



DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO – TERÇO DE FÉRIAS – PERÍODO AQUISITIVO – BASE DE CÁLCULO

Autoria:

Sidnei Di Bacco

Advogado

Quais vantagens e gratificações devem integrar a base de cálculo do décimo terceiro salário e do terço de férias?

Pode ser utilizada a média salarial do período aquisitivo?

Qual é o período aquisitivo dos benefícios?

DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO

O décimo terceiro salário (ou gratificação natalina) foi criado pela Lei 4090/1962:

Art. 1º. No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º. A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

§ 2º. A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.

§ 3º. A gratificação será proporcional:

I - na extinção dos contratos a prazo, entre estes incluídos os de safra, ainda que a relação de emprego haja findado antes de dezembro; e

II - na cessação da relação de emprego resultante da aposentadoria do trabalhador, ainda que verificada antes de dezembro.

Art. 2º. As faltas legais e justificadas ao serviço não serão deduzidas para os fins previstos no § 1º do art. 1º desta Lei.

Art. 3º. Ocorrendo rescisão, sem justa causa, do contrato de trabalho, o empregado receberá a gratificação devida nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º desta Lei, calculada sobre a remuneração do mês da rescisão.

Art. 4º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

O benefício é mencionado na Constituição Federal de 1988:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Consoante a Lei 4090/1962, cada mês de serviço ou fração igual ou superior a quinze dias de trabalho dá direito a uma gratificação que corresponde a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro.

Portanto:

PERÍODO AQUISITIVO: 1/1 a 31/12 de cada ano.

CONTAGEM: a gratificação é cumulativa e cada mês é considerado individualmente; a apuração não é por dias corridos; por exemplo, se o servidor ingressou em 16/9 e saiu em 15/11 do mesmo ano terá direito a 3/12 (setembro = 15 dias; outubro = 31 dias; novembro = 15 dias). Se a contagem fosse por dias corridos o servidor teria direito a 2/12 (15 dias de setembro + 31 dias de outubro + 15 dias de novembro = 61 dias).

BASE DE CÁLCULO: a remuneração de dezembro; o salário de outro mês será considerado apenas na hipótese de rescisão contratual (nesse caso, a base de cálculo será o estipêndio do mês da rescisão).

TERÇO DE FÉRIAS

O adicional de terço de férias foi instituído pela Constituição Federal de 1988 (por isso é chamado de "terço constitucional"):

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Assim:

BASE DE CÁLCULO: a remuneração correspondente ao período de férias.

PERÍODO AQUISITIVO: a rigor, aplica-se às férias e não ao terço constitucional, sendo este simples decorrência daquela. O direito de férias é conquistado quando o servidor completar um ano de serviço ininterrupto, o qual é chamado de "período aquisitivo". Supondo o caso hipotético de alguém que tenha sido admitido em 12/8/2000, o período aquisitivo vencerá sempre no dia 12/8 de cada ano subsequente, ou seja, 12/8/2001 (primeiras férias), 12/8/2002 (segundas férias), 12/8/2003 (terceiras férias), e assim sucessivamente. O gozo do mês de férias deverá ocorrer no período de um ano após o término do período aquisitivo, assim, as primeiras férias serão usufruídas no período de 12/8/2001 a 11/8/2002, as segundas férias no período de 12/8/02 a 11/8/2003, e as terceiras férias no período de 12/8/2003 a 11/8/2004.

DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO – TERÇO DE FÉRIAS – BASE DE CÁLCULO

O que foi dito até agora é trivial, ou seja, a base de cálculo do décimo terceiro salário e do terço de férias é, respectivamente, a remuneração de dezembro e a remuneração no período de férias. Porém, a verdadeira controvérsia é: qual o significado da terminologia "remuneração"? Trata-se do salário básico (vencimento) do cargo do servidor? Representa o vencimento do cargo acrescido das vantagens habituais? Constitui a média salarial do período aquisitivo?

A principal causa da polêmica parece ser uma norma incluída na Constituição Federal pela EC 19/1998:

Art. 37. (...)

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

Pretendeu-se abolir o chamado "efeito repicão", prática abusiva que consistia em incorporar definitivamente à remuneração do servidor uma vantagem salarial de natureza transitória e/ou utilizá-la como base de cálculo para a percepção de vantagens subsequentes.

Se esse raciocínio for utilizado, é forçoso reconhecer que se deve entender como "remuneração" para a apuração do décimo terceiro salário e do terço de férias apenas o vencimento básico do cargo e as vantagens permanentes (por exemplo, o adicional de tempo de serviço). Não poderia ser computada nenhuma vantagem de caráter precário, ainda que paga rotineiramente.

Todavia, esse entendimento não parece o mais acertado. O exame da legislação específica demonstra que a apuração dos benefícios deve ser feita com fundamento na "remuneração usual" do servidor.

Quanto ao DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, a leitura da Lei 4090/1962 é pouco esclarecedora, pois a expressão "remuneração" é empregada laconicamente, sem explicações adicionais. No entanto, a Constituição Federal de 1988 elucida a dúvida:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

A locução "remuneração integral" (art. 7º, inciso VIII) é, obviamente, bastante sugestiva, dispensando maiores comentários.

A legislação é mais profícua quanto ao TERÇO DE FÉRIAS:

Constituição Federal:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Decreto-Lei 5452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho):

Art. 129. Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração.

§ 1º. Quando o salário for pago por hora com jornadas variáveis, apurar-se-á a média do período aquisitivo, aplicando-se o valor do salário na data da concessão das férias.

§ 2º. Quando o salário for pago por tarefa tomar-se-á por base a média da produção no período aquisitivo do direito a férias, aplicando-se o valor da remuneração da tarefa na data da concessão das férias.

§ 3º. Quando o salário for pago por percentagem, comissão ou viagem, apurar-se-á a média percebida pelo empregado nos 12 (doze) meses que precederem à concessão das férias.

§ 4º. A parte do salário paga em utilidades será computada de acordo com a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

§ 5º. Os adicionais por trabalho extraordinário, noturno, insalubre ou perigoso serão computados no salário que servirá de base ao cálculo da remuneração das férias.

§ 6º. Se, no momento das férias, o empregado não estiver percebendo o mesmo adicional do período aquisitivo, ou quando o valor deste não tiver sido uniforme será computada a média duodecimal recebida naquele período, após a atualização das importâncias pagas, mediante incidência dos percentuais dos reajustamentos salariais supervenientes.

Art. 142, "caput". O empregado perceberá, durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data da sua concessão.

A Constituição Federal estabelece o "salário normal" como base de cálculo do benefício (art. 7º, inciso XVII). A CLT prevê expressamente que "os adicionais por trabalho extraordinário, noturno, insalubre ou perigoso serão computados no salário que servirá de base ao cálculo da remuneração das férias" (art. 129, § 5º). Daí a insistência do legislador celetário na utilização de médias salariais (art. 129, §§ 1º, 2º, 3º e 6º). [1]

Se a própria Constituição Federal autorizou o uso da "remuneração integral" e do "salário normal" para o cálculo do décimo terceiro salário e do terço de férias, respectivamente, é lícito supor que não se lhes aplica a proibição constitucional do efeito cascata (art. 37, inciso XIV). Em outras palavras, o conflito normativo



é apenas aparente, tratando-se corretamente do que o STF denomina de "impertinência temática".

REMUNERAÇÃO HABITUAL – APURAÇÃO

Como obter o valor da remuneração habitual do servidor?
Há duas possibilidades:

a) a mais fácil e, provavelmente, a mais utilizada, é simplesmente apurar o valor da remuneração no período de férias (no caso do terço constitucional) ou no mês de dezembro (no caso da gratificação de natal); para isso, o vencimento do cargo (salário básico) é somado com as vantagens permanentes e as vantagens habituais incidentes no mês em questão;

b) a mais complexa, porém, possivelmente a mais justa, é calcular a média salarial nos doze meses anteriores (no caso do terço de férias) ou desde primeiro de janeiro (na hipótese do décimo terceiro salário); nesse caso, as remunerações mensais são somadas e divide-se o resultado pelo número correspondente de meses ou fração.

Na hipótese "b", e especificamente no caso das férias, não se trata de apurar a média salarial do período aquisitivo. O período aquisitivo de férias nem sempre é o lapso de doze meses anterior à fruição do benefício, pois o gozo das férias pode ocorrer em qualquer ocasião dentro de um ano após o término do período aquisitivo. A média salarial somente refletirá a remuneração habitual do servidor se forem considerados os doze salários anteriores ao gozo do benefício.

Não obstante certa resistência observada nos departamentos de pessoal quanto à utilização de medianas, deve-se compreender que essa prática não encontra óbice legal. Ao contrário, o expediente é previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 129, §§ 1º, 2º, 3º e 6º) e recomendado pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

SUM-45 SERVIÇO SUPLEMENTAR (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação natalina prevista na Lei nº 4.090, de 13.07.1962.

Histórico:

Redação original - RA 41/1973, DJ 14.06.1973

Nº 45 A remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação natalina prevista na Lei nº 4.090 de 1962.

SUM-60 ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 6 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. (ex-Súmula nº 60 - RA 105/1974, DJ 24.10.1974)

II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. (ex-OJ nº 6 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

Histórico:

Súmula mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Redação original - RA 105/1974, DJ 24.10.1974

Nº 60 Adicional noturno

O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos.

SUM-347 HORAS EXTRAS HABITUAIS. APURAÇÃO. MÉDIA FÍSICA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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.

Histórico: Súmula A-104

Redação original - Res. 57/1996, DJ 28.06, 03, 04 e 05.07.1996

Nº 347 Horas extras habituais. Apuração. Média.

O cálculo do valor das horas extras habituais, para efeito de reflexos em verbas trabalhistas, observará o número das horas efetivamente prestadas e sobre ele aplica-se o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas.

Os servidores costumam defender incondicionalmente a utilização de medianas, todavia, essa sistemática nem sempre lhes é vantajosa. No magistério, são comuns os casos de exercício de segundo turno e de substituição de professores licenciados. Se acontecer de essa prestação de serviço extraordinário cessar precisamente às vésperas das férias ou de dezembro, o servidor será prejudicado se o departamento de pessoal optar por apurar o terço constitucional e a gratificação de natal, respectivamente, com base na remuneração do mês de férias e do mês de dezembro, porque não serão computados os acréscimos salariais ocorridos nos meses antecedentes. Nesse caso, o emprego de medianas é vantajoso ao servidor. No entanto, a conquista de uma promoção, gratificação, adicional ou cargo comissionado às vésperas das férias ou de dezembro refletirá muito pouco no terço constitucional e na gratificação de natal se o departamento de pessoal empregar a média



dos últimos salários. Nesse caso, o emprego de medianas é desvantajoso ao servidor.

Compete ao departamento de pessoal eleger o critério de apuração do terço constitucional e da gratificação de férias – remuneração do mês de férias/mês de dezembro ou remuneração média do período. Deverão ser sopesadas as vantagens e desvantagens de cada sistemática. Apenas uma deverá ser utilizada, evitando-se casuísmos.

Por fim, o método que vier a ser adotado valerá também para a apuração de outras verbas, por exemplo, abono de férias e salário maternidade.

NOTA:

[1] A CLT trata apenas da remuneração do empregado no período de férias. Não faz referência ao décimo terceiro salário e nem ao terço de férias.