

Prêmio-desempenho. natureza do prêmio
episódicamente concedido. há incidência

CT-13/79 dos depósitos do FATS.

P A R E C E R

1. Visando à manifestação do recurso interadminis-
trativo, de que cogita o Parecer L-171, de 29 de dezembro de
1977, do douto Consultor Geral da República, aprovado por Sua
Excelência o Senhor Presidente da República (D.O. de 10.02.78),
consulta-se a respeito da incidência dos depósitos do Fundo de
Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) sobre o prêmio-desempenho
concedido pela Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) a determina
dos empregados, em janeiro de 1972, janeiro de 1973 e agosto de
1973.

2. Em resoluções de 15 de dezembro de 1971, 11 de
dezembro de 1972 e 29 de junho de 1973, a CVRD, tendo em vista
os excepcionais resultados operacionais obtidos, para os quais
concorreu o esforço de muitos empregados, resolveu conceder prêmios-desempenho no valor de, respectivamente, 50%, 30% e 35% da remuneração mensal dos empregados. Em face do estabelecido nas duas primeiras resoluções, o prêmio variou conforme a "frequência efetiva ao trabalho" e o "desempenho individual de cada em
pregado", "sendo o merecimento avaliado pela respectiva chefia". E ficou esclarecido que não seriam contemplados

"os que, na avaliação de desempenho, tiverem ob-
tido menos de metade do número de pontos ou 0
(zero) em qualquer dos fatores de avaliação"
(item d.2).

A resolução de 29 de junho de 1973 estatuiu que o prêmio-desempenho seria concedido

"aos empregados que a ele fizessem jus, dentro
de critério a ser fixado pelo Executivo da Em
presa, excluindo ou reduzindo a participação
dos que não o mereçam parcial ou integralmente!"

3. Tratava-se, como se infere, de prêmio destituído de alcance geral e que foi criado, em oportunidades excepcionais, com vigência episódica. Por isso mesmo, não se converteu

em norma regulamentar da empresa, que se incorpora aos contratos de trabalho dos empregados. Consoante iterativa jurisprudência do egrégio Tribunal Superior do Trabalho,

"Tratando-se de vantagem não prevista na legislação trabalhista, e concedida espontaneamente pelo empregador, deve ser aplicada no limite de sua instituição" (Ac. do TST, Pleno, E-RR-396/76; Min. R. de SOUZA MOURA, rel.; D.J. de 07.04.78, pág. 2.086);

"As vantagens outorgadas pelo empregador não podem ser estendidas além do ato espontâneo, de seus estritos termos e condições" (Ac. do TST, Pleno, E-RR-2.837/76; Min. PINHO PEDREIRA, rel.; D.J. de 13.10.78, pág. 7.990).

4. Destarte, por não se incorporar ao contrato de trabalho o prêmio episodicamente concedido, certo é que não se transformou em gratificação ajustada, conservando assim a natureza jurídica com que foi instituído.

5. Ora, se o prêmio-desempenho, outorgado pela CVRD, nas referidas oportunidades, não configura gratificação ajustada, também não integra o salário (§ 1º do art. 457 da CLT); se não constitui salário, também não é remuneração (art. 457, caput); e, se não compõe a remuneração do empregado, também não pode ser computado para fins de incidência dos depósitos alusivos ao FGTS (art. 2º da Lei nº 5.107, de 13.09.66).

6. Com efeito, a Lei nº 5.107/66, instituidora do FGTS, prescreve:

"Art. 2º - Para os fins previstos nesta Lei, todas as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ficam obrigadas a depositar, até o dia 30 de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior, a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas

não mencionadas nos arts. 457 e 458 da CLT".

E o Regulamento do FGTS, aprovado pelo Decreto nº 59.820, de 1966, explicitando o dispositivo supra transcrito, estatuiu:

"Art. 9º - As empresas ficam obrigadas a depositar, até o último dia útil de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não consideradas, segundo o disposto nos artigos 457 e 458 da CLT, como integrantes da remuneração do empregado e incluída a gratificação de Natal, a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965".

7. Em última análise, portanto, e em ambos os casos, cumpre ao intérprete recorrer aos arts. 457 e 458 da CLT, para saber qual o conceito legal de remuneração do empregado. Vejamos o que dizem esses dispositivos:

"Art. 457. Compreende-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação de serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º. Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador.

§ 2º. Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de cinquenta por cento do salário percebido pelo empregado.

§ 3º. 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 a distribuição aos empregados".

"Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

§ 1º. Os valores atribuídos às prestações "in natura" deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário-mínimo (81 e 82).

§ 2º. Não serão considerados como salário, para os efeitos previstos neste artigo, os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local de trabalho, para a prestação dos respectivos serviços".

8. Como está escrito, a remuneração é a soma das parcelas de natureza salarial com as gorjetas recebidas pelo empregado. Destarte, excluídas as gorjetas, todas as demais parcelas integrantes da remuneração constituem salário; o que significa que se determinada prestação não for gorjeta nem salário, também não será remuneração, no sentido jurídico consagrado pelos artigos acima reproduzidos.

9. Aliás, a SUPREMA CÔRTE, ao fixar a exegese do pre-citado Art. 2º da Lei do FGTS, acentuou:

"Quando o art. 2º da Lei nº 5.107/66 exclui, da remuneração em que se baseia o cálculo do percentual, "as parcelas não mencionadas nos arts. 457

e 458 da CLT" - quer, obviamente, referir-se às parcelas mencionadas nesses artigos (Arts. 457, parágrafos 2º e 3º, 458, parágrafo 2º), mas que não se consideram integrantes do salário.

Daí a redação melhor do Decreto nº 59.820/66, ao referir-se à exclusão das parcelas não consideradas, segundo o disposto nos arts. 457 e 458 da CLT, como integrantes da remuneração do empregado". (Ac. do STF, Pleno, de 07.11.73, no RE-76.700; voto vencedor do Min. RODRIGUES ALCKMIN; in "FGTS - Incidência sobre horas extraordinárias", Rio, BNH, 1974, pág. 155).

10. Ora, como se vê do disposto nos arts. 457 e 458 da CLT, transcritos no item 7 deste Parecer, não há qualquer referência a prêmio, mesmo porque salário é a prestação devida e paga pelo empregador como contraprestação do serviço contratado (Art. 457, caput). Por isso, o § 1º desse artigo alude a gratificações ajustadas, negando, a contrário-senso, natureza salarial às gratificações não ajustadas.

11. In casu, nunca houve ajuste expresso ou tácito para o pagamento do prêmio-desempenho. Este foi concedido, por liberalidade, pela empresa, em determinadas e excepcionais oportunidades, tendo os respectivos atos unilaterais da empresa limitado sua incidência no tempo.

12. Conforme escrevi em livro, o prêmio depende, basicamente, do elemento subjetivo - a vontade do empregador - não se confundindo com as parcelas de natureza salarial que resultam do cumprimento do contrato de trabalho e das disposições regulamentares que nele se incorporam. Pela execução do contrato, o empregado recebe o salário, nele computadas as gratificações ajustadas. Já

*"o prêmio objetiva incentivar e recompensar a-
tributos individuais",*

motivo por que constitui

"uma liberalidade patronal" (Cf. "Instituições de Direito do Trabalho", Rio, 6a. ed., 1974, Vol I, pags. 269 e 270).

13. Vale reproduzir, a respeito, a lição de ORLANDO GOMES, para quem o prêmio, embora possa ser confundido com a gratificação, desta difere

"no ponto em que depende de apreciação subjetiva do empregador, conservando, por isso, sua natureza de pagamento não compulsório". ("O Salário no Direito Brasileiro", Rio, 1947, pag. 54).

14. A jurisprudência sempre distinguiu o prêmio da gratificação ajustada, equiparando-o à gratificação não ajustada, que não é salário, nem, a fortiori, remuneração do empregado. Três acórdãos do TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, de épocas diferentes, evidenciam a jurisprudência sobre o tema:

"Visando a estimular o comparecimento ao trabalho, não se integra o prêmio em apreço nos salários e pode, por outro lado, ser suprimido a qualquer tempo". (Ac. do TST, sessão plena, nos Embs. - RR-1.756/56; Min. OLIVEIRA LIMA, rel.; D.J. de 14.2.58);

"Não tem natureza salarial o prêmio-assiduidade, não se integrando, portando, na remuneração dos domingos e das férias anuais." (Ac. do TST, 1a. T, de 20.12.65, no RR-2.335/65, relatado pelo signatário deste parecer; Rev.-TST-1962/66, pag. 383);

"Os prêmios, de regra, representam um sistema de incentivo de maior ou melhor produção. Apresentam-se, às vezes, como liberalidade ou recompensa puramente subjetiva e a título de benevolência, por motivos não necessariamente ligados à prestação do trabalho (Délío Maranhão). Os sistemas de prêmios, com suas vantagens e desvantagens

gens, interessam menos ao direito do que à racionalização do trabalho, com todas as suas múltiplas implicações humanas, sociais, culturais e econômicas (Martins Catharino)". (Ac. do TST, 1a. T., de 10.12.1974 no RR-3.556/74; Min. COQUEIJO COSTA, rel.; Rev. LTr, 1975, pág. 391 - caso concernente à CVRD).

E a SUPREMA CÔRTE também já decidiu que o prêmio não faz parte do salário (Ac. do STF, sessão plena, de 11.10.63 nos Embs. in RE-50.799; Min. CÂNDIDO MOTA FILHO, rel.; Apenso nº 244 do DJ).

15. Nem se alegue que, na espécie, o prêmio constitui gratificação tacitamente ajustada. Isso porque, seguindo nas esteiras da doutrina, a Justiça do Trabalho tem entendido que o ajuste tácito só se configura quando a gratificação é concedida com habitualidade, periodicidade, generalidade e uniformidade ou fixidez de critério:

"O uso, a repetição e a habitualidade, sem dependência de fatores condicionados a lucros ou a merecimento de empregados, formam o acordo, não podendo a gratificação ser negada ou suprimida." (Ac. do TST, sessão plena, nos Embs. in proc. 2.079/57; Ministro MAURÍCIO LANGE, rel.; D.J. de 17.7.59).

"A habitualidade, periodicidade e razoável uniformidade na concessão da gratificação, abono ou qualquer vantagem pecuniária ao empregado, resulta em ajuste tácito, ainda que inicialmente revestida do caráter de liberalidade a concessão da vantagem". (Ac. do TST, 3a. T., de 30.1.62, no RR-4.945/61; Ministro HILDEBRANDO BISAGLIA, rel.; Rev. TST, 1962/1966, Rio, pág. 274).

"Pelo critério objetivo, a habitualidade, uniformidade, generalidade e periodicidade conduzem desde logo à gratificação-salário". (Ac. do TRT da 2a. R. no RO nº 35/70; Juiz MOURA DE MAGALHÃES GOMES, rel.; LTr, São Paulo, 1972, pág. 616).

"Domina o pensamento jurídico de que a habitualidade, a periodicidade e a uniformidade no pagamento de certa gratificação faz com que esta integre a remuneração, sem possibilidade de ser retirada posteriormente. Revista conhecida e provida." (Ac. 3a. T. - Proc. TST-RR-5093/75; Rel. Min. COQUEIJO COSTA; D.J., 02.08.76, pág. 6752).

"Considera-se tacitamente avençada e, portanto, complemento salarial, a gratificação que se singulariza pelas características da habitualidade, periodicidade, generalidade e fixidez de critério para a sua concessão." (TRT-3a. Reg. Proc. 2873/73; Rel. Juiz ARY ROCHA; in Rev. LTr, ano 39, pág. 672).

"Existentes os requisitos essenciais à configuração do ajuste tácito - habitualidade, periodicidade e uniformidade - na gratificação paga pelo empregador, defeso é a este suprimir ou modificar tal vantagem integrativa do salário, tendo em vista a norma regulamentadora do art. 468 consolidado." (TRT-8a. Reg. Proc. 424/73; Rel. Juíza Lygia Simão Oliveira; in Dicionário de Decisões Trabalhistas, C.Bomfim, 12a. Ed., 1975, pág.262).

16. Cumpre, pois, não comisturar o prêmio-desempenho, concedido nos termos expostos, com o prêmio-produção, que a jurisprudência considera salário. O prêmio-produção, como escrevi alhures, "nada mais representa do que a parte variável de um salário misto" (Ob. e Vol. cits., pág. 270), devida como contraprestação do trabalho executado pelo empregado. De prêmio só tem o rótulo. O mesmo, porém, não ocorre com o mencionado prêmio-desempenho, o qual foi concedido pela CVRD, sem que a tanto esteja obrigada por cláusula incorporada aos contratos de trabalho celebrados com seus empregados.

17. Tratando-se de depósitos do FGTS, é inquestionável que o problema jurídico em foco há de ser decidido com base na legislação que lhe concerne: o art. 2º da Lei nº 5.107/66, o

qual, como já foi sublinhado, determina a incidência dos 8% sobre a

"remuneração paga no mês anterior, a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não mencionadas nos arts. 457 e 458 da CLT".

18. Mas, ainda que, por absurdo, se quizesse resolver a questão à luz da legislação sobre a Previdência Social, certo que, tanto a Lei Orgânica de 1960 (Lei nº 3.807, de 26.08.60), como a Lei nº 5.890, de 08 de junho de 1973, referem "remuneração efetivamente percebida". E quem dá o conceito legal de remuneração do empregado é a CLT, que não atribui natureza salarial às gratificações não ajustadas, em cuja categoria se incluem os prêmios. Destarte, a circunstância de ter a lei de 1973 referido "a remuneração efetivamente percebida, a qualquer título, não altera os termos da equação, porque a prestação, qualquer que seja o seu título, há de constituir remuneração do empregado, para que sobre ela incida a contribuição."

19. Por isso mesmo, a Portaria nº 29/75, do Secretário da Previdência Social, ao consolidar os atos e decisões de caráter normativo sobre filiação, inscrição e incidência de contribuições, que:

"32.1. Integra o salário-de-contribuição, para o efeito do item 32, qualquer importância considerada pela legislação do trabalho como componente da remuneração "

E na enumeração das respectivas prestações não inclui o prêmio. Por seu turno, assinala a seguir:

"32.2 . Não se incluem no salário-de-contribuição:

- a)
- b) a gratificação considerada pela jurisprudência trabalhista como não integrante da remuneração, como a gratificação aleatória, temporária,

.10.

eventual ou esporádica" (grifos nossos. D.O. de 09.10.75, pág. 13.484).

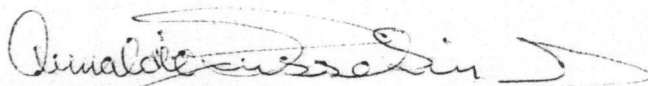
20. Entretanto, como já foi ressaltado, a hipótese em tela não pode ser apreciada em face da legislação da Previdência Social, porque diz respeito a depósitos do FGTS, que são disciplinados por lei específica. E o art. 2º dessa lei não contém, sequer, a expressão "a qualquer título", estabelecendo como base da incidência a remuneração do empregado, como tal definida pela CLT, "excluídas as parcelas não mencionadas nos arts. 457 e 458" dessa Consolidação.

21. Esse entendimento, sobre o qual não deveria pairar qualquer dúvida, foi afirmado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao decidir que os depósitos do FGTS não incidem sobre o pagamento antecipado do aviso prévio:

"a matéria pertinente à incidência ou não da contribuição devida ao FGTS não é objeto da Lei Orgânica da Previdência Social ou de seu Regulamento. RE conhecido e provido" (Ac. do STF, 2º T., no RE-89.328; Min. CORDEIRO GUERRA, rel.; D.J. de 09.06.78).

22. Isto posto, se o prêmio-desempenho, esporadicamente concedido pela CVRD em situações excepcionais, não está previsto em norma regulamentar incorporada aos contratos de trabalho dos seus empregados, certo é que não corresponde a gratificação ajustada. Por conseguinte, não tendo natureza salarial, não constitui remuneração capaz de gerar a incidência dos depósitos do FGTS.

Rio de Janeiro, 04 de outubro de 1979.



Arnaldo Lopes Sussekind
Consultor Trabalhista