

Salário. Composição. Salário básico e adicionais e gratificações
Vantagens extra legais.

CT-07/80

P A R E C E R

Sumário:

I - Da Consulta	1 a 6
II - Das vantagens instituídas pelo empregador	7 a 10
III - Das prestações de natureza salarial e do salário básico	11 a 23
IV - Do adicional "pro tempore"	24 a 30
V - Das gratificações semestrais	31 a 33
VI - Da gratificação de função	34 a 37
VII - Do adicional de trabalho extraordinário	38 a 42
VIII - Das diárias de viagem	43 a 52
IX - Conclusão	53

I - DA CONSULTA

1. O Sr. Gerente do SEJIIJ comunica que estão sendo intentadas reclamações contra a CVRD, visando a que a gratificação semestral seja computada no salário do cargo efetivo dos empregados, calculando-se o adicional "pro tempore" sobre a soma dessas duas parcelas; devendo a gratificação de função e os adicionais de trabalho extraordinário, quando for o caso, incidir sobre o resultado então obtido.
2. Esclarece, ainda, que, numa reclamação ajuizada na MM Junta de Conciliação e Julgamento de Colatina, o autor requer que as diárias de viagem, às quais se julga com direito, tenham reflexos no 13º salário, nas férias e no "pro tempore", devendo ser consideradas para os efeitos dos depósitos do FGTS e das contribuições previdenciárias.
3. Consoante revela o SEJIIJ, a composição salarial mencionada no item 1 deste Parecer foi inspirada em Sentença da MM J.C.J. de Governador Valadares, confirmada, por maioria, por uma das Turmas do Egrégio TRT da 3ª Região.
4. Sobre a jurisdição das pretensões referidas é solicitado o nosso pronunciamento.
5. Desde logo, convém sublinhar que o egrégio Tribunal Superior do Trabalho não apreciou as teses da precitada Sentença. É que o Recurso de Revista interposto teve denegado o seu seguimento, sendo mantido o r. despacho denegatório em Agravo de Instrumento julgado pela 3ª Turma do egrégio TST. E nem por via oblíqua o mais alto Tribunal da Justiça do Trabalho endossou a estranha fórmula de composição salarial. É que a Revista, intentada apenas com fundamento em divergência jurisprudencial, só invocou acórdão sobre o direito do empregador de suprimir trabalho extraordinário, deixando de arrolar decisões relativas aos pontos configuradores da equação jurídica.
6. Aliás, como procuraremos demonstrar neste Parecer, a jurisprudência uniforme do egrégio TST refuta as pretensões comunicadas pelo SEJIIJ, quer no tocante às vantagens legais instituídas e disciplinadas em normas regulamentares da empresa, quer no concernente a prestações regidas por lei.

[Handwritten signature]

II - DAS VANTAGENS INSTITUÍDAS PELO EMPREGADOR

3. O contrato individual do trabalho é disciplinado por um sistema de normas cogentes, que lhe formam a base legal, contra a qual não tem eficácia a autonomia da vontade dos contratantes. Daí a expressão, tantas vezes repetida, de que o Direito do Trabalho visa a assegurar um mínimo de garantias. Por isso mesmo, é livre a autonomia da vontade no contrato de trabalho, a partir da base legal, com a finalidade de conceder maiores vantagens ao empregado (Art. 444 da CLT) — vantagens que poderão ser estipuladas:

- a) por acordo expresso ou tácito dos contratantes, como tal se entendendo o ato do empregador ao qual adere o trabalhador;
- b) por convenção ou acordo coletivo de trabalho;
- c) por sentença normativa da Justiça do Trabalho, proferida em dissídio coletivo.

8. Para a análise da Consulta em tela, interessa-nos a primeira hipótese, sobretudo quando as vantagens são instituídas por ato unilateral do empregador e, por adesão tácita dos empregados, passam a integrar, como cláusulas, os respectivos contratos de trabalho. E pouco importa a forma de que se tenha revestido o ato do empregador. Desde que a norma editada esteja vinculada à relação de emprego, decorrendo sua aplicação da execução do contrato de trabalho, é inquestionável que, por traduzir vantagem para os empregados, ela se incorpora nos contratos de trabalho. Somente as disposições regulamentares de caráter estritamente técnico ou que tratam da organização e do funcionamento dos serviços da empresa é que não aderem aos contratos de trabalho, podendo ser modificadas ou revogadas ao arbítrio do empregador. Neste sentido é a lição da doutrina, sendo, igualmente, pacífica a jurisprudência.

9. É evidente que, ao instituir vantagem em favor dos seus empregados, a que não estava obrigado por norma jurídica aplicável, o empregador poderá estabelecer, livremente:

- a) o valor e a base de incidência da prestação;
- b) as condições para sua concessão;
- c) a vigência do seu ato.

E as estipulações neste sentido, nascidas de um ato de liberdade que, por adesão tácita presumida dos empregados, se transforma em cláusula contratual, não ensejam interpretação extensiva. A hipótese tem plena aplicação a regra do artigo 1.090 do Código Civil:

"Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente".

Isto é, tais contratos

"Compreendem, exclusivamente, aquilo a que o devedor de modo expresso se obrigou" (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "Curso de Direito Civil", São Paulo, Saraiva, 12^a ed, 1977, vol. V, pág. 89).

10. Essa conclusão, que decorre de lei, tem sido afirmada, iterativa e unissonamente, pelo egrégio TST:

"Não cabe ao Judiciário ampliar, ainda que indiretamente, vantagens concedidas, acima do mínimo legal, pelo empregador, pois o regulamento empresarial comporta interpretação restritiva" (Ac. do Pleno no proc. E-RR-4.139/74; Min. ELIAS BUFAIÇAL, rel.; DJ. de 14.06.76);

"Disposição contratual mais benéfica do que a lei não comporta interpretação extensiva" (Ac. do Pleno no proc. E-RR-1176/77; Min. ARI CAMPISTA, Rel; DJ. de 10.11.78);

"As vantagens outorgadas pelo empregador não podem ser estendidas além do ato espontâneo, de seus estritos termos e condições" (Ac. do Pleno no proc. E-RR-2837/76; Min. PINHO PEDREIRA, rel; DJ. de 13.10.78);

"A norma regulamentar que cria direito para o em

pregado há de ter interpretação restritiva, conforme a vontade de quem voluntariamente se obrigou, e não pode ser estendida por assim parecer justo ao Juiz" (Ac. do Pleno no proc. E-PR-780/78; Min. COQUEIJO COSTA, rel; DJ. de 16.12.77);

"Válidos os limites de incidência de vantagens instituídas pela empresa, além da norma consolidada" (Ac. da 3.^a Turma no proc. AI-4360/78; Min. EXPEDITO AMORIM, rel; DJ. de 28.09.79).

III - DAS PRESTAÇÕES DE NATUREZA SALARIAL E DO SALÁRIO BÁSICO

11. Na aplicação da legislação brasileira do trabalho, cumpre distinguir o salário fixo, ajustado por unidade de tempo ou de obra (salário básico ou salário normal), das prestações que, por sua natureza jurídica, integram o complexo salarial, como complementos do salário básico. Quando o § 1º do art. 457 da CLT determina que as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem (quando excedentes de metade do salário estipulado - § 2º) e abonos pagos pelo empregador integram o salário do empregado, significa que tais prestações possuem natureza salarial, mas não compõem o salário básico fixado no contrato de trabalho. Daí a distinção que faz entre "a importância fixa estipulada", seja por unidade de tempo ou por unidade de obra, e as demais parcelas supra mencionadas.

12. Consoante o ensinamento de DÉLIO MARANHÃO,

"O § 1º do art. 457 confere natureza salarial às parcelas nele referidas, distinguindo-as, porém, do salário-base. Nas palavras de CATHARINO, "restringe-se a indicar os elementos que compõem o que poderíamos chamar o complexo salarial" ("Tratado Jurídico do Salário", Rio, Freitas Bastos, 1957, pág. 132). As gratificações e as percentagens correspondem ao que se denomina sobre-salário: somam-se ao salário-base, mas neste não se diluem, nem perdem suas características próprias" ("Direito do Trabalho", Rio, FGV, 3.^a ed., 1974, pág. 195).

13. LUIZ JOSÉ DE MESQUITA, na sua monografia sobre as gratificações, assevera:

"A morfologia ou as partes componentes do salário, conforme o esquema BARASSI, seguido pelos autores em geral, consiste no elemento básico - uma soma fixa em dinheiro - e em elementos marginais, fixos ou variáveis.

O elemento básico ou central do salário é a retribuição fixa, paga em período de curta duração, e da qual, como plataforma, procedem as majorações posteriores.

Os elementos marginais são aqueles que acompanham o elemento básico. São accessórios ou complementares, mas, nem por isso, desprovidos de interesse e importância" ("Das Gratificações no Direito do Trabalho; S. Paulo, Saraiva, 2^a ed, 1974, pág. 19).

14. Por isso, afirmamos que

"Os adicionais constituem sobre-salário, isto é, parcelas suplementares do salário contratual..." ("Instituições de Direito do Trabalho", Rio, Freitas Bastos, 7^a ed., 1978, vol. I, pág. 328).

15. É inquestionável que os adicionais e gratificações instituídas por lei, convenção coletiva, norma regulamentar da empresa ou, explicitamente, nos próprios contratos de trabalho, têm natureza salarial, sendo devidos nas condições prescritas nos respectivos atos. Entretanto, porque possuem tal natureza jurídica e, portanto, integram o "complexo salarial", não significa que compõem o salário básico. E se o correspondente ato estabelecer que a prestação deve ser calculada sobre o salário básico (no caso da CVRD, sobre o padrão do cargo efetivo do empregado), é evidente que, nesse cálculo, não poderão ser computadas as parcelas suplementares desse salário.

16. Submetamos a tese oposta à prova da reductio ad absurdum. Escolhamos, para exemplificar, a gratificação de Natal: o empregado João, contratado em 01.01.1974, com o salá

rio mensal de Cr\$ 1.000,00 receberia em dezembro do mesmo ano a gratificação natalina de Cr\$ 1.000,00. Como essa gratificação passasse a integrar o seu salário, já no mês seguinte, em janeiro de 1975, estaria percebendo Cr\$ 2.000,00. Continuando nessa progressão (consequência lógica da integração no salário-base), cinco anos após sua admissão com o salário de Cr\$ 1.000,00, este ter-se-ia elevado para Cr\$ 16.000,00, sem contar os acrêscimos resultantes dos reajustamentos compulsórios.

17. O sentido da integração ou incorporação de determinado adicional ou gratificação ao salário, como bem adverte PEDRO CAVALCANTI,

"deve ser compreendido como agregação, como associação, como anexação, visto que a gratificação adicional por tempo de serviço oferece cambiantes diferentes das do vencimento, não podendo, assim, combinar-se com ele para formar um conjunto idêntico" ("A natureza jurídica do vencimento", in Rev. de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, março de 1966, pág. 109).

18. Aliás, a Organização Internacional do Trabalho, com sua incontestável autoridade, ensina:

"As prestações adicionais, às quais se pode dar o nome de salário indireto, podem ser definidas como suplementos dos salários ordinários porém não correspondem a nenhum trabalho determinado."

As prestações adicionais podem ser concedidas por iniciativa própria do empregador por considerar ' que com elas aumentará a boa vontade e a eficácia dos trabalhadores e se evitarão conflitos de trabalho". ("Los Salarios", OIT, Genebra, 1934, págs. 53/54).

19. E a própria CLT, nos seus arts. 64 e 65, se refere a salário normal, para o cálculo do salário-hora sobre o qual incide o adicional de trabalho extraordinário previsto em lei.

54

20. Pondere-se, outrossim, que a figura do salário-básico foi adotada, expressamente, pelo Conselho Nacional de Política Salarial, a que está sujeita a CVRD. As resoluções desse órgão, referentes a esta empresa, autorizam o reajustamento salarial dos respectivos empregados, mediante

"aplicação da taxa de X% sobre os salários-base de março de e a vigorar de 1º de março de a 28 de fevereiro de, efetuadas as compensações previstas na legislação em vigor".

21. A integração de qualquer adicional ou gratificação no salário básico ou normal acarretaria, absurdamente, um bis in idem, já que a prestação suplementar passaria a incidir sobre a soma daquele salário com o adicional ou gratificação a ele incorporado. Por isso mesmo a jurisprudência trabalhista se tornou tranquila a respeito:

"É bem de ver que, quando a Lei 2.573 fala do salário, se refere ao básico, despido de adicionais, não à remuneração global constituída de títulos autônomos, sem prevalência de qualquer um deles - sem o que também teriam o bis in idem" (Ac. do TST, sessão plena de 13.02.74, nos Embs. RR-454/73; Ministro TOSTES MALTA, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal);

"Em verdade, o adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário-base, excluída qualquer outra vantagem não considerada contra-prestação de serviço, embora integrante da remuneração". (Ac. do TST, sessão plena de 21.11.73, nos Embs. RR-.. 2.340/72; Ministro THÉLIO DA COSTA MONTEIRO, rel.; DJ. de março de 1974, pág. 1.249).

"O adicional de antiguidade se calcula sobre o vencimento básico do cargo efetivo" (Ac. do TST, sessão plena, no proc. E-RR-4.383/79; Min. TOSTES MALTA, rel.; DJ. de 24.08.76);

E a repetição de julgados desse teor levou o egrégio TST a consagrar, na Súmula nº 70, que

47

"O adicional de periculosidade não incide sobre os triênios pagos pela Petrobrás".

22. Indubitável, por conseguinte, que o Direito do Trabalho e a própria legislação brasileira distinguem o salário ajustado como contraprestação dos serviços previstos no contrato de trabalho, para execução na jornada normal (salário básico ou salário normal), das prestações suplementares que, apesar de possuírem natureza salarial, têm o correspondente valor calculado sobre aquele salário. E se isso ocorre com os adicionais criados em lei, com maior razão se verificará com as prestações suplementares instituídas por ato unilateral da empresa, ao qual aderem, expressa ou tácitamente, os empregados.

23. Como veremos adiante, normas regulamentares editadas pela CVRD cogitam do adicional por tempo de serviço ("pro tempore"), das gratificações semestrais e da gratificação pelo exercício de cargo de confiança e disciplinam as condições para sua concessão, inclusive o cálculo dessas prestações. Ora, vale repetir, neste passo, que é uniforme a jurisprudência do egrégio TST, com esteio no art. 1.090 do Código Civil, no sentido de que tais atos exigem interpretação restritiva, conforme a vontade de quem voluntariamente se obrigou.

IV - DO ADICIONAL "PRO TEMPORE"

24. O Capítulo XX do Manual de Pessoal da CVRD, reproduzindo a Resolução nº 30, de 1976, sobre a gratificação adicional por tempo de serviço, conhecida nesta empresa como adicional "pro tempore", estabelece:

"Art. 1º - Será concedida ao empregado da CVRD uma Gratificação Adicional por Tempo de Serviço, no valor de 5% do salário de seu cargo efetivo, por quinquênio de efetivo exercício, até o máximo de 5 quinquênios.

Parágrafo único. Mesmo no caso do empregado designado para cargo de confiança, a Gratificação Adicional por Tempo de Serviço será calculada com base no salário de seu cargo efetivo".

25. Por seu turno, o Regulamento de Cargos e Salários desta empresa esclarece que o salário do cargo efetivo é salário básico e corresponde aos estágios constantes das tabelas salariais:

"Salário básico é o pagamento ao empregado pelo exercício de cargo efetivo, de acordo com os estágios estabelecidos nas tabelas salariais" (Art. 22, nº XVI).

26. O adicional "pro tempore" constitui, portanto, vantagem pessoal, com o característico de prêmio-antiguidade, que não é absorvido pelas promoções individuais, nem pelos reajustamentos coletivos. O seu valor, fixado em número relativo que se amplia em proporção ao tempo de serviço do empregado, cresce, indiretamente, com o aumento do salário básico sobre o qual incide o respectivo percentual.

27. Assim, o adicional é prêmio-antiguidade; o salário normal ou básico é contraprestação do serviço prestado. A promoção do empregado nas tabelas configuradoras do quadro de pessoal ou o reajustamento salarial coletivo recaem diretamente sobre o salário-básico e não sobre a soma dele com o adicional "pro-tempore". Refletem-se, sem dúvida, neste, aumentando-lhe indiretamente o valor, pois, como parcela suplementar que é, correspondente a um percentual incidente sobre o salário-básico.

28. Se o referido adicional se incorporasse ao salário com base no qual são calculados todos os reajustamentos e vantagens de natureza salarial (As parcelas suplementares do salário têm a natureza salarial, embora não se confundam com o salário-básico), chegaríamos, em construção jurídica, ao seguinte absurdo: sempre que o empregado completasse mais um quinquênio, o novo percentual do seu adicional "pro-tempore" teria de incidir sobre o salário-básico já acrescido do percentual anteriormente concedido e, assim, sucessivamente ... E nem é preciso recordar, neste passo, a regra de hermenêutica segundo a qual deve ser desprezada a interpretação que conduza a incoerências ou absurdos (CF. CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Rio, 3ª ed, 1941, Freitas Bastos, pág. 205). Nem a jurisprudência no sentido de que

"Descabe a incidência do adicional sobre adicio-

nal" (Ac. do TST-PLENO, no proc. E-RR-4.744/75 ; Min. HILDEBRANDO BISAGLIA, rel.; DJ. de 26.06.77).

29. Determinar-se, como se pretende, a incidência do adicional "pro-tempore" sobre o salário básico já acrescido da gratificação semestral e, sobre o resultado então obtido, calcular-se, conforme o caso, a gratificação de função e o adicional de horas extraordinárias — significa ampliar-se indevidamente a base de incidência de vantagens extra legais, entre as quais o adicional "pro-tempore", em afronta às normas regulamentares que as instituíram e em desrespeito à copiosa jurisprudência que preserva "a vontade de quem voluntariamente se obrigou". E no caso do adicional de horas extras, como veremos adiante, a norma violada é a lei.

30. Transcrevamos, a título de exemplos, acórdãos sobre a base de incidência do adicional por tempo de serviço e de sua exclusão do cálculo de outras vantagens, alguns dos quais concernentes ao "pro-tempore" da CVRD:

"A gratificação por tempo de serviço instituída pela reclamada não serve de base à incidência de quaisquer vantagens, dados os termos de sua instituição" (Ac. do TST-1ª T, no RR-869/77; Min. R. de SOUZA MOURA, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal referente ao proc. CVRD x Ibernnon Saraiva Cavalcanti);

"O adicional por tempo de serviço é calculado sobre o salário do cargo efetivo" (Ac. do TST-3ª T, no RR-5.025/76; Min. C.A. BARATA DA SILVA; DJ. de 03.06.77);

"O adicional por tempo de serviço deve ser calculado sobre o salário-base (padrão) inerente ao cargo ocupado" (Ac. do TST-1ª T., no RR-2.415/76; Min. NELSON TAPAJÓS, rel.; DJ. de 25.03.77);

"Adicional por tempo de serviço dos empregados da Companhia Vale do Rio Doce. Incide sobre o salário-base, excluídas as gratificações" (Ac. do TRT da 3ª R. no RO-1.659/76; Juiz ÁLFIO AMAURY DOS SANTOS, rel.; DJ-MG de 06.05.77; proc. CVRD x Carlos Roberto Pêrola Elias e outro);

42

"Se há disposição expressa a respeito, a gratificação denominada pro-tempore, instituída livremente pela empresa, deve incidir tão somente sobre a remuneração do cargo efetivo, não se podendo falar de interpretação extensiva, em face do seu conteúdo" (Ac. do TRT da 3.^a Reg. no RO-2.017/76; Juiz JOSÉ WASTER CHAVES, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal, alusivo ao proc. CVRD x Emanuel Telles de Lima e outros);

"O cálculo das horas extras se faz sobre o valor do salário normal e não sobre as gratificações ou adicional por tempo de serviço" (Ac. do TST-1.^a T, no RR-1.678/78; Min. HILDEBRANDO BISAGLIA; DJ. de 09.02.79);

"Embora o adicional por tempo de serviço se integre nos salários para efeitos de não poder ser suprimido, não pode ele servir de base para o computo de futuros adicionais. Não há adicionais sobre adicional" (Ac. do TRT da 2.^a R. no RO-3.769/75; Juiz W.S. CAMPOS BATALHA, rel.; Rev. de Direito do Trabalho, S. Paulo, Rev. dos Tribs., 1977, nº 6, pág. 331);

"A reclamada concede o adicional de tempo de serviço espontaneamente, podendo, por isso, a meu ver, fixar limites para o pagamento, nos termos do que tem sido pago. Não há, inclusive, um princípio geral em nosso direito positivo ou mesmo em direito do trabalho no sentido de que um adicional incida sempre sobre outro..... A farta jurisprudência juntada pela reclamada, inclusive, mostra que seu ponto de vista encontra amparo no entendimento dos tribunais trabalhistas" (Ac. do TRT da 1.^a Reg. no RO-1.945/78; Juiz C. PIRAGIBE TOSTES MALTA, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal, relativo ao proc. CVRD x Heoclito Carvalho Filho).

V - DAS GRATIFICAÇÕES SEMESTRAIS

ciplina a concessão da gratificação semestral e, entre as prestações que devem ser computadas no seu cálculo, inclui:

- a) o salário básico do cargo efetivo;
- b) o adicional por tempo de serviço;
- c) a gratificação pelo exercício do cargo de confiança (Art. 20, nº II).

Neste caso, pois, somam-se as três parcelas para que, sobre o total, seja calculado o valor da gratificação semestral.

32. A precitada Sentença, que estaria motivando novas reclamações, adotou, porém, esquema diverso: considerar que a gratificação semestral compõe o salário básico sobre o qual deve incidir o "pro-tempore".

33. Por serm desnecessárias novas considerações a respeito, reportamo-nos às que já foram expendidas, salientando apenas que, por se tratar de vantagem extra legal, instituída por ato voluntário da empresa, sua concessão há de observar estritamente os termos da respectiva regulamentação.

VI - DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

34. O Regulamento de Cargos e Salários da CVRD estabelece que a gratificação pelo exercício de cargo de confiança corresponde à diferença entre o salário básico (padrão do cargo efetivo) e o nível previsto na escala de salários para o cargo exercido em comissão pelo empregado.

35. Não obstante, pretende-se que essa gratificação deva incidir sobre o salário do cargo efetivo somado à gratificação semestral e acrescido do adicional "pro-tempore" calculado com base naquela soma.

36. Esse esquema de cálculo, no entanto, prejudicaria, sem dúvida, os exercentes de cargo de confiança, pois o valor da gratificação de função, de que cogita a norma regulamentar da CVRD, corresponde a uma diferença calculada em face de um parâmetro: o nível previsto na escala de salários para o cargo exercido em comissão.

37. O que importa asseverar, invocando também as considerações jurídicas já aduzidas, é que a gratificação instituída por normas regulamentar da empresa deve ser aplicada

"Na forma estabelecida para a sua concessão" (Ac. do TST - Pleno, no proc. E-RR-2.521/75; Mir. HILDEBRANDO BISAGLIA, rel.; DJ. de 28.02.77);

"Gratificação voluntariamente instituída pela empresa, malgrado sua cláusula contratual, há de ser entendida segundo o costume vinculado que a consagrou.

Irrelevante, pois, perquerir-se a respeito de outras verbas pagas ao empregado, se têm ou não natureza salarial, por isso que calculada a gratificação, sempre, sobre o ordenado, vale dizer, o salário-padrão da função" (Ac. do TRT da 2.^a R. no RO-2.626/75; Juiz F. GARCIA MONREAL, rel.; Rev. de Direito do Trabalho cit., nº 6, pág. 51).

VII - DO ADICIONAL DE TRABALHO EXTRAORDINÁRIO

38. A lei prescreve, com todas as letras, que o adicional de horas extras corresponde a um percentual que incide sobre o salário-hora normal (Art. 59, § 1º, e art. 60, § 2º, da CLT) e conceitua expressamente o salário-hora normal do mensalista (Art. 64) e do diarista (Art. 65).

39. Estejada nessas disposições legais e no princípio, fartamente exposto neste Parecer, de que as parcelas suplementares do salário, sem embargo da sua natureza salarial, não compõem o salário básico ou normal, tem a Justiça do Trabalho decidido, reiteradamente, que o adicional de horas extras incide sobre essa remuneração básica ou normal.

40. Não obstante, consoante já revelamos, a R. Sentença já referida concluiu que o adicional de horas extras deve ter por base a soma do salário do cargo efetivo com a gratificação semestral, acrescida do percentual alusivo ao adicional "pro-tempore".

41. Esse raciocínio, porém, como não poderia deixar

de ser, é repellido por iterativa jurisprudência. Além dos a córdãos reproduzidos no item 30 deste Parecer (1º, 6º, 7º e 8º), cumpre-nos transcrever, dentro muitos, os seguintes:

"As horas extras não incidem na gratificação se mestral" (Ac. do TST, 1.ª T, no RR-5.322/77; Min. FERNANDO FRANCO, rel.; DJ. de 13.10.78);

"No cálculo do valor das horas extras não podem ser computadas as gratificações semestrais e anue nios" (Ac. do TRT da 3.ª Reg. no RO-635/77; Juiz NEY PROENÇA DOYLE, rel.; "ADCOAS", 1979, verbete nº 64.048);

"Se a hora extra deve ser paga na forma da lei, com acrêscimo de 20 ou 25%, conforme o caso, sobre o valor da hora normal, não há como acrescer a isto ainda o montante correspondente à gratificação de função e ao adicional por tempo de serviço que não estão contidas (nem um, nem outro) na composi ção do salário-hora normal" (Ac. do TRT da 4.ª R. no RO-3.811/75; Juiz PAULO MAYNARD RANGEL, rel.; Rev. do TRT da 4.ª Região, Porto Alegre, nº 10, pág. 192).

42. Aliás, no caso da CVRD, cabe ainda considerar que o Acordo Coletivo de Trabalho firmado em 23 de março de 1979, para assegurar a percepção ad futurum do adicional de horas extras aos empregados que vinham executando trabalho além da jornada normal, em caráter permanente, entre 1º de março de 1975 e 28 de fevereiro de 1977, estipulou:

"V - As horas extraordinárias não repercutirão nas vantagens regulamentares concedidas pela CVRD, cujas normas não determinem, expressamente, sua inclusão".

E a recíproca há de ser verdadeira, mesmo porque se fundamenta na lei e na remançosa jurisprudência da Justiça do Trabalho.

43. Conforme escrevemos em livro,

"As diárias de viagem têm por fim indenizar despesas de viagens e manutenção do empregado, quando forçado a realizá-las para a execução do seu contrato de trabalho. Juridicamente, portanto, não constituem salário, uma vez que não correspondem à contraprestação do empregador aos serviços compreendidos pelo empregado, mas, simplesmente, um meio de tornar possível a prestação dos mesmos" (Ob. e vol. cits., pág. 272).

44. Somente quando o empregador rotula de diárias verdadeiras prestações salariais é que, em virtude do princípio da nulidade dos atos em fraude à lei, se deve atribuir àquelas natureza salarial.

45. Esse entendimento foi expressamente consubstanciado na CLT, mediante adoção de um critério objetivo:

"Não se incluem nos salários as ajudas de custo, como as diárias para viagem que não excedam de 50% do salário percebido pelo empregado" (§ 2º do art. 457).

46. Fora de qualquer dúvida, porque está na lei, que as diárias para viagem, pagas no limite fixado pela CLT, não possuem natureza salarial e, portanto, não podem ter qualquer repercussão no cálculo de qualquer prestação que tenha por base o salário ou, mesmo, a remuneração do empregado.

47. Aliás, as Instruções do Ministério da Previdência e Assistência Social, aprovadas pela Portaria SPS-02/79, prevê, no seu item 3.9.1, que

"Integram o salário de contribuição
.....:

b) o valor total das diárias pagas, quando excedentes de 50% (cinquenta por cento) do salário"

- o que significa, a contrário-senso, que, situando-se o seu valor na limitação estatuída pelo § 2º do art. 457 da CLT, não podem servir de base para a incidência das contribuições previdenciárias.

FE

48. O mesmo raciocínio se aplica aos depósitos do FGTS, posto que o art. 8º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 59.820, de 1966, explicitando a norma do art. 2º da Lei nº. 5.109, do mesmo ano, preceitua que os depósitos correspondem

"a 8% (oito por cento) de remuneração paga no mês anterior, a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não consideradas, segundo o disposto nos arts. 457 e 458 da CLT, como integrantes da remuneração do empregado"

49. Quando o valor da diária exceder a metade do salário do empregado, o total por este percebido no mês há de ser computado para o cálculo do depósito do FGTS e da contribuição previdenciária, observado, quanto a esta, o limite máximo estabelecido em lei.

50. Mas esse reflexo, pertinente aos sistemas do FGTS e da Previdência Social, não traduz incorporação da diária no salário. Isto é, não repercutem no cálculo das prestações calculadas sobre o salário do empregado. E porque constituem parcela condicionada à execução de serviços fora da sede do estabelecimento a que o empregado está vinculado ou do local habitual de trabalho, não terá o empregador de manter o pagamento, se a condição não se realizar.

51. Neste sentido veio a firmar-se a jurisprudência:

"O fato de o valor das diárias para viagem exceder a cinquenta por cento (50%) do valor do salário básico autoriza o trabalhador a pretender o pagamento permanente de tais diárias, quando não viajar a serviço da empresa. Embora de natureza salarial, essas diárias constituem parcela móvel da remuneração do trabalhador" (Ac. do TST-2ª T., no RR-755/79; Min. MOZART RUSSOMANO, rel.; DJ. de 14.12.79);

"1. Conforme a legislação positiva brasileira, é salário no seu todo a diária que excede de metade do valor daquele. Mas essa integração só se dá para efeitos indenizatórios, e não para aumentos sucessivos de salário, toda vez que isso ocorra.

2. A interpretação da lei não pode conduzir ao absurdo" (Ac. do TST-5.ª T., no RR-49/76; Min. COQUEIJO COSTA, rel.; DJ. de 27.04.74).

52.
que

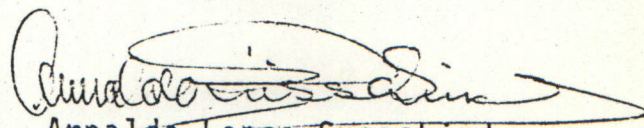
Daí a recente Súmula nº 101, consagrando a tese de

"Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado".

IX - CONCLUSÃO

53. Em face do exposto, afigura-se nos incontroverso que as pretensões referidas na Consulta (itens 1 e 2 deste Parecer) infringem a lei e desatendem a farta jurisprudência dos tribunais de trabalho.

Rio de Janeiro, 21 de julho de 1980


Arnaldo Lopes Sussekind
Consultor Trabalhista