral é aquela que, quando concedida viola aos bons costumes e não a lei, a exemplo são os casos em que os trabalhadores de vendas influenciam apenas a venda de um objeto, por esta recebendo gueltas e prêmios. (CASSAR, 2011, p. 807)

Urge informar ainda que nos casos de recebimento de gorjetas ilícitas não há integração com a remuneração, posto que decorre de conduta censurável, já as gorjetas imorais, em regra também não integram a remuneração.

Salutar pontuar mais uma vez Vólia Cassar (2011, p. 808) quando elucida que deverá ser analisado se houve ou não a intenção da imoralidade pelo trabalho, assim caso demonstrada boa-fé a gorjeta permanecerá integrando a remuneração, senão veja-se:

Entendemos que deve ser analisada a postura do empregado diante do conceito da boa-fé objetiva. Se, realmente, tiver sido imoral, afrontando os direitos do cliente, de forma a lhe causar prejuízo, a gorjeta não deve integrar a remuneração. Entretanto, se o ato praticado não conduz a maiores consequências, opinamos pela integração da gorjeta ou da guelta.

Assim sendo, temos que as gorjetas são concedidas através da própria vontade do cliente, possuindo caráter de doação espontânea ou compulsória, própria ou imprópria, bem como poderão ser classificadas com desconhecida,

proibida, ilícita e imoral, pela variação da procedência do seu recebimento de terceiro.

3.3 NATUREZA JURIDICA: REMUNERATORIA OU SALARIAL?

Conforme supramencionado, vimos que existem várias espécies de gorjetas, dentre elas as já referidas que são fruto da liberalidade e as que são decorrentes da cobrança de taxa de serviço em nota pelo empregador, por tal motivo os doutrinadores não afirmam que todas as gorjetas possuem a mesma natureza jurídica, apesar de todas possuírem a mesma finalidade.

Assim Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1994. p. 81) afirma que a gorjeta por possuir os mais modernos tipos, torna-se um problema ao definir a sua natureza jurídica, senão veja-se:

Menos fácil é o problema da natureza jurídica da gorjeta quando se passa do mais moderno de seus tipos, a percentagem obrigatória, para o tradicional. Noutros termos, a dificuldade de determinar essa natureza jurídica aumenta no momento em que se encara a gorjeta direta e voluntariamente concedida aos empregados pelos clientes, cuja existência e cuja importância ficam ao arbítrio destes.

Em primeira análise sobre o tema, Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1994, p. 63-70) nos traz que o sistema da cobrança da gorjeta pelo empregador em nota de serviço converte o salário em duas partes, a primeira em um montante fixo e a segunda em um adicional variável constituído pela participação na venda do serviço, e por tal razão a gorjeta desapareceria e se transformaria em salário a cargo do patrão.

Assim, em sua primeira pronuncia sobre a natureza jurídica, nos traz o sentido de ser salário as gorjetas pagas pelos clientes sob a forma de percentagem para o serviço.

Também apontando a natureza salarial das gorjetas, José Luiz Ferreira Prunes (1982. p. 58) traz em sua obra o posicionamento do doutrinador Perez Botija, no qual é incisivo ao determinar a natureza jurídica, veja-se "*Las propias constituyen una manera muy particular de retribución del trabajo; su asimilación al salario es evidente, ya que significa ganancias por razón de la labor realizada*".

Em contrapartida a esses posicionamentos, cumpre mencionar que é o cliente, ou seja, um terceiro a relação de trabalho que paga essa taxa de serviço, no qual o empregador apenas administra sua distribuição, isto é, não há o que se falar em assimilação com o salário, visto que é quitado por terceiros no qual não fazem parte da relação de trabalho, em caráter de livre-arbítrio mesmo quando cobrada nas notas de serviço.

Apesar de originariamente as gorjetas serem recebidas diretamente pelos clientes, sem porcentagens fixas e sem o intermédio do empregador, veja-se que essa divisão apenas passou a ocorrer em busca de democratizar a distribuição da gorjeta para os demais empregados que também participa do serviço ali prestado, entretanto, tal conduta não fez perder a espontaneidade dos pagamentos, certo que no Brasil o pagamento é opcional ao cliente.

No entanto, Arnaldo Sussekind (2010, p. 442) nos esclarece que doutrinadores como José Martins Catharino se posicionam a respeito da natureza jurídica da gorjeta compulsória como salário estipulado por porcentagem, visto que, são participações nas entradas do estabelecimento e quitada pelo empregador, veja-se:

[...] adicional fixado na nota de despesa e recolhido pela casa é uma verdadeira participação nas entradas, e como tal constitui salário, fora de qualquer dúvida. Quando isso acontece, é constituído um fundo especial, cujo lastro é para ser distribuído pelos empregados segundo as regras estabelecidas pelo uso, pela lei, pelo contrato, por convenção, por sentença coletiva ou regulamento. O empregador tem apenas a custódia e administração do fundo constituído. Sua função é pagar a cada empregado sua participação, de acordo com o que foi fixado.

Contudo, cumpre esclarecer que a própria CLT nos traz que a propina ainda que compulsória são consideradas gorjetas, e não salários. Apesar das gorjetas cobradas em nota de serviço computarem no faturamento do empregador, importante é destacar que a finalidade do pagamento não fora direcionada pelo serviço oferecido no estabelecimento, mas sim para o empregado, ou seja o pagamento é efetuado por terceiro a relação empregatícia, no qual o empregador não pode se apropriar dos valores recebidos e deverá efetuar o repasse aos trabalhadores.

Logo, não podemos falar que as gorjetas compulsórias são salários, posto que em sua origem são quitadas por terceiro e apenas repassada pelo empregador, bem como sua finalidade não é a mesma que a do salário.

Assim, Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1994, p. 83) em compensação ao afirmado inicialmente em sua obra, posteriormente a análise de outros doutrinadores, afirma que:

Então, a natureza jurídica da gorjeta é a de uma forma de doação, de vez que transfere o cliente do seu para o patrimônio do empregado, a quem não deve coisa alguma, determinada soma, que vai avolumar os haveres deste, sem direito a qualquer contraprestação, mas com o propósito único de beneficiar.

Neste mesmo sentido de natureza jurídica de doação, temos o Sergio Pinto Martins (2015. p. 298) que ditou sobre o tema:

Tem gorjeta a natureza trabalhista, sendo que remunera o trabalho decorrente do contrato laboral. No sistema brasileiro, a gorjeta tem natureza de doação, por não ser obrigatório ao cliente pagar gorjeta ao trabalhador. As gorjetas não poderão ser pagas pelo empregador. Se o forem, terão natureza de gratificação, sendo consideradas salário.

Portanto, temos que as gorjetas jamais poderiam ser incluídas como salário, porque são doações livres no direito brasileiro, no qual não há obrigatoriedade no pagamento, mesmo quando compulsória.

Veja-se podemos enumerar as hipóteses que não faz a gorjeta ter natureza jurídica salarial e sim de doação, isto porque, as gorjetas são pagas por terceiros e o salário pelo empregador, as gorjetas são prestações voluntárias entregues por livre arbítrio de terceiros, e não possui a concessão obrigatória do salário, bem como, cumpre mencionar que o custo pelo serviço ali prestado, já está englobado no próprio preço da consumação, mas a gorjeta não trata-se de serviço e sim uma retribuição suplementar para demonstrar agradecimento ao atendimento, sendo assim a gorjeta não possui a mesma finalidade do salário de contraprestação.

Ademais, Pedreira da Silva (1994, p. 84) preleciona que, há doutrinadores que ainda negam essa natureza jurídica de doação sobre os seguintes argumentos:

[...] nega a natureza de doação porque o motivo último e determinante do pagamento da gorjeta não é o mero "*animus donandi*", mas a satisfação pelo serviço obtido ou desejo de que este seja perfeito ou o temor do descuido ou negligência por parte do trabalho, caso ela não fosse dada.

Entretanto, apesar desse argumento do pagamento da gorjeta, também ser realizado em situações coação do cliente por receio da negligência do atendimento, veja-se que, ainda assim as gorjetas não perderiam seu caráter do "*animus donandi*", posto que o ato do pagamento não deixa de ser uma doação remuneratória, independente do cliente ter efetivamente usado o gesto como forma de agradecimento do serviço ou pela simples coação.

Bem como, em contrapartida ao posicionamento da natureza jurídica como doação, temos Vólia Bonfim Cassar (2011, p. 806) que afirma a natureza jurídica da gorjeta é uma gratificação, paga pelo terceiro (e não pelo empregador) ao empregado, em virtude do serviço que é prestado durante seu expediente de trabalho.

E o respeitado doutrinador José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 394) também manifesta-se no mesmo sentido quando assinala que a gorjeta, antes de tudo, seja uma gratificação particularizada pela circunstância de não ser paga por quem contrata a energia do empregado e sim por quem se serve diretamente dela.

Data vênia, ao entendimento de uma doutrina majoritária, não vislumbro a possibilidade de a natureza jurídica das gorjetas possuírem o caráter de gratificação e integrar o salário para todos os fins, pelo próprio traço que define e diversifica a gratificação, ou seja, o seu agente pagador.

Urge destacar que, apesar de alguns doutrinadores considerarem a natureza jurídica das gorjetas similar a gratificação, a verba possui suas diferenciações próprias, aos demais pagamentos recebidos pelos empregados.

De tal modo, não há como se mensurar a natureza jurídica das gorjetas similar a gratificação, isto porque a gratificação constitui-se uma demonstração de agradecimento realizado pelo empregador pelo serviço do contrato de trabalho, tendo natureza jurídica estritamente salarial nos termos do art. 457, § 1, da CLT, já a gorjeta trata-se de um agradecimento realizado por terceiros a relação de emprego.

Portanto, temos que, tanto as gorjetas espontâneas quanto as compulsórias, se constituem uma remuneração oferecida por terceiro ao empregado, possuindo

assim, natureza jurídica remuneratória estritamente trabalhista, visto que o ato decorre do contrato de trabalho, possuindo ainda o cunho de doação.

3.4 DIFERENÇAS ENTRE A GORJETA E AS DEMAIS VERBAS TRABALHISTAS LIQUIDADAS POR TERCEIROS.

Primeiramente, antes de tratar sobre as diferenças das gorjetas e as demais verbas trabalhistas quitadas por terceiros, cumpre distinguir a gorjeta do salário, bem como de algumas parcelas que possuem o caráter salarial, posto que são quitadas pelo empregador, tais como, a gratificação, comissões e prêmios.

O salário trata-se de parcela mínima e obrigatória paga diretamente e exclusivamente pelo empregador, em virtude de contrato de trabalho, já a gorjeta é parcela que acresce a remuneração quitada por terceiros, não sendo pago em retribuição ao contrato de trabalho, mas sim em contraprestação ao serviço momentaneamente ali prestado.

A gorjeta se diferencia da gratificação, posto que, a gratificação trata-se de pagamento realizado pela mera liberalidade do empregador, já as gorjetas são parcelas quitadas por terceiros e não pelo empregador, ainda quando compulsórias, uma vez que o empregador apenas efetua o repasse do valor quitado pelo cliente.

Bem como, destaca-se que a gorjeta se discerne das comissões e prêmios, posto que, esses possuem fatores de eficiência e produtividade analisado pelo empregador, possuindo assim como a gratificação a natureza jurídica salarial, o que não é o caso das gorjetas.

Ultrapassado, esses esclarecimentos preliminares, cumpre abordar sobre o tema questionado no presente subtítulo, as diferenças entre as gorjetas e as demais verbas trabalhistas quitadas por terceiros.

Conforme já exposto por Mauricio Godinho Delgado, dentre as teorias da remuneração, o legislador buscou regularizar o fato de o trabalhador servir a terceiros e receber pecúnia como agradecimento, incluindo assim as gorjetas na remuneração, imaginando que estaria delimitando os efeitos do seu pagamento.

No entanto, existem outras formas de remuneração do trabalho por terceiros, assim, questiona-se se essas outras formas de remuneração são distintas da gorjeta? Se o pagamento, também não provém do empregador, essas verbas

também seriam analogicamente, reguladas pelo artigo 457 da CLT, que impede que sejam elas computadas na composição do salário?

O trabalhador ao manter contato com os clientes e fornecedores do empregador adquirem algumas oportunidades de ganho, além das gorjetas, que são dentre eles, espécies de suplementos salariais, como as gueltas e o bicho externo.

Amauri Mascaro Nascimento (1997. p. 145) traz que a oportunidade de ganho é "a situação objetiva que se forma num vínculo de emprego, em decorrência da qual parte do salário vem de terceiros, como a gorjeta".

Assim, qual a diferenciação das gorjetas para as demais verbas quitadas por terceiros através da oportunidade de ganho?

As gueltas são pagamentos concedidos ao empregado, por fornecedores do empregador, ou seja, terceiros a relação de trabalho, no qual busca incentivar a venda de seus produtos.

Logo, diversamente das gorjetas, as gueltas são quitadas por fornecedores do empregador, e não pelos clientes, contudo, assemelha-se as gorjetas, pois não se trata de um pagamento efetuado pelo empregador, logo não possui a finalidade de salário. (DELGADO, 2016, p. 807)

Assim, as gueltas por possuírem a mesma natureza remuneratória das gorjetas, não integram verbas como o adicional noturno, o aviso prévio, horas extras e repouso semanal remunerado, todas aplicadas por analogia a súmula nº 354 do TST que dispõe sobre as gorjetas.

Nesse mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado (2016, p. 807) afirma sobre a semelhança das gorjetas e gueltas:

Assimilando-se juridicamente às gorjetas, as gueltas produzem os mesmos efeitos contratuais destas. Nesse quadro, integram-se à remuneração para os fins das seguintes repercussões: salário de contribuição previdenciário; 13º salário; férias com 1/3; aviso prévio trabalhado. Contudo, segundo a súmula 54 do TST, não compõem a base de cálculo de verbas como aviso-prévio indenizado, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

Contudo, Alice Monteiro de Barros (2012, p. 617), aborda que existe vertente jurisprudencial contrária que nega a integração da verba à remuneração do empregado, por falta de previsão legal e por não ser paga diretamente pelo empregador.

Já quantos, aos pagamentos de terceiros chamados de “bicho externo”, esses se diferenciam das gorjetas, posto que são situações que clubes de futebol esportivo (terceiros) oferecem vantagens, porque possuem interesse direto no desempenho da equipe no resultado do jogo, ou seja, possui uma finalidade diversa das gorjetas, qual seja, apenas de agradecimento pelo serviço prestado.

Portanto, temos que existem outras formas de remuneração de terceiros, nos exemplos acima mencionados, que se assemelham as gorjetas, apesar de possuírem finalidades distintas, veja-se que dentre as verbas supramencionadas, todas elas possuem a mesma característica de ser uma oportunidade de ganho, na qual é quitada por terceiros.

Ou seja, apesar das gueltas e do bicho externo serem parcelas não elencados pela CLT, os mesmos, são pagamentos que também não provêm do empregador, e se aplicam analogicamente, ao disposto no artigo 457 da CLT e a súmula nº 354 do TST, que impede que sejam elas computadas na composição do salário.

Entretanto, cumpre aqui destacar que não são todas as parcelas quitadas por terceiros que se aplicam analogicamente ao artigo 457 da CLT e a súmula nº 354 do TST.

Veja-se que podemos aqui exteriorizar outra oportunidade de ganho, quitada por terceiro, qual seja, o couvert artístico, que em muito se diferencia ao pagamento das gorjetas.

Isto porque, o couvert artístico apesar de também ser quitados por terceiros, nem sempre será decorrente da oportunidade de ganho da relação de emprego, certo que nem sempre o músico do estabelecimento possui contrato de trabalho, mas sim contrato de prestação de serviços, podendo ser um trabalhador avulso, e neste enfoque analítico não possuir natureza trabalhista, mas sim civil.

Bem como, ainda que seja decorrente da relação de emprego, cumpre mencionar que o couvert artístico não se assemelha as gorjetas compulsórias, posto que, o pagamento não é facultativo e sim obrigatório, desde que seja informado previamente ao cliente as regras de cobrança, para que possa haver o direito de escolha antes do efetivo consumo, ou seja, o couvert artístico nada mais seria que o pagamento por um outro serviço utilizado, não possuindo assim o mesmo caráter de integração das gorjetas.

Ademais, podemos exemplificar ainda o pagamento pelo direito de uso de imagem, que apesar de ser pagamento efetuado por terceiro, usualmente praticada em contratos de artistas e profissionais, não se classifica como parcela remuneratória, como as gorjetas, senão veja-se o posicionamento de Mauricio Godinho Delgado (2016, p 808):

O dado mais relevante que poderia afastar essa verba do enquadramento no grupo de parcelas estritamente remuneratórias (isto é, repita-se, caso se admita que a CLT efetivamente criou um tipo legal específico para o epíteto remuneração) seria o fato de tal parcela derivar, efetivamente, de um contrato civil paralelo ao contrato empregatício, motivado por este, mas com ele inconfundível.

Portanto, temos que nem sempre, o ganho oportunizado pelo contrato de trabalho será decorrente de parcelas remuneratórias, ainda que a quantia não tenha sido quitada pelo empregador.

4 AS PECULIARIDADES DA PREVISÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA DA GORJETA

Agora passaremos ao ponto central para o qual o presente trabalho fora elaborado, ou seja, analisar as peculiaridades da legislação brasileira da gorjeta, ou melhor dizendo, abordar qual sua regulamentação atual e se o texto normativo necessita de reforma ou complementação.

Para dispor sobre o assunto, iniciaremos a discussão expondo como a gorjeta é regulada atualmente campo normativo do trabalho, discorrendo ainda sobre as repercussões da base de cálculo da gorjeta em análise a súmula nº 354 do TST, bem como, quais os projetos em tramitação sobre a regulamentação das gorjetas e taxas de serviço.

Ademais, trataremos ainda sobre as problemáticas jurídicas da retenção e supressão das gorjetas realizadas pelo empregador.

E por fim, em análise geral ao tema, iremos discorrer sobre relação jurídica entre os envolvidos com o pagamento da gorjeta, ou seja, qual a visão trabalhista entre a tríplice empregador, empregado e cliente, e a visão geral do consumidor sobre a determinada verba.

4.1 A GORJETA NO CAMPO NORMATIVO DO DIREITO DO TRABALHO

Acertadamente José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 398) destaca que a consolidação se ocupou da gorjeta em dois de seus dispositivos e em ambos associou-se apenas à ideia de remuneração.

O primeiro dispositivo que podemos aqui mencionar é o art. 457 da CLT, qual conforme já descrito anteriormente, no seu caput traz que “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 seria salários mais gorjetas.

Nesse mesmo sentido, José Luiz Ferreira Prunes (1982, p. 35) traz que a lei brasileira define a remuneração como sendo a soma do salário – pago pelo empregador – com as gorjetas – pagas pelo cliente.

Bem como, ainda no art. 457 da CLT podemos destacar o § 3º, no qual o Decreto-lei nº 229/1967 acrescentou que as taxas de serviços compulsórias também se constituíam gorjetas.

O § 3º do art. 457 da CLT classifica os tipos de gorjetas recebidas pelo empregado, ao informar que existem dois tipos de gorjetas, as espontâneas, que são aquelas quitadas diretamente ao trabalhador pelos clientes e as gorjetas compulsórias ou improprias que são as pagas diretamente na nota de serviço.⁶

Por outro lado, o outro dispositivo que alude a gorjeta é o art. 29 § 1º da CLT, no qual nós traz que a média do pagamento das gorjetas devem ser anotadas na Carteira de Trabalho e Previdência Social.⁷

Assim sendo, em análise estrita ao dispositivo legal, temos que o empregador deverá sempre lançar na CTPS as estimativas do recebimento das gorjetas, tanto das gorjetas computadas através da nota de serviço, quanto as originárias da doação espontânea do cliente ao empregado. Onde, valor de arbitramento a ser considerado para a anotação, em regra será estimado em comum acordo entre as partes ou através de acordo coletivo da categoria.

Ocorre que, algumas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho vêm se posicionando que, a adoção do quantitativo por estimativa das gorjetas é incompatível para o caso das gorjetas compulsórias, ou seja, as improprias.

Assim, traz o entendimento que os valores das gorjetas quitadas pelos clientes aos trabalhadores, quando controlados pela empresa devem ser realizados a anotação e integração real dos valores recebidos, sendo assim, apenas devem prevalecer sobre a simples estimativa da verba os casos das gorjetas espontâneas, senão veja-se o posicionamento das Turmas do TST ao julgar os respectivos Agravo de Instrumento em Recurso De Revista n. 231-65.2012.5.01.0030, n. 1282-54.2013.5.02.0061, n. 121740-35.2004.5.02.0023:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA.
GORJETAS. INTEGRAÇÃO SALARIAL. CONTROLE E
INGERÊNCIA DA EMPRESA SOBRE OS VALORES PAGOS
PELOS CLIENTES. INAPLICABILIDADE DA ESTIMATIVA DE

⁶ Art. 457 § 3º da CLT: 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.

⁷ Art. 29 § 1º da CLT: As anotações concernentes à remuneração devem especificar o salário, qualquer que seja sua forma de pagamento, seja ele em dinheiro ou em utilidades, bem como a estimativa da gorjeta.

GORJETAS. MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 126, DO C. TST. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 7º, XXVI E 8º, III E VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 348 DO CPC E 457 E 832, DA CLT, NÃO CONFIGURADA. Partindo das premissas fáticas fixadas pela Corte Regional e inalteráveis por esta Instância Extraordinária, na forma da Súmula 126, do C. TST, havia efetivo controle e ingerência da reclamada sobre os valores arrecadados junto aos clientes a título de gorjeta, o que afasta, de forma lógica, a previsão convencional relativa à estimativa de gorjetas, aplicável apenas quando tais montantes escapam ao conhecimento e domínio da empresa. Afastase, em tais condições, a alegação de afronta aos artigos 7º, XXVI, e 8º, III e VI, da Constituição Federal, 348, do CPC e 457 e 832, da CLT. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido.

ESTIMATIVA DE GORJETA. INSTRUMENTO COLETIVO. AUSÊNCIA DE CONTROLE PELA EMPRESA DOS VALORES RECEBIDOS PELO EMPREGADO. CUMPRIMENTO REGULAR DA NORMA COLETIVA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. NEGO PROVIMENTO. Considerando a validade da norma coletiva que estabelece uma estimativa a título de gorjeta para fins de compor o salário dos trabalhadores, o Tribunal Regional indeferiu o pedido de que a integração da verba ao salário do empregado seja feita com base nos valores efetivamente recebidos por fora (valores reais), uma vez que, com base na análise do conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que a empresa agravada não detinha o controle sobre os valores recebidos pelo empregado a título de gorjeta e, ainda, que cumpria regularmente a norma coletiva, procedendo às integrações das estimativas das gorjetas ao salário do reclamante e às demais parcelas salariais. Portanto, entendimento em sentido diverso implicaria reexame de fatos e provas, impossível no recurso extraordinário, a teor do disposto na Súmula 126, TST.

RECURSO DE REVISTA. GORJETA. PAGAMENTO ESPONTÂNEO INTEGRAÇÃO. NORMA COLETIVA. Restou consignado no acórdão regional que o reclamado, para fins das integrações nos títulos acessórios, considerava a "estimativa de gorjeta" prevista para tal efeito em norma coletiva. Nesse contexto, à luz do princípio da liberdade de negociação, consagrado no art. 7º, XXVI, da Lei Maior, que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, reputo incólumes o art. 457, § 3º, da CLT e a Súmula 354/TST, mormente ante o registro no sentido de que não havia cobrança compulsória de taxa de serviço, sendo as gorjetas espontâneas rateadas segundo critérios estipulados pelos empregados, sem ingerência da reclamada. Divergência jurisprudencial específica não demonstrada (Súmula 296/TST).

Ademais, urge mencionar que, em consonância aos arts. 49 a 56 da CLT o prazo para as anotações na CTPS é improrrogável, sob pena de multa descrita nos artigos caso ocorra omissão do empregador.

A anotação das gorjetas na Carteira de Trabalho e Previdência Social, é em verdade, uma prova da existência de recebimento das gorjetas, contudo, caso não possua as anotações prévias, não significa a inexistência do recebimento da verba pelo empregado, no entanto, tal conduta dificultaria a comprovação do quantitativo auferido para sua integração nas demais verbas trabalhistas.

Todavia, mesmo nos casos em que as gorjetas não sejam previamente descritas pelo empregador na CTPS, não afasta a possibilidade de apuração do montante recebido, caso posteriormente exista algum litígio entre o empregador e trabalhador.

Logo, a gorjeta deverá ser apurada através do seu valor efetivo, independentemente de ter sido anotada na carteira de trabalho ou não, quanto essas foram devidamente controladas pelo empregador, bem como deverá ser apurada por estimativa quanto essas forem espontâneas. Onde, mesmo nos casos em que a anotação não seja correspondente com a realidade, poderá ser imposta a correção e atualização do quantitativo.

Sobre o assunto, José Luiz Ferreira Prunes (1982, p. 75) se posiciona com as mesmas observações, acima descrito, senão veja-se:

Temos, pois, que a anotação do valor das gorjetas deverá ter o mesmo entendimento das restantes possíveis e necessárias anotações feitas na Carteira de Trabalho do empregado: devem ser feitas como reflexo dos fatos e, eventualmente não correspondendo a estes, não prevalece a anotação, mas a realidade.

Cumprir mencionar ainda que, para elidir uma apuração incorreta da estimativa média das gorjetas, até pela sua própria dificuldade de apuração, como nos casos das gorjetas espontâneas, as médias que devem ser utilizadas são estabelecidas através das convenções coletivas.

Isto porque, caso o empregador incorra em erro na média da apuração das gorjetas recebidas, tal conduta prejudica o empregado de inúmeras formas, tendo em vista que influencia negativamente no cálculo base da aposentadoria, e nos reflexos de algumas verbas trabalhistas, ou seja, a estimativa média deve ser utilizada como forma de cálculo para algumas verbas trabalhistas, com exceção das dispostas através da súmula 354 do Tribunal Superior do Trabalho.

4.1.1 Repercussões da gorjeta em análise a Súmula nº 354 do TST

De acordo com o acima descrito no art. 457 da CLT, as gorjetas integram a remuneração, ou seja, a gorjeta não se constitui salário e, conseqüentemente, não compõe a base de cálculo das parcelas salariais.

Nesse mesmo sentido o Tribunal Superior do Trabalho, dispôs a edição da Súmula nº 354⁸ afirmando que as gorjetas não se incorporam para o cálculo de parcelas de natureza salarial, quais sejam, aviso prévio, horas extras, adicional noturno e repouso semanal remunerado.

De igual modo, é robusto o entendimento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a taxa de serviço cobrada de clientes tem a mesma natureza jurídica das gorjetas, visto que paga por terceiros. Logo, as gorjetas ainda que compulsórias, são igualmente consideradas remuneratórias, como as espontâneas.

Apesar da própria lei dispor sobre a integração das gorjetas na remuneração, seus efeitos são mitigados e diferenciados ao disposto nas demais verbas trabalhistas de natureza salarial, até mesmo pela própria manifestação da súmula nº 354 do TST, que determina quais parcelas estão excluídas da base de cálculo das gorjetas.

Portanto temos que, as gorjetas não provocam influência sobre o pagamento de parcelas salariais, como a exemplo dos respectivos adicionais que complementam o salário em situações específicas, como, adicional de insalubridade, periculosidade, noturno.

Vejamos que o adicional de insalubridade em consonância ao art. 192 da CLT é calculado apenas sobre o salário-mínimo, ou seja, independe dos ganhos da remuneração, diga-se gorjetas, do trabalhador. Já o cálculo do segundo adicional, o de periculosidade, também não inserem as gorjetas, tendo em vista que é calculado sobre o salário contratual e não sobre a remuneração, vide art. 192 § 1 da CLT.

⁸ Súmula nº 354. GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES - Revisão da Súmula nº 290 - Res. 23/1988, DJ 24.03.1988 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.

Bem como é impossível que a gorjeta, não sendo parcela salarial, venha a repercutir no cálculo do adicional noturno e das horas extras, tendo em vista o disposto nos artigos 73 e 59 da CLT, no qual declaram como a base de cálculo o salário e não a remuneração.

Ademais, cumpre mencionar ainda, que acertadamente a súmula nº 354 do TST aborda que descabe a integração das gorjetas ao repouso semanal remunerado, isto porque as gorjetas já são computadas automaticamente no repouso semanal remunerado, quando o trabalhador é remunerado pelo rateio mensal da verba, ou seja, é beneficiado pelo pagamento mesmo nos dias em que não trabalha.

A exemplo, cita-se empresas que funcionam em turnos integrais, no entanto, mesmo quando o trabalhador está em gozo do repouso semanal remunerado há computo da gorjeta, posto que os demais empregados estão laborando e conseqüentemente realizando a arrecadação, onde posteriormente é distribuído entre todos, indiscriminadamente.

Portanto, o computo do pagamento da gorjeta já inclui a retribuição de todos os dias do mês, inclusive o repouso semanal remunerado, bem como descabe a integração, em consonância da Lei 605/49 na qual estabelece sistema próprio de sua aferição, onde não inclui as gorjetas.

Ainda, quanto ao disposto pela súmula, também temos a exclusão do aviso prévio da base de cálculo das gorjetas, isto porque, tal parcela também decorre do assegurado com base no salário, vide art. 487 da CLT.

Pelo exposto, denota-se as gorjetas não podem ser utilizadas como base de cálculo para algumas parcelas, como nos mencionados adicionais (insalubridade, periculosidade, noturno), nas horas extras, no repouso semanal remunerado e aviso prévio.

Assim, apenas teríamos a integração das gorjetas para fins de base de cálculo no computo das férias + 1/3 constitucional, 13º salários, depósitos de FGTS e recolhimentos da previdência social.

Veja-se que em consonância com o art. 142 da CLT, o trabalhador perceberá durante as férias, a mesma remuneração que lhe é devida no período da sua concessão, logo, nítido resta que o pagamento das férias + 1/3 constitucional é realizado com base na remuneração do empregado, razão pela qual inclui-se as gorjetas.

Cumprе mencionar que tal entendimento já se resta transparente desde 1953, antes mesmo das novas disposições legais sobre as férias em 1977, momento ao qual Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1994. p. 125) já explanava na sua obra que:

No direito brasileiro, o assunto não comporta qualquer dúvida, mesmo em face da letra da Consolidação. Esta declara que o empregado em férias terá direito à remuneração percebida quando em serviço (art.140) e que a remuneração compreende, inclusive as gorjetas recebidas (art. 457). Logo, o empregado em férias tem direito a receber do empregador (parágrafo único do art. 141) a parte da remuneração consistente nas gorjetas recebidas em serviço.

Já quanto a integração das gorjetas na base dos cálculos para o 13º salário, dita gratificação natalina, está também é permitida, isto porque o inciso VII do art. 7º da Constituição Federal, bem como a própria legislação nº 4.090/62 no art. 1 §1º abordam que o pagamento da verba corresponderá a remuneração integral devida ao trabalhador, assim o empregado recebe a gorjeta calculada sobre a média dos valores recebidos anualmente.

Para computo das gorjetas na verba, José Luiz Ferreira Prunes (1982, p. 121) exemplifica brilhantemente como funciona a forma de concessão, *in verbis*:

[...] quando do primeiro pagamento o empregador deverá pagar 50% do salário e na oportunidade do derradeiro pagamento irá abonar o restante do salário e, mais, a média das gorjetas de todo o ano ou da proporção, se os meses de serviço não tenham atingido todos os meses do ano.

Falando-se em depósitos de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não há qualquer dúvida sobre a incidência das gorjetas espontâneas e compulsórias, no computo do percentual mínimo determinado por lei, isto porque, os cálculos também deverão ser realizados sobre a remuneração.

Conquanto, o recolhimento para as parcelas da contribuição previdenciária, também teremos a integração das gorjetas com o salário contribuição, isto que, em consonância ao inciso I do art. 55 da Instrução Normativa RFB nº 971/09⁹, também institui-se como salário contribuição as gorjetas recebidas pelo empregado.

⁹ Art. 55 - Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para os segurados empregado e trabalhador avulso, a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos que lhes são pagos, devidos ou creditados

Assim sendo, a integração da gorjeta constitui-se como base de incidência dos encargos sociais mencionados, bem como das demais parcelas, férias + 1/3 constitucional, 13º salários, no qual, para computo do valor será observado a quantia recebida através das notas fiscais para o caso das gorjetas compulsórias ou o constante na média estimativa entre os acordos coletivos ou entre as partes, para os casos das gorjetas espontâneas.

4.1.2 Os projetos de regulamentação das gorjetas

Atualmente no Brasil, a gorjeta não possui qualquer regulamentação através de lei, conforme acima mencionado a verba apenas fora instituída através do art. 457 da CLT afins de compor a remuneração.

Contudo, essa falta de regulamentação expressa, abre portas para diversas discussões afins de buscar uma solução para o preenchimento da lacuna deixada pelo art. 457 da CLT.

Ao longo dos anos, muitas já foram as discussões doutrinárias sobre seus aspectos, características, natureza jurídica, bem como, diferentes vertentes já foram levantadas através dos Tribunais do Trabalho.

O tema não passa despercebido pelo legislativo e a bons anos já existe a busca de possível regulamentação, onde, na sua obra lista inúmeros projetos de lei que já se passaram pelo Congresso Nacional, no entanto, não teve maiores resultados. (PRUNES, 1982, p. 39-49)

Cumpra aqui mencionar o Projeto de Lei do Senado nº 28, de 1991 (nº 1.048/1991, na Câmara dos Deputados), no qual tratava sobre a profissão dos garçons e trazia algumas disposições sobre o pagamento das gorjetas compulsórias, no entanto, o mesmo fora vetado na sua integralidade, através da presidência da república, sob a seguinte argumentação:

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XIII, assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, cabendo a

a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou de acordo coletivo de trabalho ou de sentença normativa, observado o disposto no inciso I do § 1º e nos §§ 2º e 3º do art. 54

imposição de restrições apenas quando houver a possibilidade de ocorrer dano à sociedade.

O projeto de lei supramencionado, abordava disposições sobre a gorjeta compulsória determinando que, as taxas de serviço não poderiam ultrapassar 10% do valor da respectiva nota e dependeria de acordo coletivo prévio, os valores seriam rateados segundo critérios de acordo coletivo, bem como permitia descontos nos valores apurados pelo empregado, a fins de cobrir gastos do empregador e realizar repasse ao sindicato.

Tais aspectos se quer foram apurados na argumentação do veto da presidência, sendo unicamente restrito os termos acima já descritos.

No entanto, urge mencionar que possuímos em andamento outro projeto de lei, em curso mais avançado, no qual trata-se de matéria exclusiva da regulamentação das gorjetas.

O projeto fora proposto pelo Deputado Federal Gilmar Machado através da PL nº 57/2010, no qual desde 14 de fevereiro de 2017 se encontra na Câmara dos Deputados para comunicar a revisão realizada pelo Senado Federal.

A regulamentação disposta neste projeto de lei, altera o §3 do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, incluindo nova redação sobre as gorjetas cobradas em nota de serviço, veja-se:

§ 3º 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 entre os empregados.

Bem como cria mais nove parágrafos a serem incluídos no art. 457 da CLT, a título de regulamentação das gorjetas, deixando expresso nos § 4º e § 5º que os valores recebidos de gorjetas se destinam aos trabalhadores, razão pela qual sua distribuição deverá ser realizada integralmente a eles, através de critérios de rateio, definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, onde em caso de descumprimento incorrerá em aplicação de multa, também constituída no projeto.

Estabelece ainda no § 6º critérios para retenção de percentual das gorjetas, a serem realizadas pelo empregador para fins cobrir encargos sociais, bem como passa a deixar expresso nos parágrafos seguintes que o empregador deverá anotar

na CTPS e nas folhas de pagamentos, o salário fixo e o percentual percebido a título de gorjetas.

Ocorre que, ainda em parágrafos seguintes, o projeto de lei deixa a critério das convenções ou acordos coletivos de trabalho definir as regras, que os empregadores devem se submeter para os aspectos e reflexos das gorjetas espontâneas, o que mantém a insegurança jurídica para os trabalhadores, sobre a forma de aferição das gorjetas para computo dos seus reflexos, visto que permaneceria a já aplicada “estimativa de gorjetas”.

Contudo, as já aplicadas pelas convenções coletivas de trabalho “estimativa de gorjetas” constitui em verdade um mero lançamento, sem qualquer norma que transpareça sua realidade, tanto que ocasiona a enxurrada de ações judiciais para determinar o real computo das gorjetas.

Todavia, o dispositivo que mais chama atenção ao projeto é o § 9º, ao abordar que, quando cessadas pelo empregador a cobrança das gorjetas que eram realizadas a período superior a 12 meses, essa se incorporará ao salário, ou seja, o dispositivo contraria o disposto no próprio caput do art. 457 da CLT, bem como o entendimento do TST ao retirar da gorjeta seu caráter remuneratório, definindo-se como parcela salarial que deveria permanecer sendo mantida pelo empregador.

Urge novamente frisar que, o projeto ainda se encontra em andamento, no qual ainda haverá a sanção ou veto da presidência da República, razão pela qual, atualmente as gorjetas ainda permanecem apenas sendo reguladas através de acordos e convenções coletivas, não possuindo regulamento unificado entre os estados.

A exemplo das convenções, podemos destacar a que maior dispõe importância ao tema das gorjetas, que foi a desenvolvida pelo Sindicato dos Trabalhadores em Hotéis, Apart Hotéis, Motéis, Flats, Restaurantes, Bares, Lanchonetes e Similares de São Paulo e Região, ao tratar sobre um regulamento próprio para as gorjetas, através da chamada Convenção Coletiva de Trabalho – Gorjetas, que traz regras e tratamentos distintos para os dois institutos das gorjetas, a gorjeta espontânea e a gorjeta compulsória.

Portanto, nítido resta que, o tema sobre as gorjetas merece uma regulamentação definida por lei que venha proporcionar a necessária segurança jurídica para os trabalhadores e os empregadores.

Mas, será que os projetos de lei em andamentos suprem ou elidem os discursões levantadas nos litígios diários do judiciário?

4.2 AS PROBLEMATICAS JURIDICAS RECORRENTES DA RETENÇÃO E SUPRESSÃO DAS GORJETAS

O supramencionado projeto de lei nº 57/2010 dispôs de cláusulas como, a possibilidade de retenção de parte do valor recebido pelos empregados a título de gorjetas, nos quais, esses seriam para suprir o pagamento das repercussões das gorjetas no FGTS, contribuição previdenciária, 13º salário e etc.

Tal aplicação do dispositivo no projeto, apenas transcreve o que, em dias atuais, já vem sendo aplicado pelas convenções coletivas de trabalho. Em regra, grande parte das convenções autorizam essa retenção pelo empregador, tal como a própria Convenção Coletiva de Trabalho – Gorjetas do Estado de São Paulo, já supramencionada, que na cláusula 5ª aborda que dentre os valores provenientes das gorjetas, a quantia de 20% a 35% poderá ser retida pela empresa, sendo destinada a cobertura dos encargos que serão incidentes da verba.

Bem como podemos destacar ainda, a Convenção Coletiva de Trabalho de Salvador Estado da Bahia, que também permite a retenção na descrição da clausula décima quarta, parágrafo único, no entanto, por razões diversas, senão vejamos:

PARÁGRAFO ÚNICO – Da gorjeta cobrada aos seus usuários, os empregadores somente poderão reter o percentual que vier a ser ajustado no acordo celebrado com o Sindicato Profissional, entendendo-se que essa retenção, a título de ressarcimento por quebra, dano ou extravio de material, exclui qualquer dedução nos vencimentos sob mesmo pretexto.

Logo, a pratica de que os trabalhadores renunciem a determinada porcentagem das gorjetas recebidas pelos clientes, em razão de retenção prevista em Convenção Coletivo de Trabalho já vem sendo costumeira para os empregadores de hotéis, restaurantes e demais classes reguladas que recebem as gorjetas.

Ocorre que, em verdade, a atuação dos sindicatos ao dispor sobre os Acordos e Convenções Coletivas apenas deveriam criar clausulas que beneficiassem os trabalhadores, para que não ocorressem a supressão de direitos,

até mesmo porque, a própria Constituição Federal a nenhum momento autoriza que normas coletivas possam restringir direitos.

No entanto, conforme acima descrito, não é o que ocorre ao ser retido percentual das gorjetas recebidas, por determinação expressa dos Acordos e Convenções coletivas.

Outrossim, Cinthia Borges Macedo (2013, p. 93) ao tratar sobre o tema das gorjetas e a proteção a remuneração adquirida, brilhantemente, também se indaga sobre a possibilidade de os sindicatos não poderem convencionar em norma coletiva retenções salariais, onde conclui que:

É sabido que o contrato de trabalho é oneroso, colacionado a essa característica vem à questão da alteridade, e a assunção dos riscos do negócio pelo empregador. Não poderia, portanto, o patrão baseado em hipotético dano, estabelecer uma espécie de ressarcimento prévio pela quebra, dano ou extravio de material, usando isso como forma de justificativa, para no Acordo Coletivo, reter porcentagem da gorjeta destinada ao trabalhador.

Assim sendo, é notório que os descontos realizados por empregados, sejam eles para ressarcimento prévio pela quebra, dano ou extravio de material ou para suprir encargos sociais e outros reflexos das gorjetas, são declaradamente abusivos, isto porque, a obrigação do pagamento desses encargos deverá ser do empregador e não do trabalhador, pois não se pode transferir ao empregado os riscos da atividade econômica, o risco da atividade é do empregador, nos termos do art. 2º da CLT.

Nesse mesmo sentido, as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, em maioria vêm decidindo sobre a nulidade das cláusulas de retenção instituídas por Convenções e Acordos Coletivos, senão veja-se o posicionamento em julgado do Recurso De Revista n. 18-80.2015.5.21.0003 da 4ª Turma de Ministros do TST:

RECURSO DE REVISTA. GORJETAS. NORMA COLETIVA. RETENÇÃO 1. O reconhecimento, em tese, de convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI, da Constituição Federal) não implica a validade de cláusula de acordo coletivo de trabalho que importe patente desrespeito a direitos mínimos assegurados aos trabalhadores, elevados à dignidade constitucional. 2. Inválida cláusula de acordo coletivo de trabalho que prevê a retenção, pela empresa, de valores arrecadados a título de taxa de serviço (gorjetas). 3. À luz do art. 457 da CLT, as gorjetas integram a remuneração do empregado. Conquanto pagas por terceiro, titulares

do direito, derivante de um serviço prestado, são unicamente os empregados. Nem o sindicato, nem o empregador, portanto, gozam de poder para dispor em negociação coletiva sobre os valores a tal título auferidos pelos empregados responsáveis pela prestação do serviço. 4. Recurso de revista do Reclamante conhecido e provido.

O entendimento dos integrantes da 7ª Turma do Colendo TST no julgamento do Recurso De Revista n. 1285-32.2010.5.05.0028, também se trata sobre a impossibilidade de descontos das gorjetas, posto que estaria expressamente vedado pelo art. 457 da CLT, restando inválida a cláusula coletiva, veja-se:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 5.869/73 - ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - GORJETAS - TAXA DE SERVIÇO - RETENÇÃO DE PARTE DO VALOR PELA EMPREGADORA - REPASSE PARCIAL DA QUANTIA ARRECADADA PARA O EMPREGADO. Consoante dispõe o 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. No caso dos autos, o acordo coletivo de trabalho (ACT) colacionado contém cláusula obrigando a reclamada a cobrar taxa de serviço (gorjeta) correspondente a 10% do total pago pelos seus clientes. Todavia, ao instituir essa obrigatoriedade, o ACT também estabeleceu a possibilidade de a empregadora reter 40% do total arrecadado a título de taxa de serviço, valor que teria o intuito de ressarcir as despesas oriundas da introdução, administração e manutenção do próprio sistema de recolhimento dessa taxa e de distribuição de 60% da quantia arrecadada aos empregados. A controvérsia cinge-se à validade da cláusula no que tange especificamente à possibilidade de retenção pelo empregador de parte do valor devido aos empregados. A posição majoritária desta Corte se orienta no sentido de declarar a invalidade da cláusula coletiva que autoriza a retenção de determinado percentual das gorjetas, uma vez que esse ajuste extrapola os limites da autonomia coletiva, violando o art. 457 da CLT, mormente porque o desconto efetuado equivale a mais de um terço do valor total. Precedentes.

A conclusão da 8ª Turma de Ministros do TST ao tratar sobre o processo Agravo de Instrumento em Recurso De Revista n. 555-03.2010.5.01.0070, não vem sendo diferente, posto que expõe que as cláusulas dos Acordos e Convenções Coletivas que tratam sobre a retenção de valores se se opõe à previsão legal do 457, *caput* e § 3º, da CLT, esbarrando no art. 9º da CLT, *in verbis*:

[...] Prevalece nesta Corte o entendimento de que é inválida cláusula coletiva que, em desrespeito à lei, autoriza a retenção de 36% dos valores arrecadados a título de gorjetas, dos quais 35% destinam-se

à empresa e 1% ao sindicato, repassando aos empregados somente 64% do valor total. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

Portanto, não há como declarar válida uma cláusula de Acordo ou Convenção Coletiva que determina a retenção das gorjetas recebidas pelos empregadores, bem como não há como se declarar válido o §6º da PL nº 57/2010, que também dispõe sobre o tema.

Veja-se que em verdade, a retenção descaracteriza substancialmente a figura da gorjeta tipificada em lei, tendo em vista que, ao tratar sobre a retenção das gorjetas, criam uma espécie de gorjeta que não vai para os empregados, ou seja, disposição totalmente contrária ao que traz a legislação, onde, repita-se, afirma que é a verba quitada pelos clientes aos empregados, seja espontaneamente ou compulsoriamente.

Não obstante, outra problemática jurídica recorrente nos Tribunais e que se encontra disposta no PL nº 57/2010 através do §9º é sobre a possibilidade de se suprimir o recebimento das gorjetas.

Conforme já dito anteriormente, o Projeto de Lei traz a impossibilidade de supressão das gorjetas, posto que, aduz que cessadas pelo empregador a cobrança das gorjetas que eram realizadas a período superior a 12 meses, essa se incorporará ao salário.

No entanto, cumpre primeiramente observar que, a gorjeta é remuneração, e não parcela salarial, assim não há como se incorporar ao salário. Veja-se ainda que, o empregador não possui o efetivo controle do pagamento, isto porque a gorjeta não é obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu próprio recebimento está condicionado a vontade de terceiro a relação de trabalho, ou seja, apenas será devido se o cliente pagar.

Ademais, destaca-se ainda que, a proteção que art. 7, VI Constituição Federal garante aos trabalhadores é contra a irredutibilidade salarial e não contra a redução de remuneração.

Logo, é permitido ao empregador alterar ou cessar a atividade do empregado, que suprimira o recebimento de gorjetas, visto que, o trabalhador não goza de estabilidade remuneratória, mas sim salarial, nesse diapasão Vólia Bonfim Cassar (2011. p. 809) aduz que:

A gorjeta não é uma obrigação do empregador, e sim concessão de terceiro. Portanto, não tem as mesmas tutelas do salário, tais como impenhorabilidade e a irredutibilidade. É protegida apenas pela integralidade, já que é espécie de doação de terceiro ao empregado. Logo, pode o empregador alterar o tipo de atividade de forma a suprimir o pagamento das gorjetas.

Veja-se que por tal razão, é permitido o empregador realizar alteração a estrutura da empresa, como, por exemplo, realizar a mudança de cargos, reduzir o preço de seus produtos, mesmo que tal modificação implique na diminuição ou cessação do recebimento das gorjetas, visto que exatamente pela característica condicional e não obrigatória, é que as gorjetas não denotam caráter salarial.

Entretanto, quanto a possibilidade de cessar ou suprimir o recebimento das gorjetas, o tema possui divergências entre os Tribunais do Trabalho, onde parte da jurisprudência se posiciona no sentido supramencionado, no qual a irredutibilidade é garantia para o salário, e as gorjetas se incluem na remuneração, mas não são salário, nos termos da CLT, art. 457, caput.

Bem como em contrapartida a este posicionamento, temos disposto em alguns tribunais, que não poderá o empregador suprimir o recebimento de gorjetas do empregado que sempre obteve tal verba, nos termos do art. 468 da CLT, o que tornaria inválido extinguir o recebimento das gorjetas, senão veja-se o julgado do Recurso Ordinário n. 01519-2007-043-03-00-1, 1ª Turma do Tribunal Regional da Terceira Região:

As gorjetas recebidas compreendem-se na remuneração, consoante dispõe o art. 457 da CLT (Súmula 354 do TST), não podendo ser suprimidas unilateralmente pelo empregador, por aplicação do art. 468 da CLT. A preservação, ao longo do contrato de trabalho, das condições mais favoráveis, encontra-se consagrada no Direito do Trabalho, devendo ser mantida a cláusula benéfica, que somente pode ser alterada em caso de substituição por outra ainda mais favorável. Nesse passo, se o empregador decide unilateralmente suprimir a cobrança da taxa de serviço de 10% dos clientes, cumpre-lhe assegurar que os seus empregados não sofram prejuízos, com redução indevida em sua remuneração.

Data vênia ao entendimento da Turma, urge mencionar que as gorjetas tratam-se de parcelas variáveis por sua natureza, sendo incabível se invocar irredutibilidade, bem como, não são cláusulas contratuais estipuladas entre

empregado e empregador, mas sim recebimento conferido por terceiro, portanto, podem sofrer alterações sem acarretar nulidade.

Diante exposto, notório resta-se que o Projeto de Lei em andamento e as Convenções Coletivas, ainda não elidem as problemáticas enfrentadas pelo judiciário, bem como que a ausência de regulamentação sobre as gorjetas, apenas majora as dificuldades enfrentados pelos trabalhadores.

4.3 RELAÇÃO JURIDICA ENTRE OS ENVOLVIDOS COM O PAGAMENTO

Para fechamento do que traz a previsão legislativa do Brasil, cumpre mencionar qual a relação jurídica entre todos os envolvidos ao pagamento da gorjeta. O que denota o entendimento formulado pelo art. 457 da CLT? Quem paga e quem recebe as gorjetas? Qual a base de cálculo da verba? É possível negociar a alíquota da gorjeta?

Esclarecendo inicialmente os questionamentos supramencionados, sobre a gorjeta no campo trabalhista, e posteriormente abordando qual a real perceptiva do pagamento da verba para os consumidores.

4.3.1 A Gorjeta na visão geral do Trabalhista

A análise das pessoas diretamente vinculadas a verba da gorjeta, resulta na própria análise art. 457 da CLT. Veja-se que a própria lei traz a natureza de cada uma das pessoas envolvidas.

Primeiramente, notório resta pela lei, que estamos frente a um contrato de trabalho, onde o empregado presta serviços ao empregador, assumindo esse uma obrigação salarial perante ao trabalhador, na qual poderá resultar em um segundo relacionamento, empregado e cliente, com conseqüente recebimento de gorjetas, após concretizado os serviços prestados.

Ou seja, a legislação nós denota a remuneração através de duas relações (empregador *versus* empregado) e (cliente *versus* empregado), entretanto, na segunda relação não há obrigatoriedade, posto que é diversa a relação de emprego.

Ademais, José Luiz Ferreira Prunes (1982, p. 51) aborda que nem sempre a relação diversa ao contrato de trabalho para o recebimento das gorjetas será

formada pelo cliente e trabalhador, isto porque, informa que esta terceira pessoa poderá ter outro vínculo, assim exemplifica:

É o caso, por exemplo, do hóspede de cortesia ou o convidado para um almoço ou ceia. Não há entre o empregador tal hóspede um relacionamento jurídico obrigacional, mas pode haver uma obrigação do empregado (pela existência da relação de emprego) em atender tal hóspede e há, sem dúvida, a possibilidade de receber gorjeta.

Assim teremos que, quem paga as gorjetas são terceiros a relação do empregado, na qual poderá ser recebida diretamente pelo empregado ou ser intermediada pelo recolhimento e repasse do empregador, como no caso das gorjetas cobradas em notas de serviço.

Mas, como seria realizado o repasse pelo empregador?

A gorjeta compulsória, aquelas computadas nas notas de serviços do empregador serão repassadas aos trabalhadores, através de rateio dos valores arrecadados, onde o empregado utiliza-se do sistema de pontos previamente aprovado por Acordo ou Convenção Coletiva.

Dentre o recebimento das gorjetas compulsórias é comum o empregador realizar tal rateio, já no caso do recebimento das gorjetas espontâneas os empregados entre eles mesmo costumam realizar uma espécie de “caixinha” para posterior divisão.

Neste sentido, Vólia Bonfim Cassar (2011. p. 809) também traz em sua obra que é comum essa praxe de rateio das gorjetas onde os garçons ficam com 7%, os comins e ajudantes com 2% e o cozinheiro com 1%. Não há qualquer ilegalidade nesta prática, pois decorre do costume ou do ajuste, mesmo que tácito.

Portanto, as gorjetas ao serem recebidas por terceiros, normalmente são divididas por um percentual de pontos, onde cada empregado receberá a quota correspondente aos pontos que foram atribuídos ao seu cargo, através de norma coletiva.

Sendo correto, o rateio realizado, ponderadamente, entre todos os empregados que colaboram para o desempenho do serviço, ante a previsão dessa proporcionalidade no recebimento da verba.

Apesar de muitas vezes ser difícil o empregador controlar os valores recebidos pelo empregado, a título de gorjetas espontâneas, conforme já mencionado anteriormente, prevê nossa CLT, que tanto uma, quanto outra, integra a

remuneração do empregado, devendo inclusive ser anotada na CTPS, assim, qual a base de cálculo da verba?

Visto o já exposto a gorjeta possui base de cálculo na repercussão para fins de 13º salários, férias + 1/3 constitucional, depósitos de FGTS, recolhimentos de INSS, etc., concluindo-se pela sua natureza remuneratória, conforme enunciado nº 354 do TST.

Mas será possível negociar a alíquota que os terceiros concedem para o pagamento das gorjetas?

A gorjeta espontânea é aquela concedida diretamente pelo terceiro ao empregado, que nem sempre obedece a alíquota corriqueira dos 10%, já a compulsória, por ser cobrada em notas de serviços, muitas vezes há a concessão integral dos 10%.

No entanto, na relação entre os envolvidos, este percentual é apenas a média usual, não sendo fixo e obrigatório, onde diante a liberalidade do terceiro pagador, esse poderá dispor de quantia maior ou menor que os usuais 10% sobre o valor do serviço ali concedido.

Cumpra ainda mencionar que as Convenções e Acordos Coletivos, também poderão estabelecer um percentual médio para a cobrança, a exemplo da já citada Convenção Coletiva de Trabalho – Gorjetas do Estado de São Paulo que traz a média sugerida entre 10% a 15% calculado sobre as despesas do cliente no estabelecimento.

Ainda quanto a relação entre os envolvidos com o pagamento da gorjeta, Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1994. p. 145) aborda que houve época que empregadores deixavam a cargo do cliente a retribuição do empregado, mas com o surgimento do salário a obrigação do empregador parecia que passava a está definida.

No entanto, urge mencionar que, muitos empregadores apesar na necessidade do pagamento mínimo salarial, passam a levar em conta a quantia recebida a título de gorjetas, onde, assim acertam condições salariais menores, posto que delega ao cliente a obrigação de complementação do salário, através da gorjeta. Assim aborda ainda Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1994, p. 88):

É quando, tornada ela habitual no ramo do negócio ou na profissão, os empregadores, tendo em vista esse hábito, ao admitir

empregados, ajustam salário menor [...]. E os trabalhadores aceitam essa condição porque, tanto quanto os patrões, contam com certa magnanimidade dos clientes. Assim ao ponto de vista das relações entre empregadores e empregados, a gorjeta transfigura de liberalidade em contraprestação de serviços, a cargo, porém, de terceiros. [...] Os clientes poupam o patrão [...].

Assim a concessão da gorjeta apesar de nascer de ato de agradecimento por mera liberalidade, poderá desconstituir em parte a obrigação de concessão de salário digno pelo empregador. Tal conduta faz coagir o consumidor ao pagamento?

4.3.2 A Gorjeta na visão geral do consumidor

Conforme nosso cotidiano, o pagamento das gorjetas trata-se de uma prática enraizada em diversos estabelecimentos, como, restaurantes, casas noturnas, hotéis etc., onde, quando a conta do consumo é apresentada, em regra a mesma possui o acréscimo de 10% sobre o total consumido.

Todavia, urge mais uma vez destacar que, o pagamento dos 10% ou qualquer outro percentual a título de gorjetas consiste em mera liberalidade do consumidor, posto que nas relações de consumo não é permitido a imposição fixa de valores sem conhecimento prévio do consumidor, nos termos do art. 6º, II do CDC que aduz sobre a liberdade de escolha do cliente no ato do consumo, assim o percentual de 10% na relação torna-se uma sugestão apresentada ao cliente.

Ocorre que, muitas vezes esse percentual de cobrança é verdadeiramente imposto ao consumidor, uma vez que, alguns estabelecimentos chegam a veicular no rodapé das notas de serviços, que a cobrança possui respaldo legal, em razão da existência de Convenções Coletivas, de modo a constranger o consumidor, ou então, muitas vezes o consumidor sente-se constrangido até pelo próprio empregado, caso deixe de efetuar o pagamento do percentual da gorjeta, ali descrito.

Ocorre que, empregadores e empregados esquecem que o salário é um encargo do próprio empregador, bem como, que a arrecadação para o seu pagamento já se encontra incluída nos próprios preços dos produtos comercializados.

Destaca-se ainda, que contrário ao que se tenta fazer crê aos consumidores, mesmo nos casos em que haja Convenção Coletiva de Trabalho dispondo sobre o

recebimento de gorjetas, esse pagamento permanece facultativo ao consumidor, uma vez que, a aplicação de normas ali convencionadas possui aplicação exclusiva para as partes pactuantes, ou seja, empregado e empregador, não podendo assim ser repassadas a terceiros, em consonância ainda com o artigo 51, inc. III do CDC.

Veja-se também que, em consonância ao art. 5º, II da Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em razão de lei, e Convenções e Acordos Coletivos, não são leis, mas sim, uma fonte de normas do Direito do Trabalho, não produzindo efeitos nas relações de consumo.

Logo, exigir do consumidor que arque como gorjeta, em razão do disposto em norma coletiva gera uma vantagem excessiva ao empregador e ao empregado, considerando-se assim uma prática abusiva, conforme art. 39 IV do CDC, visto que os participantes da relação de trabalho não podem se prevalecer do desconhecimento do consumidor.

Para Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1994, p. 52) o consumidor apenas paga gorjetas, quando possuem o interesse de serem bem servidos abordando que:

Cada cliente deseja, por um natural sentimento egoístico, ser melhor servido que o seu vizinho. Poderia adotar vários meios, tais como tratar bem ao empregado, procurar tornar-se simpático ou recompensa-lo de qualquer forma. A modalidade de recompensa seria mais fácil e a dívida de uma moeda eficiente. Dificilmente, um empregado não procuraria fazer jus a essa remuneração. E assim, as gorjetas aumentam ou diminuem, segundo o egoísmo de cada um.

Entretanto, não compartilho do mesmo entendimento, uma vez que as gorjetas são concedidas desde aceção pelo agradecimento, motivo inclusive que a torna facultativa até os dias atuais, o bom atendimento deverá ser concedido a qualquer circunstância, posto que o serviço ali despendido se trata do labor efetivo do empregado, onde certamente deve buscar desempenhar suas atividades com efetividade.

É indagável o costume de se conceder as gorjetas, no entanto o consumidor não pode compartilhar desse sentimento “egoístico” e se sentir coagido a pagar algo que não possui previsão em lei, destaca-se costumes não são leis.

Assim sendo, a gorjeta deverá permanecer como desde a concepção, ou seja, ações de concessão livre, apresentadas em agradecimento por terceiros, mesmo que de maneira habitual.

5 CONCLUSÃO

A presente discussão buscou demonstrar as peculiaridades da gorjeta, visto a lacuna apresenta pelo art. 457 da CLT.

Primeiramente, o trabalho consistiu em abordar uma visão geral sobre o sistema remuneratório, para evidenciar que o salário possui aplicação distinta das parcelas remuneratórias, e no caso, a gorjeta.

Fora exposto ainda, sobre a base das gorjetas desde a sua concepção, sendo descritos suas raízes características, bem como a natureza jurídica concedida pela legislação brasileira, onde, ao abraçar a verba para compor a Consolidação de Leis do Trabalho, não deixa dúvidas, que todas as vezes que se falar em gorjeta impõe-se que compõe a remuneração, na soma do salário mais gorjetas.

Isto por si só, é o bastante para que se afirme que a gorjeta, não é salário, razão pela qual trata-se de parcela remuneratória, derivando dos reflexos decorridos ao logo do trabalho, bem como ao disposto na Súmula nº 354 do TST.

Ocorre que, apesar da gorjeta compor a remuneração para a nossa legislação vigente, conforme demonstrado existem várias lacunas a serem supridas.

A percepção da CLT ao incluir a gorjeta na remuneração, fora na verdade para garantir o seu efetivo repasse ao trabalhador, evitando retenção dos valores recebidos pelo empregador, entretanto, atualmente as Convenções Coletivas vem permitindo sua retenção para suprir encargos sociais e verbas que são decorrentes da responsabilidade do empregador.

Tal conduta, é adotada sob a explicação que, caso essa retenção não fosse realizada, o empregador iria preferir a opção de não arcar com os reflexos derivados das gorjetas, razão pela qual poderiam optar por proibir a prática do recebimento da verba.

Logo, a ausência de regulamentação de lei para coibir a retenção de percentuais oriundos da gorjeta, viola o direito dos trabalhadores, nos quais sempre buscam o judiciário em busca de solucionar tal conduta.

Cumprido destacar ainda que, tal medida de retenção também, chancela os direitos dos próprios consumidores, posto que acreditam que estão pagando por algo apenas em benefício direto ao empregado, quando na verdade, um montante desses valores é destinado para o custeio de obrigações que são originárias do empregador.

Outra acepção problemática latente é sobre a prática de alguns empregadores e empregados coíberem o pagamento das gorjetas, por parte do consumidor, em razão de cláusulas firmadas nos Acordos Coletivos.

No entanto, é nítido que não se pode criar uma obrigação no âmbito das relações de consumo, até mesmo porque a aplicação das Convenções, Acordos Coletivos de Trabalho e CLT são restritas ao âmbito das relações de trabalho, não devendo gerar qualquer reflexo para o consumidor, uma vez que configuraria transferência dos encargos do empregador ao consumidor.

A imposição de gorjetas aos consumidores configura-se prática abusiva, posto que pela sua própria natureza, a gorjeta é facultativa, onde, tradicionalmente, as gorjetas são parcelas pagas por terceiros, em mera liberalidade, logo coagir o consumidor ao pagamento, a contraprestação perderia seu caráter essencial.

Portanto, nítido resta-se a necessidade de regulamentação através de lei das gorjetas espontâneas e compulsórias, afins de evitar que sejam furtados os direitos do trabalhador.

Por fim, cumpre mencionar ainda que, tão importante quanto a possível regulamentação é a discussão e debate pela sociedade, visto que o pagamento de gorjetas trata-se de uma prática comum no cotidiano muitas pessoas, mas essas, muitas vezes, ao menos possuem conhecimento sobre as peculiaridades da verba e do seu pagamento.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BOTIJA, Eugenio Perez. *Curso de derecho del trabajo*. In. PRUNES, José Luiz Ferreira. **As gorjetas no direito brasileiro do trabalho**. São Paulo: LTr, 1982.

BRASIL. **Convenção Coletiva de Trabalho - Gorjetas 2015/2017**, 21 jul. 2015. Disponível em: <http://www.sinhores-sp.com.br/cct_gorjetas.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. **Convenção Coletiva de Trabalho Salvador Bahia 2016**, 21 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.sindicatohrbs.com.br/wpcontent/uploads/2016/11/Conven%C3%A7%C3%A3o-coletiva-2016-Assinada.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. **Mensagem nº 304**, 7 ago. 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122603>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara nº 57/2010**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para disciplinar o rateio entre empregados da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 14 fev. 2017. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96769>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional da Terceira Região. **Recurso Ordinário n. 01519-2007-043-03-00-1**, Recorrente: Praia Clube Sociedade Civil, Recorrido: Divino Batista Pires. Rel. Des. Marcus Moura Ferreira, 1ª Turma, Minas Gerais, DEJT 08 ago. 2008. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=784168>. Acessado em: 18 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso De Revista n. 231-65.2012.5.01.0030**, Agravante: CIs Restaurante Rio De Janeiro Ltda, Agravado: Yann Fonseca Mutz. Rel. Des. Conv. Jane Granzoto Torres da Silva, 8ª Turma, Brasília, DEJT 9 nov. 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=231&digitoTst=65&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0030&submit=Consultar>>. Acessado em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso De Revista n 1282-54.2013.5.02.0061**, Agravante: Alberto Felisberto De Oliveira, Agravado: Churrascaria Rodeio Ltda.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso De Revista n 121740-35.2004.5.02.0023**, Agravante: Bosque do Morumbi Restaurante Ltda e outro, Agravado: ALDENY.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso De Revista n. 555-03.2010.5.01.0070**, Agravante: Nolandis Empreendimentos E Participações Ltda e outros, Agravado: Igor Emanuel Batista Dos Santos e outros. Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Brasília, DEJT 25 nov. 2016. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=555&digitoTst=03&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0070&submit=Consultar>>. Acessado em: 18 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso De Revista n. 1285-32.2010.5.05.0028**, Recorrente: Jailton Santiago Souza, Recorrido: Brasturinvest Investimentos Turísticos S.A. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Brasília, DEJT 07 out. 2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1285&digitoTst=32&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0028&submit=Consultar>>. Acessado em: 18 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso De Revista n. 18-80.2015.5.21.0003**, Recorrente: Francisco De Assis Da Costa, Recorrido: Brasturinvest Investimentos Turísticos S.A. Rel. Min. João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Brasília, DEJT 17 fev. 2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=18&digitoTst=80&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=21&varaTst=0003&submit=Consultar>>. Acessado em: 18 fev. 2017.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CATHARINO, José Martins. Compêndio de Direito do Trabalho. In. RIEGER, Bruno Mahlmann. **Aspectos Peculiaridades de Salário e Remuneração**. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67312/000872241.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

CATHARINO, José Martins. Tratado Jurídico do Salário. In. SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo LTr, 2016.

FELTEN, Maria Cláudia. **Um estudo acerca da evolução do salário mínimo nacional e do seu poder de compra**. Disponível em: <<http://www.feltenadvogados.com.br/artigos>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

GOMES DA SILVA. Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Brasília, DEJT 27 ago. 2010. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2012170053.2004.5.02.0023&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAH2GAAD&dataPublicacao=27/08/2010&localPublicacao=DEJT&query=gorjeta%20and%20CTPS%20and%200estimativa>>. Acessado em: 10 fev. 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACEDO, Cinthia Borges. A gorjeta e a proteção à remuneração adquirida: O direito do Trabalho à serviço daqueles que nos servem. **Revista do CEPEJ - Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia**, v.14, 2013.

MAGANO, Octavio Bueno; RUSSOMANO, Mozart Victor; CATHARINO, José Martins; SUSSEKIND, Arnaldo Lopes, *apud* BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Dos complementos salariais e suas características**. Disponível em: <

http://mascaro.com.br/boletim/julho2015__edicao_189 >. Acesso em: 11 jan. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O salário e seus contornos jurídicos no Direito do Trabalho brasileiro**. Disponível em: <

http://www.mascaro.com.br/boletim/maiojunho_2015__edicao_188 >. Acesso em: 10 jan. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria Jurídica do Salário**. 2ª ed., São Paulo: Ltr, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

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

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

Súmula nº 354. GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES - Revisão da Súmula nº 290 - Res. 23/1988, DJ 24.03.1988

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VIANA, Márcio Túlio. **70 anos de CLT: uma história de trabalhadores**. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013.