

A NATUREZA DAS PARCELAS REFLEXAS, BIS IN IDEM E A OJ 394 DO TST/SDI-I Ari Pedro Lorenzetti¹

RESUMO: A partir da análise da natureza jurídica dos reflexos das horas extras sobre a remuneração do repouso semanal, o presente artigo busca demonstrar que não ocorre bis in idem na incidência de reflexos em 13º salários, férias + 1/3, aviso prévio e FGTS, em face da integração das horas extras à base de cálculo da remuneração dos repouso semanais, ao contrário do que afirma o TST (SDI-I, OJ 394).

PALAVRAS-CHAVE: Horas extras, repouso semanal remunerado, reflexos, bis in idem.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A natureza dos reflexos remuneratórios sobre o valor de outras verbas; 3. A caracterização do bis in idem; 4. A orientação jurisprudencial n. 394 do TST/SDI-1; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

As obrigações pecuniárias que recaem sobre o empregador compõem um feixe de verbas, cada uma destinada a remunerar ou indenizar diferentes aspectos do contrato. Embora a maior parte de tais verbas deva ser satisfeita na mesma oportunidade, cabe ao empregador especificar quais as parcelas que integram os pagamentos realizados, sendo vedado o chamado salário complessivo, como tal entendido o que abrange diferentes parcelas indistintamente².

Diante dessa realidade, assim como a lei prevê um valor mínimo a título de salário, normalmente especifica a base de cálculo das diferentes parcelas que compõem a remuneração do trabalhador. Assim ocorre, por exemplo, em relação ao aviso prévio (CLT, art. 487, §§ 3º e 5º), às férias (CLT, art. 142), à remuneração dos descansos semanais (Lei n. 605/49, art. art. 7º), ao 13º salário (Decreto n. 57.155/65, arts. 1º e 2º) e ao FGTS (Lei n. 8.036/90, art. 15), entre outras verbas trabalhistas. Além de tais normas, cuja referência é meramente exemplificativa, a jurisprudência consolidou diversos entendimentos acerca da base de cálculo e da repercussão do valor de determinadas parcelas remuneratórias sobre outras verbas trabalhistas e/ou rescisórias:

SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO. Insere-se no cálculo da indenização por antiguidade o salário relativo serviço extraordinário, desde que habitualmente prestado. (TST, súm. 24)

SERVIÇO SUPLEMENTAR. A remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação natalina prevista na Lei nº 4.090, de 13.07.1962 (TST, súm. 45).

ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO (...) - O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. (TST, súm. 60, I)

HORAS EXTRAS. GRATIFICAÇÕES SEMESTRAIS. O valor das horas extras habituais integra a remuneração do trabalhador para o cálculo das gratificações semestrais (TST, súm. 115).

REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO. Computam-se no cálculo do

1. Juiz do Trabalho da 3ª VT de Rio Verde/GO.

2. "SALÁRIO COMPLESSIVO. Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador" (TST, súm. 91).

repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas (TST, súm. 172)
REPOUSO SEMANAL. CÁLCULO. GRATIFICAÇÕES POR TEMPO DE SERVIÇO E PRODUTIVIDADE. As gratificações por tempo de serviço e produtividade, pagas mensalmente, não repercutem no cálculo do repouso semanal remunerado (TST, súm. 225).

GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. REPERCUSSÕES. A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antiguidade e na gratificação natalina (TST, súm. 253).

HORAS EXTRAS HABITUAIS. APURAÇÃO. MÉDIA FÍSICA. O cálculo do valor das horas extras habituais, para efeito de reflexos em verbas trabalhistas, observará o número de horas efetivamente prestadas e a ele aplica-se o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas (TST, súm. 347).

GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES. As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado (TST, súm. 354).

HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT. REFLEXOS. (...) - O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no "caput" do art. 59 da CLT (TST, súm. 376, II).

HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. BASE DE CÁLCULO. O adicional noturno integra a base de cálculo das horas extras prestadas no período noturno (TST/SDI-I, OJ n. 97).

INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71, § 4º, DA CLT. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais (TST/SDI-1, OJ n. 354).

AVISO PRÉVIO DE 60 DIAS. ELASTECIMENTO POR NORMA COLETIVA. PROJEÇÃO. REFLEXOS NAS PARCELAS TRABALHISTAS. O prazo de aviso prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias (TST/SDI-1, OJ n. 367).

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - RSR. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de bis in idem (TST/SDI-1, OJ n. 394).

Como se pode ver, o reconhecimento do direito a determinadas verbas remuneratórias, via de regra, acarreta reflexos sobre o valor de outras parcelas decorrentes do contrato de trabalho ou de sua extinção. Diante disso, faz-se necessário definir os limites de tais reflexos, a fim de evitar que se forme um ciclo vicioso ou o bis in idem. Caracterizar-se-ia o ciclo vicioso se determinada parcela sofresse os reflexos de outra verba e ao mesmo tempo repercutisse no valor desta. Quanto ao bis in idem, decorre da dupla incidência da mesma parcela sobre o valor de outra.

Para evitar equívocos, faz-se necessário, em primeiro lugar, definir a natureza dos

reflexos de uma verba sobre outra. Em outras palavras, é preciso analisar se as repercussões de uma verba trabalhista sobre outras parcelas conservam a mesma natureza do direito que as produziu ou se os reflexos passam a ter a natureza das verbas sobre as quais incidem. Por exemplo, os reflexos das horas extras sobre o valor do aviso prévio indenizado (CLT, art. 487, § 5º) caracterizam-se como acréscimo à remuneração a título de horas extras ou parte da indenização do aviso prévio? Essa é a questão de que trataremos no tópico a seguir. Passo seguinte, será a análise da caracterização, ou não, do *bis in idem*, na incidência de reflexos de uma parcela em outras. E, por fim, faremos o estudo da orientação jurisprudencial n. 394 do TST/SDI-I, visando a demonstrar que o raciocínio em que se assenta não tem sustentação lógica nem jurídica.

2. A NATUREZA DOS REFLEXOS REMUNERATÓRIOS SOBRE O VALOR DE OUTRAS VERBAS

A questão da natureza jurídica dos reflexos é relevante sob diversos aspectos. Por exemplo, conforme jurisprudência acima transcrita, a remuneração das horas extras habituais integra a base de cálculo do 13º salário. Supondo-se que um trabalhador com salário fixo de R\$ 1.000,00 por mês, tenha recebido uma média de R\$ 200,00 mensais a título de horas extras. O valor da gratificação natalina decorrente de tal integração (TST, súm. 45) terá a natureza de acréscimo à remuneração das horas extras ou parte do valor do 13º salário? Se considerado como adicional à remuneração das horas extras, o pleito destas, numa ação trabalhista, implicaria o reconhecimento de que também houve pedido de reflexos nas demais verbas sobre as quais incidem aquelas. Por outro lado, caso se entenda que os reflexos das horas extras sobre as férias constituem parcela da remuneração do labor em sobrejornada, mesmo nas situações em que as férias forem indenizadas, sobre tais reflexos também deveriam incidir contribuições fiscais, previdenciárias e ao FGTS, uma vez que, embora tais recolhimentos não sejam devidos sobre o valor das férias indenizadas, o mesmo não ocorre em relação aos créditos a título de horas extras.

Conforme se infere dos exemplos acima, bem assim de outros fornecidos pela prática, resta evidente que os reflexos são apenas parcelas que se integram à base de cálculo de determinadas verbas trabalhistas ou rescisórias, ostentando a mesma natureza destas e não das verbas a partir das quais resultam. Assim, os reflexos das horas extras sobre as contribuições ao FGTS não constituem crédito a título de horas extras, mas de FGTS. Não por outra razão, devem ser recolhidos à conta vinculada do trabalhador, e não pagos diretamente a este. Diante disso, o prazo prescricional para cobrar tais incidências é trintenário, e não quinquenal³, desde que as horas extras tenham sido pagas ou exigidas no prazo próprio⁴. A observância de prazo prescricional diverso para a cobrança de horas extras e de suas incidências em outras verbas demonstra, de forma inequívoca, que os reflexos não se revestem da mesma natureza que as verbas das quais decorrem, adotando, em vez disso, a natureza jurídica das parcelas nas quais repercutem.

E não poderia ser diferente, uma vez que, se os reflexos das horas extras tivessem a mesma natureza que a contraprestação destas, se fossem parte integrante de tal parcela, seriam devidos sempre que fossem devidas horas extras. E, como é sabido, não é isso o que ocorre. Afinal, os reflexos caracterizam-se apenas como parcela que se integra à base de cálculo de outra verba, assumindo, pois, a mesma natureza desta.

Veja-se a situação do trabalhador remunerado exclusivamente à base de comissões. A média destas é utilizado, por exemplo, para aferir o valor das férias e do 13º salário. Todavia, o valor pago a título de 13º salário e férias, mesmo que apurado sobre as comissões auferidas, não

3. "FGTS. PRESCRIÇÃO. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho" (TST, súm. 362).

4. "FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE PARCELAS PRESCRITAS. A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS" (TST, súm. 206).

tem a natureza de comissões, senão de 13º salário e férias, ou de parcelas outras a cuja base de cálculo foram incorporadas aquelas.

Em suma, pois, o fato de ser utilizada determinada parcela como base de cálculo de outra verba não significa que esta seja uma extensão daquela, não passando, em vez disso, de um modo de se aferir o montante da verba que se pretendia calcular. Quando se apura o valor do FGTS incidente sobre as horas extras, não se está pretendendo quantificar o valor das horas extras, mas definir o montante do FGTS a que o trabalhador faz jus.

É também por tal razão que, se o trabalhador postulou, em ação judicial, apenas o pagamento das horas extras, com tal ato não interrompeu a prescrição em relação aos reflexos de tal parcela nas demais verbas trabalhistas e rescisórias. Do mesmo modo, se não postulou os reflexos, a sentença que os defira, nessa parte, será considerada extra petita.

3. A CARACTERIZAÇÃO DO BIS IN IDEM

Conforme já mencionado acima, o bis in idem caracteriza-se pela duplicidade de efeitos da mesma natureza a partir de determinado fato, situação em geral repelida pelo Direito. O bis in idem é invocado com maior frequência no direito penal, para afastar a dupla punição pelo mesmo fato, ou no direito tributário, para evitar a incidência de mais de um tributo a partir de um mesmo fato gerador. Isso, porém, não impede que a reiteração da conduta criminosa agrave a sanção ou, em relação ao mesmo bem, possam incidir diferentes tributos, desde que se adotem circunstâncias diversas como fatos geradores, considerando, por exemplo, a sua produção, a propriedade ou a mudança de titularidade. No direito do trabalho também é comum a invocação de tal princípio a fim de elidir a dupla sanção contratual pela mesma falta.

Não há falar, porém, em bis in idem quando se adota a mesma base de cálculo para aferir o valor de diferentes parcelas trabalhistas. Assim, no caso das horas extras habituais, tanto servem de base para o cálculo da remuneração do repouso semanal, quanto do valor do 13º salário, das férias + 1/3 e do FGTS, entre outras parcelas. Na verdade, o valor das horas extras continua sendo o mesmo, sejam elas prestadas habitualmente ou não. O que varia, no caso, é o valor das parcelas sobre as quais incidem as horas extras, em face da quantidade destas e de sua habitualidade, ou não.

Também não se pode dizer que haja ciclo vicioso, uma vez que não ocorrem, no caso, reflexos recíprocos, o que alimentaria um cálculo interminável, uma verdadeira “bola de neve”. Na situação mencionada, o valor das horas extras incide sobre a remuneração dos repouso semanais, das férias, do 13º salário e do aviso prévio, quando devidas essas parcelas, além do FGTS. Por outro lado, a remuneração do repouso semanal também repercute no valor das férias, do 13º salário e do FGTS. Tal fato, no entanto, decorre do modo de cálculo das verbas em questão, sem que haja reciprocidade de reflexos ou dupla incidência sobre a mesma verba.

Nos termos da Lei n. 605/49, a remuneração do repouso semanal corresponde ao valor de um dia de trabalho, computadas as horas extras habitualmente prestadas (art. 7º). É e natural que o valor das horas extras também se insira na base de cálculo da remuneração dos repouso, uma vez que nos dias de descanso semanal o empregado deve receber o mesmo valor percebido por um dia de efetivo trabalho. Assim, na base de cálculo da remuneração do repouso semanal, devem ser integradas todas as parcelas remuneratórias do labor prestado. Naturalmente que, em relação ao salário fixo e demais parcelas quinzenais ou mensais, já se considera incorporada a remuneração do repouso semanal. Por tal motivo, sobre as parcelas de base mensal ou quinzenal (salário fixo e adicionais de insalubridade e periculosidade, por exemplo) não haverá reflexos sobre a remuneração do repouso semanal, considerando-se que esta já se acha naturalmente abrangida pelo valor daquelas verbas.

O mesmo, porém, não ocorre em relação às parcelas decorrentes ampliação da jornada ou do aumento da produção. A ideia que permeia o sistema, no entanto, continua a

mesma: a remuneração do repouso semanal deve corresponder à remuneração de um dia de trabalho efetivo. Assim, em relação aos empregados cujo salário é calculado a partir da produção, a remuneração dos repouso semanais deve equivaler ao valor da produção de um dia de trabalho. Diante disso, ao trabalhador comissionista, além das comissões pactuadas, são devidas as incidências sobre a remuneração dos repouso semanais. Em qualquer caso, portanto, tem-se que o valor do repouso semanal deve equivaler a remuneração de um dia de trabalho.

Quanto à remuneração das férias, considerando-se que, no período de duração destas, também se incluem os domingos e feriados, tais dias não podem deixar de ser remunerados. Logo, o valor das férias, quando integrais, corresponde a trinta dias trabalho. De forma semelhante do que ocorre em relação aos descansos semanais, na base remuneratória, para fins de férias, também deve ser incluída a média de produção e, quando o trabalhador percebeu horas extras habituais durante o período aquisitivo, também a média da remuneração percebida pelo labor em sobrejornada.

Considerando que o valor da remuneração relativa aos repouso semanais integra a remuneração mensal, é evidente que deve ser observado o efetivo valor devido àquele título. Assim, se o trabalhador faz jus ao valor médio de R\$ 100,00 por dia trabalhado, o mesmo montante deve ser pago a cada dia de repouso semanal. De igual modo, não há razão adotar outra remuneração como base de cálculo das férias, respeitadas as correções salariais e observados os critérios relativos ao período aquisitivo, quando se tratar de salário variável. E a mesma ideia vale para o 13º salário.

Afora isso, se a remuneração dos repouso semanais integra a contraprestação salarial devida ao trabalhador, naturalmente também deverá ser observada para fins de cálculo dos depósitos em favor do FGTS. E idêntico procedimento deve ser observado em relação ao 13º salário e às férias + 1/3, excluída apenas, em relação a estas, quando indenizadas, as incidências de FGTS.

4. A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 394 DO TST/SDI-1

Conforme acima transcrito (item 1), o verbete jurisprudencial mencionado exclui da base de cálculo do FGTS, das férias + 1/3, do aviso prévio indenizado e do 13º salário o valor do repouso semanal resultante dos reflexos de horas extras, sob o fundamento de que haveria bis in idem.

Conforme também demonstramos anteriormente, no entanto, resta evidente o equívoco de tal argumento, uma vez que os reflexos das horas extras sobre a remuneração dos repouso semanais não têm a mesma natureza que a remuneração das horas extras, sendo, em vez disso, remuneração do descanso hebdomadário. As horas extras, no caso, servem apenas de elemento para a definição do efetivo valor devido a título de descanso remunerado.

Por outro lado, considerando que o trabalhador deve receber salários relativamente a todos os dias do mês, exceto em caso de faltas injustificadas ao trabalho, o valor da remuneração dos descansos semanais e em feriados também integra o salário mensal, tanto isso é verdade que, em relação aos empregados que recebem salário fixo mensal, já se consideram remunerados os descansos semanais (Lei n. 605/49, art. 7º, §§ 1º e 2º). Diante disso, se o valor do 13º salário, das férias e do aviso prévio corresponde a um mês ou trinta dias de salário, neste incluída a média das parcelas variáveis, naturalmente que também deverá ser integrado à base de cálculo da gratificação natalina, do descanso anual e do aviso prévio indenizado o valor relativo à remuneração dos repouso semanais. E isso de modo nenhum importa dupla incidência, uma vez que, conforme demonstrado acima, os reflexos não têm a mesma natureza que as parcelas das quais decorrem, mas, em vez disso, assumem a natureza das verbas sobre as quais incidem.

Diante disso, ao incidir sobre a remuneração dos descansos semanais, o valor das horas extras, por exemplo, não acarreta um aumento da remuneração relativa ao labor extraor-

dinário, acarretando, em vez disso, um incremento da remuneração do repouso. Outra seria a solução se o legislador excluísse a remuneração dos repouso da base de cálculo do aviso prévio, das férias + 1/3, do 13º salário ou do FGTS.

De todo modo, não se trata de extrair o mesmo efeito em duplicidade, dado que a prestação de labor habitual em sobrejornada acarreta efeitos sobre diferentes parcelas, e não apenas sobre uma única verba. E, ainda quando determinada parcela que sofre os efeitos das horas extras possa interferir na quantificação de outras verbas, não se verifica a alegada duplicidade do mesmo efeito. Afinal, o mesmo salário a partir do qual se apura o valor das horas extras, também é adotado como base de cálculo das férias, 13º salários e FGTS, por exemplo. E nem por isso se pode dizer que haveria dupla ou tripla incidência, visto que o parâmetro a ser observado, em cada caso, são as parcelas que integram a base de cálculo de cada verba trabalhista.

E a base de cálculo das férias, do 13º salário, do aviso prévio e do FGTS também é composta pela remuneração dos repouso semanais. E o fato de determinada parcela integrar a base de cálculo dos repouso semanais não significa que deva ser excluída na quantificação das demais parcelas referidas. A remuneração dos repouso semanais guarda consonância com a remuneração do trabalho. Se aumenta a remuneração do trabalho, também deve ser elevada a remuneração do descanso. Esse é o parâmetro definido pela Lei n. 605/49.

Por sua vez, o 13º salário, por exemplo, também toma por base tanto a remuneração do trabalho, quanto dos repouso semanais. Diante disso, do mesmo modo que não há bis in idem pelo fato de ser elevado o valor do 13º salário em decorrência de um reajuste salarial, isso também não ocorrerá quando o valor da gratificação natalina é alterado em decorrência do aumento do valor devido a título de remuneração do repouso semanal. Em suma, se o labor em sobrejornada produz um incremento tanto da remuneração pelo trabalho prestado quanto da remuneração do descanso, e se o 13º salário leva em conta não apenas a remuneração do trabalho efetivamente prestado, mas também a dos descansos semanais, nada mais natural que os efeitos do labor em sobrejornada sejam considerados em seu duplo aspecto (quanto à remuneração do trabalho e do descanso) também para fins de cálculo da gratificação natalina⁵. E o mesmo vale em relação às férias + 1/3, ao aviso prévio indenizado e ao FGTS. Com relação a este, aliás, basta verificar se a verba tem remuneratória, para que sua incidência seja cabível.

Não é demais repetir que o reflexo das horas extras sobre a remuneração do repouso semanal não se caracteriza como retribuição pelo labor extraordinário, senão como remuneração do descanso. E a parcela da remuneração do descanso semanal decorrente de tais reflexos tem natureza diversa das horas extras, servindo estas apenas como base para aferição do valor a ser pago pelo repouso. Assim, quando a remuneração do descanso semanal é incluída na base de cálculo das férias, do 13º salário e do aviso prévio indenizado ou do FGTS, não se está integrando nestes o valor relativo ao labor prestado em sobrejornada, mas apenas o valor correspondente à remuneração do descanso semanal. Por sua vez, ao serem incluídos na base de cálculo do FGTS, os valores relativos às férias ao 13º salário e ao aviso prévio indenizado não se caracterizam como remuneração de horas extras ou de repouso semanais, mas apenas como montantes pagos, respectivamente, a título de férias, salários trezenos e aviso prévio. Não fosse assim, sobre os reflexos das horas extras nas férias indenizadas também seriam devidos recolhimentos de FGTS. Afinal, se os reflexos mantivessem sua natureza, ao integrar a base de cálculo de outras parcelas, os reflexos das horas extras sobre as férias continuariam a ser pagamento a título de horas extras, e não de férias, como efetivamente são.

A seguir o entendimento condutor da orientação jurisprudencial 394 do TST/SDI-1, também se haveria de sustentar a ocorrência de bis in idem na incidência do FGTS sobre os reflexos das horas extras em 13º salário, férias + 1/3 e aviso prévio indenizado. Com efeito, se

5. Não é demais lembrar que a Constituição Federal, quando garantiu aos trabalhadores o 13º salário, foi expressa ao estabelecer que sua base de cálculo é a "remuneração integral" (CF, art. 7º, VIII).

já houve incidência de FGTS sobre o valor das horas extras, não se poderia novamente fazê-lo incidir sobre seus reflexos em outras verbas, sob pena de também incorrer em duplicidade. Se os reflexos das horas extras em RSR não pudessem repercutir sobre o valor do 13º salário, os reflexos das horas extras sobre o 13º salário também não poderiam acarretar a majoração do valor devido a título de FGTS. O raciocínio é exatamente o mesmo. Pela mesma razão que os reflexos das horas extras sobre a remuneração repouso semanal impediria a inclusão do valor total deste na base de cálculo do 13º salário, os reflexos das horas extras sobre a gratificação natalina também deveriam ser excluídos da base de cálculo do FGTS.

O que ocorre, na verdade, é uma verdadeira confusão de conceitos. O fato de determinadas verbas trabalhistas refletirem sobre outras é mera consequência da base de cálculo adotada. Assim, ainda que possa acarretar efeitos secundários sobre outras verbas, isso não autoriza concluir que haja bis in idem.

Para demonstrar de vez o equívoco no entendimento jurisprudencial questionado, vejamos um exemplo concreto. Suponhamos o caso de um trabalhador, com salário fixo de R\$ 1.400,00 mensais, que tenha recebido, no decorrer do período aquisitivo de férias, uma média de R\$ 300,00 mensais a título de horas extras. Digamos que tal obreiro laborava seis dias por semana, do que decorre que teria direito a R\$ 50,00 de reflexos de horas extras sobre a remuneração dos repouso semanais, elevando sua remuneração mensal para R\$ 1.750,00. No caso, a base de cálculo, das férias + 1/3 deve ser de R\$ 1.750,00, e não apenas de R\$ 1.400,00 ou R\$ 1.700,00. Note-se que a CLT é muito clara ao definir que o valor da remuneração das férias é a devida na época da concessão ou a média, para quem recebe salário variável. E o § 5º do art. 142 da CLT é também explícito ao determinar que a remuneração relativa ao trabalho extraordinário, noturno, insalubre ou perigoso também deverá ser computada no salário que servirá de base de cálculo da remuneração das férias. Assim, não há motivo para excluir a remuneração dos repouso semanais, pelo valor integral devido a tal título, da base de cálculo das férias. E o mesmo procedimento deve ser adotado em relação ao 13º salário e ao aviso prévio. Quanto a este, aliás, também é expresso o legislador ao determinar a inclusão da média das horas extras na base de cálculo, além dos salários correspondentes ao período de aviso. O empregado do exemplo acima já recebia R\$ 200,00 mensais a título de repouso semanal, juntamente com o salário fixo. Em razão das horas extras, a remuneração do repouso semanal foi elevada para R\$ 250,00 por mês. Assim, do total da remuneração mensal auferida, só R\$ 1.500,00 referia-se à contraprestação pelo labor efetivamente prestado (sendo R\$ 1.200,00 de salário fixo e R\$ 300,00 a título de horas extras). O restante do valor (R\$ 250,00) correspondia à remuneração dos repouso semanais (sendo R\$ 200,00 sobre o salário fixo e R\$ 50,00 de reflexos de horas extras).

Diante disso, no exemplo apresentado, do mesmo modo que, se não tivesse havido labor em sobrejornada, deveria ser adotado como base de cálculo das férias, do 13º salário e do FGTS o importe de R\$ 1.400,00 mensais (valor composto da remuneração pelo trabalho e repouso semanais), e não apenas R\$ 1.200,00 (isto é, excluindo-se da base de cálculo o valor dos repouso integrado ao salário mensal), se houve o acréscimo remuneratório em razão do labor extraordinário, a base de cálculo das referidas verbas, na situação exposta, deverá ser de R\$ 1.750,00, e não de apenas R\$ 1.700,00, como sustenta o TST.

Na verdade, o que fez o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a orientação jurisprudencial n. 349, foi excluir da base de cálculo do aviso prévio, do 13º salário e das férias + 1/3 parte do valor do repouso semanal remunerado, suprimindo, ainda, da base de cálculo do FGTS + 40% a mesma parte do RSR e partes do aviso prévio, das férias + 1/3 e do 13º salário.

E tal situação resta evidente quando se confronta o caso trabalhador do exemplo acima com a situação de outro empregado que é remunerado exclusivamente à base de comissões. Para tanto basta substituir o valor do salário fixo do referido trabalhador hipotético pelo valor das comissões, tomando apenas o cuidado de separar o valor decorrente do efetivo labor (R\$ 1.200,00) do valor referente à remuneração dos repouso semanais (R\$ 200,00). Se esse

segundo empregado, embora cumprindo a mesma jornada, elevasse sua produção de modo a alcançar um rendimento mensal de R\$ 1.500,00 a título de comissões, naturalmente também teria elevado o valor do repouso semanal, fazendo jus a mais R\$ 50,00 a título de reflexos das comissões em RSR. Vale dizer, em vez de receber R\$ 200,00, como ocorria anteriormente, passaria a perceber R\$ 250,00 a título de RSR. E ninguém, nem mesmo o TST, haveria de negar que a base de cálculo do 13º salário, das férias + 1/3 e do aviso prévio indenizado, neste caso, seria de R\$ 1.750,00. Por qual motivo, então, haveria de ser diferente em relação ao empregado que recebe salário mensal fixo?

Em qualquer dos casos, a remuneração do repouso semanal tem como parâmetro a média da remuneração relativa ao labor efetivamente prestado, e em nenhuma das situações há razão para excluí-la da base de cálculo das férias, do aviso prévio indenizado, do 13º salário e do FGTS. Se assim ocorre sem questionamento algum quando se trata de empregado comissionista, ou mesmo ao trabalhador com salário fixo, em relação à jornada normal, por qual razão este último obreiro, quando se ativa além da jornada legal ou contratual deveria ser discriminado? Não faz sentido instituir critérios desiguais, considerando apenas a forma de aferição do valor da remuneração. Em qualquer caso, ambos os obreiros devem receber o mesmo tratamento no que tange à parte variável de sua remuneração.

5. CONCLUSÃO

O raciocínio condutor da orientação jurisprudencial n. 394 do Colendo TST/SDI-I, merece ser corrigido, uma vez que é flagrantemente contrário ao que dispõe a lei, no que tange à base de cálculo das parcelas contratuais e rescisórias devidas ao empregado.

Considerando que a remuneração dos descansos semanais integra o salário mensal do trabalhador, não pode ser excluída do cálculo das parcelas que têm como base a remuneração mensal, como é o caso do 13º salário, das férias e do aviso prévio. Embora as duas últimas verbas, tomem por base temporal um período de trinta dias⁶, normalmente, para chegar ao valor da remuneração diária, adota-se o mês comercial, dividindo-se o salário mensal por 30.

Assim, um empregado que perceba, por exemplo, R\$ 1.500,00 mensais fixos, mais uma média de R\$ 360,00 de horas extras e R\$ 60,00 de reflexos das horas extras sobre o repouso semanal auferiria o equivalente a R\$ 64,00 por dia (de trabalho ou descanso), ou R\$ 1.920,00 mensais. Se suprimido o valor dos reflexos das horas extras sobre o descanso, sua média diária cairia para R\$ 62,00. É evidente que tal valor não reflete a média remuneratória do empregado. Por conseguinte se adotada a média de R\$ 62,00 por dia, para fins de cálculo das férias, do aviso prévio e do 13º salário, o trabalhador, só auferiria, durante as férias, o equivalente de R\$ 1.860,00 (excluído o acréscimo de 1/3), em vez de R\$ 1.920,00, montante recebido ao longo do período laborado. E o mesmo raciocínio se aplica em relação ao aviso prévio indenizado e ao 13º salário.

Resta evidente, pois, o equívoco em que se sustenta o entendimento condutor da orientação jurisprudencial n. 394 do TST/SDI-I. E a posição aqui defendida de modo nenhum atenta contra o princípio do non bis in idem, uma vez que os reflexos das horas extras incidentes sobre os repouso semanais não constituem pagamento a título de horas extras, mas remuneração do descanso. E a remuneração do descanso integra o salário mensal, conforme não deixa dúvidas a Lei n. 605/49. Assim, da mesma forma que o aumento da remuneração relativa ao trabalho efetivo repercute no valor do salário mensal para todos os fins, o valor do descanso também implica uma majoração salarial. Logo o valor real de ambos é que deve ser considerado para fins de cálculo do 13º salário, férias e aviso prévio indenizado.

Por fim, no que tange ao FGTS, sua base de incidência são todas as parcelas remunera-

⁶ Em relação ao aviso prévio, embora possa estender-se além de 30 dias (Lei n. 12.506/2011), o sistema de cálculo em nada se altera.

ratórias pagas ao trabalhador, de modo que a exclusão pretendida pela orientação jurisprudencial n. 397 do TST/SDI-I atenta contra norma legal expressa (Lei n. 8.036/90, art. 15).