

PARECERES NORMATIVOS

Parecer Normativo nº 32/88, de Giuseppe Bonelli

Décimo Terceiro salário assegurado aos servidores públicos, indistintamente, pela C.F. em vigor. Pagamento com base na remuneração integral no mês de dezembro do ano a que se refere.

Versa o presente uma das matérias focalizadas na consulta formulada a esta PGE pela nobre Titular da Pasta de Administração do Estado, Procuradora LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES, precisamente o exame do reflexo da aplicabilidade, aos servidores civis e militares do Estado do Rio, do direito assegurado aos trabalhadores urbanos e rurais pelo artigo 7.º inciso VIII da Constituição Federal em vigor, quanto a caber-lhes o décimo terceiro salário — art. 39 § 2.º, art. 42 § 11 — antes só deferível a servidores que fossem regenciados pela Consolidação das Leis do Trabalho, — isto por força da Lei n.º 4.090, de 13/7/63, com alterações introduzidas pela Lei n.º 7.749, de 12/8/65 e regulamento baixado pelo Decreto n.º 57.155, de 3/11/65.

Até a promulgação do excelso Diploma a 05 de outubro deste ano, vinha sendo assegurado pela Lei Estadual n.º 862, de 5/7/85, aos servidores subordinados ao regime estatutário da Administração direta e autárquica, “uma gratificação de natal denominada 13.º vencimento, correspondente a 1/12 (um doze avos) do respectivo vencimento, por mês de efetivo exercício, arredondada para mais a fração”, na regra do seu artigo 1.º, excluindo-se do seu valor vantagens e parcela de direito pessoal, além de limitada ao vencimento-base atribuído aos cargos de referência 57, na disciplina do § 1.º do mesmo citado artigo, reservado aos integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros a correspondência ao soldo do respectivo posto ou graduação — § 2.º — sem embargo do limite do § 1.º.

Furtar-me-ei de focalizar os demais regramentos da aludida Lei Estadual, por desinteressar ao objetivo deste parecer.

Por via da citada legislação federal relativa ao décimo terceiro salário, que vem de ser recebida pela magna Carta, os servidores da Administração direta e autárquica regidos pelo Estatuto do Obreiro, portanto excluídos não só os funcionários estaduais, mas também os regidos por legislação especial autorizada pelo artigo 106 da Emenda Constitucional n.º 1 revogada e artigo 99 da Carta Política do Estado, como é o caso da Lei n.º 239, de 07/04/79, faziam jus a uma gratificação correspondente a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço do ano correspondente, razão por que o Legislador Estadual foi levado, por equanimidade, a restringir o salário dos servidores beneficiários a 90% do vencimento do funcionário que lhe corresponde em função no Serviço Público, na conformidade do Decreto “N” n.º 1.029 (ex-GB), de 19/3/68, resguardado pelo artigo 2.º, III, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 1, de 15/3/75 e artigo 229 da Constituição do Estado do Rio.

Dúvidas contemporâneas à vigência da questionada legislação federal, no que concerne ao que se deveria ter por remuneração, no mês de dezembro para o cálculo da gratificação em tela, denominada de "gratificação de Natal" pelo Diploma que a instituiu, foram dissipadas por torrencial orientação jurisprudencial que veio a ser sumulada por inúmeros Enunciados do Augusto Tribunal Superior do Trabalho e agora pela "lex legum": remuneração integral.

Resulta da definição da base do cálculo do décimo terceiro salário estabelecida constitucionalmente, que não mais especular-se-á a respeito do alcance da norma do artigo 457 ou mesmo 458, da CLT, quanto ao que se deva ter por remuneração do empregado, por consideração das verbas somadas ao salário estabelecido contratualmente e assim se tem por removidas as dificuldades a tal propósito, como de resto já se tinha na preleção de MOZART VICTOR RUSSOMANO in *Comentários à CLT*, 10ª Edição, 1983, p. 453, *verbis*:

"A tendência da doutrina e da jurisprudência é tomar a expressão "salário de dezembro" no sentido mais lato possível.

É por isso que se entende que as horas extras habituais integram o cálculo da gratificação natalina (Súmula n.º 45) e que, igualmente, as gratificações contratadas se refletem, na base de um duodécimo, no pagamento do "décimo terceiro salário" (Súmula n.º 78)."

Temos então que, para efeito do cálculo do décimo terceiro salário do servidor estadual, tomar-se-á por base o somatório dos valores de todas as rubricas especificadas no seu contracheque, vale dizer, o montante da remuneração do mês de dezembro, seja ele civil, militar, ou mesmo subordinado a regime jurídico especial, correspondendo esse salário a 1/12 avos da remuneração integral, por mês de serviço do ano correspondente, tida a fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho, como mês completo, para o efeito da apuração dos meses efetivamente trabalhados.

No que refere ao disposto pelo artigo 2º da Lei n.º 4.749, acima referida, quanto ao empregador estar obrigado a adiantar o pagamento da "gratificação de Natal", entendo que nesse ponto a C.F. não recebeu a regra, de vez que, indubitavelmente, veio assegurar o pagamento de uma verba de caráter salarial no mês de dezembro e não "gratificação" e assim tão-somente norma ordinária específica (art. 22, I, C.F.) poderá vir a constituir forma de pagamento diferenciada, desde que, é óbvio, conveniente ao trabalhador.

Na verdade, o legislador Constituinte restaurou a finalidade visada pela Lei que instituiu a "gratificação" (4.090), ensinamento que também se colhe na cátedra de MOZART VICTOR RUSSOMANO à pág. 455 da obra citada:

"Todo o exposto evidencia que a Lei n.º 4.090, embora mantendo o valor da gratificação natalina, facilitou ao empregador o seu pagamento e, dessa maneira, deturpou a verdadeira finalidade social da gratificação, atingindo, profundamente, seu antigo caráter natalino. O melhor testemunho a propósito foi dado pelo Senador LUIS VIANNA, em sua biografia do Presidente CASTELLO BRANCO, quando registra que a antecipação do pagamento do "décimo terceiro salário" foi uma reivindicação dos empresários, que o Presidente da República condicionou ao pronunciamento dos trabalhadores, cabendo ao Ministro ARNALDO SUSSEKIND, então titular da Pasta do Trabalho, coordenar a manifestação das confederações de empregados no sentido das reivindicações patronais." (o grifo é do autor)

É de destacar-se, neste lanço, que somente "as faltas legais e justificadas ao serviço não serão deduzidas" para fins do cálculo mencionado — art. 2º, Lei n.º 4.090 — o que importa em serem levadas em conta tão somente as previstas pelo Capítulo III do Título V do Regulamento do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo; Estatuto da Polícia Militar, Decreto-Lei n.º 218, de 18/7/75; Estatuto do Corpo de Bombeiros, Lei n.º 880, de 25/7/85; Estatuto da Polícia Civil, Lei n.º 443, de 1/7/81; e, art. 5º da Lei n.º 239, citada.

Diferirá o cálculo do décimo terceiro salário relativo a este ano de 1988 por consideração da vigência das normas da Lei Estadual n.º 862, antes citada, até a promulgação da Constituição federal e assim observar-se-á a proporcionalidade *pro rata tempore* de 9/12 avos calculados sob o regime estatutário estadual daquela Lei e 3/12 avos com base na remuneração integral de dezembro, pela incidência do regime constitucional federal, instituído pela Carta de 5/10/88.

Dúvida jurídica poderia assentar no hipotético retroatamento do regime constitucional federal para alcançar os duodécimos vencidos antes de 5 de outubro de 1988.

É de entender-se que isso não se dá, pois a Carta não determinou, como poderia, que se aplicasse esse, como outros direitos e garantias fundamentais, com efeito regressivo. Ao contrário, visando a uma transição prudente e segura, sob o princípio da continuidade da legislação, o Constituinte de 1988 enfatizou o que, mesmo que não o declarasse, ter-se-ia por implícito: que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (art. 5º, § 1º).

E mais, que a *mens legis* desse dispositivo não foi essa desnecessária ênfase da imediata incidência das regras jurídicas referidas, mas evitar dúvidas quanto à desnecessidade de legislação infraconstitucional para dar-lhes exequibilidade, ao contrário da regra do art. 24 das disposições transitórias do elevado Diploma.

Assim, o artigo 7º, VIII, combinado com o art. 39, § 2º e 42, § 11,

que estenderam o décimo terceiro salário aos servidores públicos civis e militares deste Estado, se aplica *imediatamente*, o que não é sinônimo de *retroativamente*.

Para esse entendimento, a lição de PONTES DE MIRANDA, ao examinar, precisamente, o princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais, no estudo de direito intertemporal constitucional que fez nos seus "*Comentários à Constituição de 1967*":

"É princípio básico o princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais, salvo se a própria Constituição protraí a incidência de alguma ou de algumas das suas regras jurídicas, ou se a retrotraí. Quando se diz que as novas Constituições incidem imediatamente e há, aí, princípio inegável, de modo nenhum se enuncia que as novas Constituições têm retroatividade e o princípio do respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos não exista para as Constituições. O que acontece é que à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, explícita ou implicitamente, o princípio do respeito ao que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive de Constituição."
(Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, Tomo VI, p. 385).

Parece, pois, justificada a combinação das regras incidentes sobre a gratificação natalina, ora denominada *décimo terceiro salário*, na proporcionalidade de 9/12 avos, calculados na forma do regime estadual vigente até 5 de outubro de 1988, e de 3/12 avos, na forma do regime atual, que revogou, por ser com aquele incompatível.

SUB CENSURA

Rio de Janeiro, 07 de novembro de 1988.

Giuseppe Bonelli
Procurador do Estado

EXMO. SR. PROCURADOR GERAL:

Manifestamos sucintamente, em razão da urgência, nossa concordância em relação ao douto Parecer do fls. 02 a 08, da lavra do eminente Procurador, Dr. GIUSEPPE BONELLI, a cujo teor nada temos a acrescentar, salvo em reforço de suas exatas e jurídicas conclusões.

O décimo terceiro salário, tal como o instituíram a Lei Federal n.º 4.090, de 1962 e a Lei Estadual n.º 862, de 1985 (para o funcionário público estadual) traduz direito que se forma fracionariamente, ou seja, a cada mês corresponde 1/12 avos. Tal se verifica para o fim de enfrentar as admissões e dispensas ocorridas no transcurso do exercício.

Parece-nos que uma coisa é a aquisição do direito. Outra, inteiramente diversa, reside no momento assinalado para o cumprimento da obrigação, ou seja, o pagamento a ele (direito) correspondente.

Não há dúvida sobre o caráter *autônomo de cada fato periódico* (decorso de um mês) na formação do correspondente direito a 1/12 avos do décimo terceiro salário, tanto assim que o *adiantamento da gratificação natalina*, ou a dispensa do empregado afastam o *critério de pagamento* que a lei reputa normal. Considera-se o direito formado fracionariamente, mês a mês.

Ora, até o advento da Constituição em vigor, o direito ao décimo terceiro salário para o funcionário público estadual formou-se *por avos* sob o regime (estatutário) da Lei Estadual n.º 862, de 1985, o que equivale a dizer sob as bases de cálculo que tal diploma instituíra.

Certo é que a norma constitucional que estendeu o décimo terceiro salário celetista ao pessoal estatutário tem vigência *imediate*. Mas não é de boa técnica que se dê retroeficácia à norma constitucional, o que sucederia caso fosse ele incidente sobre os fatos pretéritos, periódicos e atomizados com que se forma o direito ao décimo terceiro salário, igualmente para o funcionário público estadual.

Logo, parece-nos curial que a Constituição só passou a incidir sobre os avos que se formaram a partir de sua vigência, motivo pelo qual endossamos o douto Parecer adrede referido.

SUB CENSURA

Rio de Janeiro, 01 de dezembro de 1988.

Renato Freitas Ramos
Procurador do Estado

VISTO. De acordo.

Ao Gabinete Civil, à superior consideração do Excelentíssimo Senhor Governador, inclusive sugerindo seja conferido caráter normativo aos pareceres mencionados acima, na forma da Lei Complementar n.º 15, de 25.11.80, artigo 6.º, Inciso XXV.

Rio de Janeiro, 2 de dezembro de 1988.

José Eduardo Santos Neves
Procurador-Geral do Estado

Proc. n.º E-14/35.376/88

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (41), 1989