

4. Artigo

OJ-SDI 394 – O EQUÍVOCO - A INEXISTÊNCIA DA FIGURA DO “BIS IN IDEM”, NO PRESENTE CASO

Torquato Charão dos Santos*

I - Introdução

Trata-se de analisar a decisão emanada do C. TST ao editar a Orientação Jurisprudencial 394, definindo o entendimento daquela Corte de que o acréscimo remuneratório pela inclusão dos reflexos das horas extras em repouso no cálculo da Gratificação Natalina, das Férias e do Aviso Prévio implica na repetição de um mesmo pagamento.

Objetiva-se provar, a partir do embasamento legal e de forma matemática, que a interpretação dada pelo órgão colegiado à matéria não se sustenta e é contraditória aos demais cálculos previstos no contrato de trabalho.

A conceituação do “Bis In Idem”, segundo o Dicionário Jurídico de Cristóvão Piragibe, vem a ser: “*Dualidade, repetição, realização de dois atos a propósito da mesma coisa; ex.: a aplicação de duas penalidades em épocas diferentes a um empregado,*”.

Na situação ora em estudo, conforme o C. TST, tratar-se-ia da ocorrência de duplo pagamento sob o mesmo título, isto é, estaria se efetuando o pagamento do reflexo das horas extras nos repouso remunerados de forma repetida ao incluir-se esse reflexo no cálculo das demais parcelas, fato que em verdade não se verifica.

II - A legislação

O embasamento legal para o cálculo das férias, do aviso prévio e da gratificação natalina provém da legislação a seguir transcrita.

*Art. 142 da CLT. O empregado perceberá, durante as férias, **a remuneração** que lhe for devida na data da sua concessão. (grifei)*

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.

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

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

* Contador – CRCRS 27121. Assessoria em Ações Judiciais Trabalhistas.

Aqui, a primeira observação:

A lei em momento algum limita o cálculo aos dias úteis trabalhados e percebidos pelo empregado, assim como não faz qualquer registro de que se exclua os valores salariais correspondentes aos repousos remunerados, sejam as 7,33 horas de repouso ordinárias devidas ou qualquer hora extraordinária havida a título de reflexo. Então, o que efetivamente importa para o cálculo é o total da remuneração havida no período (dias úteis + dias de repouso).

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

...

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

A segunda observação que se impõe:

A própria Carta Magna ressalta que o pagamento é devido " **com base na remuneração integral**", sendo plausível concluir que a exclusão de parte da remuneração havida (reflexos de extras nos repousos remunerados) ao efetuar-se o cálculo da parcela **é inconstitucional**, portanto, não é possível afastar do cálculo da gratificação natalina, para obter-se a remuneração integral, o reflexo das horas extras nos repousos remunerados.

Art. 7, XXI da Constituição Federal. (...) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

Art. 477 da CLT (...) o direito de haver do empregador uma indenização paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

Art. 478 da CLT. A indenização devida (...) será de um mês de remuneração (...).

A terceira observação a ser feita:

O aviso prévio mínimo tem de ser de 30 dias e terá por base a maior remuneração. Esses dois dispositivos combinados entre si, quais sejam, previsão Constitucional e condição prevista na lei ordinária, remetem à conclusão, sem margem de dúvidas, de que o Aviso Prévio deverá ser pago com base na maior remuneração havida e deverá ser equivalente a trinta dias, vale dizer, toda a remuneração percebida nos dias de repouso remunerado (normal ou extra) deverá ser computada, tornando-se inquestionável a hipótese de exclusão do reflexo das horas extras nos repousos.

Merece ser ressaltado que várias decisões em nível de primeira instância e mesmo no âmbito do E. TRT/4 são no sentido de que se torna desnecessário até o comando sentencial expresso para que tais cálculos considerem o reflexo das horas nos repousos, sob argumento de

que a remuneração devida é aquela percebida nos trinta dias do mês, independente do título que tomarem, por decorrência de previsão específica na lei ordinária.

Por seu turno, o art. 10 do Decreto 27.048/1949, já rezava: "**A remuneração dos dias de repouso obrigatório, tanto o do repouso semanal como aqueles correspondentes aos feriados, integrará o salário para todos os efeitos legais e com ele deverá ser paga.**

À época, as horas extraordinárias não deveriam ser computadas no cálculo, situação que se tornou modificada no decurso do tempo, como mostra o Enunciado 172 do C. TST (ex-prejulgado 52): " *Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas.*

O resumo legislativo até aqui transcrito, examinado e adotado de forma conjunta, indicamos o norte a ser perseguido no momento da transposição dos dispositivos sentenciais para a execução e sua liquidação em termos financeiros, ainda que o pedido seja inespecífico e que a própria fundamentação não tenha explicitado em pormenores os critérios de cálculo a ser praticados, salvo nos casos em que o título executivo disponha em contrário.

III - A analogia e o tratamento equânime

Importante breve digressão para que se observem os diversos tipos de pagamentos mensais, com inclusão dos repousos.

1. O salário ordinário que será base para cálculo das férias, da gratificação natalina e do aviso prévio, seja por hora, dia ou mês, sempre estará representado pelos valores devidos nos dias úteis e nos dias de repouso remunerado, perfazendo a soma dos trinta dias.

2. O mesmo ocorre com todas as pagas de natureza mensal, como os Adicionais de Insalubridade e de Periculosidade, por exemplo.

3. Se o empregado for comissionista ou tarefeiro, logo, com remuneração variável, as 220:00 horas legais mensais a que tem direito serão apuradas pela soma das comissões obtidas nas horas trabalhadas na semana, mais a repercussão destas nos repousos remunerados.

Acaso ultrapasse as horas legais, sobre o número de horas em trabalho extra será acrescido o respectivo adicional e estes integrarão os repousos, totalizando a remuneração do mês, cujo somatório, horas normais + repousos, ou horas normais + horas extras + mais repousos, formarão a base sobre a qual se calculará a média anual para fixação dos valores das férias, das natalinas e do aviso prévio.

IV - Demonstrativos dos cálculos corretos

a) empregado mensalista com salário fixo

Mês	Rubrica	No. Horas	Dias Úteis	Rep. Rem	Total
Jan/11	Ordenado mensal	161,33/58,67	1.613,30	586,70	2.200,00
	Adic. periculosidade		483,99	176,01	660,00
	Horas extras 50	15,00	292,50		
	Horas extras 80	2,00	46,80		
	Integração extras			123,39	462,69
	Soma				3.322,69



◀ volta ao índice
▲ volta ao sumário

:: Ano IX | Número 158 | Julho de 2013 ::

Fev/11	Ordenado mensal	183,33/36,67	1.833,30	366,70	2.200,00
	Adic. periculosidade		544,99	115,01	660,00
	Horas extras 50	10,00	195,00		
	Horas extras 80	3,00	70,20		
	Integração extras			53,05	318,25
	Soma				3.178,25
Mar/11	Ordenado mensal	183,33/36,67	1.833,30	366,70	2.200,00
	Adic. periculosidade		544,99	115,01	660,00
	Horas extras 50	20,00	390,00		
	Horas extras 80	6,00	140,40		
	Integração extras			106,10	636,50
	Soma				3.496,50
Abr/11	Ordenado mensal	176,00/44,00	1.760,00	440,00	2.200,00
	Adic. periculosidade		528,00	132,00	660,00
	Horas extras 50		0,00		
	Horas extras 80		0,00		
	Integração extras			0,00	
	Soma				2.860,00
Mai/11	Ordenado mensal	183,33/36,67	1.833,30	366,70	2.200,00
	Adic. periculosidade		544,99	115,01	660,00
	Horas extras 50	10,00	195,00		
	Horas extras 80	3,00	70,20		
	Integração extras			53,05	318,25
	Soma				3.178,25
Jun/11	Ordenado mensal	183,33/36,67	1.833,30	366,70	2.200,00
	Adic. periculosidade		544,99	115,01	660,00
	Horas extras 50	20,00	390,00		
	Horas extras 80	6,00	140,40		
	Integração extras			106,10	636,50
	Soma				3.496,50
Jul/11	Ordenado mensal	183,33/36,67	1.833,30	366,70	2.200,00
	Adic. periculosidade		544,99	115,01	660,00
	Horas extras 50	10,00	195,00		
	Horas extras 80	3,00	70,20		
	Integração extras			53,05	318,25
	Soma				3.178,25
Ago/11	Ordenado mensal	190,67/29,33	1.906,70	293,30	2.200,00
	Adic. periculosidade		572,00	88,00	660,00
	Horas extras 50		0,00		
	Horas extras 80		0,00		
	Integração extras			0,00	
	Soma				2.860,00
Set/11	Ordenado mensal	176,00/44,00	1.760,00	440,00	2.200,00
	Adic. periculosidade		528,00	132,00	660,00
	Horas extras 50	15,00	292,50		
	Horas extras 80	10,00	234,00		
	Integração extras			131,62	

	Soma				3.518,12
Out/11	Ordenado mensal	176,00/44,00	1.760,00	440,00	2.200,00
	Adic. periculosidade		528,00	132,00	660,00
	Horas extras 50		0,00		
	Horas extras 80		0,00		
	Integração extras			0,00	
	Soma				2.860,00
Nov/11	Ordenado mensal	176,00/44,00	1.760,00	440,00	2.200,00
	Adic. periculosidade		528,00	132,00	660,00
	Horas extras 50	5,00	97,50		
	Horas extras 80	1,00	23,40		
	Integração extras			30,22	
	Soma				3.011,12
Dez/11	Ordenado mensal	190,67/29,33	1.906,70	293,30	2.200,00
	Adic. periculosidade		572,00	88,00	660,00
	Horas extras 50		0,00		
	Horas extras 80		0,00		
	Integração extras			0,00	
	Soma				2.860,00

Para facilitar a compreensão foram tomados os seguintes parâmetros:

Admissão em 2-1-2011 com aviso prévio de 30 dias em 31-12-2011.

Salário mensal de R\$ 2.200,00 + Adic. Periculosidade de R\$ 660,00, sem variação em todo o período.

Horas extras diurnas com 50% e Horas extras noturnas com 80%.

Como os salários mantiveram-se fixos nos doze meses precedentes, desnecessária a apuração da média física das horas extras, bastando o somatório dos totais mensais e a divisão por 12 meses para que se obtenha a maior remuneração.

Então: **3.322,69 + 3.178,25 + 3.496,50 + 2.860,00 + 3.178,25 + 3.496,50 + 3.178,25 + 2.860,00 + 3.518,12 + 2.860,00 + 3.011,12 + 2.860,00 = 37.819,68 : 12 = 3.151,64**

Onde:

Aviso prévio =	3.151,64
Gratificação Natalina 2011 =	3.151,64
Gratificação Natalina s/Av. Prévio = 3.151,64 x 1/12 =	262,64
Férias Vencidas = 3.151,64 + 1/3 =	4.202,19
Férias Proporcionais = 4.202,19 x 1/12 =	350,18

Por outro lado, se optarmos pela apuração da média física das horas extras, utilizando também a média das horas de dias úteis e das horas de repouso remunerado para efeito de **integração das extras nos repouso**, o resultado deverá ser o mesmo, como se observa:

Salário mensal	2.200,00
Adicional Periculosidade	<u>660,00</u>

	2.860,00
Média de extras a 50%: 105,00 h. : 12 = 8,75 h. x R\$ 13,00 x 1,50 =	170,62
Média de extras a 80%: 34,00 h. : 12 = 2,83 h. x R\$ 13,00 x 1,80 =	66,30
Integração de extras em repousos: 236,92 x 41,25/178,75 =	54,67
Maior remuneração	<u>3.151,59</u>

b) Empregado remunerado à base de comissões

Mês	Rubrica	No. Horas	Dias Úteis	Rep. Rem	Total
Jan/11		161,33/58,67			
	Comissões		1.483,99		
	Integr. repousos			539,67	2.023,66
Fev/11		183,33/36,67			
	Comissões		1.544,99		
	Integr. repousos			309,03	1.854,02
Mar/11		183,33/36,67			
	Comissões		1.833,30		
	Integr. repousos			366,70	2.200,00
Abr/11		176,00/44,00			
	Comissões		2.051,00		
	Integr. repousos			512,75	2.563,75
Mai/11		183,33/36,67			
	Comissões		1.910,00		
	Integr. repousos			382,04	2.292,04
Jun/11		183,33/36,67			
	Comissões		2.357,00		
	Integr. repousos			471,45	2.828,45
Jul/11		183,33/36,67			
	Comissões		1.835,00		
	Integr. repousos			367,04	2.202,04
Ago/11		190,67/29,33			
	Comissões		1.992,00		
	Integr. repousos			306,42	2.298,42
Set/11		176,00/44,00			
	Comissões		2.027,00		
	Integr.			506,75	2.533,75

	repousos				
Out/11		176,00/44,00			
	Comissões		2.119,00		
	Integr. repousos			529,75	2.648,75
Nov/11		176,00/44,00			
	Comissões		2.653,00		
	Integr. repousos			663,25	3.316,25
Dez/11		190,67/29,33			
	Comissões		3.896,00		
	Integr. repousos			599,31	4.495,31
Soma			25.702,28	5.554,16	31.256,44

Média das comissões (dias trabalhados) = $25.702,28 : 12 = 2.141,86$
Média integração em repousos = $5.554,16 : 12 = 462,84$
Média remuneratória = $2.604,70$

O valor acima apontado, **comissões + integração em repousos**, será a base de cálculo para a Gratificação Natalina, as Férias e o Aviso Prévio, ou seja, o reflexo das comissões nos repousos remunerados **repercute** no cálculo das parcelas.

V - Conclusão

Os dois exemplos matemáticos acima expostos permitem constatar:

1. Que não há ocorrência de duplo pagamento sob um mesmo título ao calcular-se as Férias, as Natalinas e o Aviso Prévio, quando se considera a média das horas extras trabalhadas mais o seu reflexo nos repousos remunerados, porque as horas extras em si (coluna 4) representam tão somente os dias trabalhados. As integrações (coluna 5), por consequência, representam os dias de repouso e a soma de ambas completam os trinta dias do mês.

Portanto, pode-se afirmar com toda a segurança que inexistente a figura do *BIS IN IDEM*.

2. Que o critério de apuração das Férias, das Natalinas e do Aviso Prévio devidas ao trabalhador comissionado, para que venha a ser computada a remuneração integral do mês, exige que se efetue a soma das comissões havidas nos dias de trabalho com seu reflexo nos repousos (colunas 4 e 5 do segundo exemplo).

Que não há ocorrência de duplo pagamento ou *BIS IN IDEM*.

Que, **por analogia** ao cálculo adotado para os comissionados, as horas extras e seu reflexo nos repousos (primeiro exemplo) repercutem na apuração das Férias, Natalinas e Aviso Prévio.

3. Que, aglutinando-se os dois exemplos acima em uma única situação, qual seja trabalhador comissionado que fizesse horas extras, haveria contradição nos critérios de cálculo das Férias,

Natalinas e Aviso Prévio, se fosse considerado o reflexo nos repousos correspondente às comissões e se não fosse considerado esse mesmo reflexo no que diz respeito às horas extras.

VI - Adendo

Por último, faz-se necessário um registro especial para o trabalho extra verificado em dia de repouso e sua repercussão no repouso remunerado, sobre o qual se identificam inúmeras decisões em todas as instâncias do Judiciário Trabalhista negando o direito da integração da hora extra no repouso, sob argumento de que esse repouso já estaria remunerado no salário mensal e que o reflexo da hora trabalhada no mesmo dia do repouso representaria *BIS IN IDEM*.

Nada mais equivocado.

Traduzindo-se em números a questão é muito simples, como veremos.

A jornada legal mensal é de 220:00 horas, o que corresponde a 7:20 (7,33) horas por dia, isto é, o empregado tem direito a receber 7,33 horas **sem trabalhar** para cada dia de repouso/feriado no mês.

O direito ao repouso semanal remunerado estabelece que para cada seis dias de efetivo trabalho, no limite de 44:00 h., é devido um repouso de 7,33 horas, que representa 1/6 de 44,00 horas.

De outro lado, todo trabalho prestado além de 44:00 horas na semana, mesmo que ocorra no dia de repouso, é devido como extra e **sobre a totalidade das horas extras laboradas**, seja em dia útil ou no dia do repouso, o empregado faz jus ao reflexo na paga do repouso remunerado, à razão de 1/6.

Exemplo:

Supondo mês de 25 dias úteis, 5 dias de repouso, trabalho extra em apenas uma semana com salário de R\$ 5,00 por hora e R\$ 1.100,00 mensais, e adicionais de 50% nos dias úteis e 100% aos domingos.

Dia	Seg	Ter	Qua	Qui	Sex	Sab	Dom
Jornada normal	7,33	7,33	7,33	7,33	7,33	7,33	
No. de Horas Extras	2,00	1,00	3,00	2,50	1,50	1,00	6,00

Horas normais de trabalho = 25 d x 7,3333 =	183,33 h x R\$ 5,00 =	916,65
Horas normais de repouso = 5 d x 7,3333 =	36,67 h x R\$ 5,00 =	<u>183,35</u>
Salário fixo mensal	220,00 h	1.100,00
HE 50% = 11,00h x R\$ 5,00 x 1,50 =		82,50
HE 100% = 6,00h x R\$ 5,00 x 2,00 =		<u>60,00</u>
		142,50
Integração extras em repousos = 1/6 x 142,50 =	<u>23,75</u>	<u>166,25</u>
Remuneração devida no mês		1.266,25

Essa remuneração total de cada mês, pela média dos doze meses do período de apuração, será a base de cálculo das Férias, das Natalinas e do Aviso Prévio.

E, porque não se configura *BIS IN IDEM*? A resposta é por demais clara: o valor de R\$ 183,35 representa a paga dos repousos remunerados, **sem trabalho**, relativos aos salário normal



do mês, o valor de R\$ 60,00 corresponde ao pagamento das horas extras **trabalhadas** no domingo, quando o empregado deveria estar repousando, e o valor de R\$ 23,75 indica a integração de 1/6 do salário variável obtido pelo trabalho extra ao longo da semana, na mesma forma como demonstrado para o pagamento do salário fixo.

VII - Observação final

A análise ora apresentada visa, objetiva e precipuamente, reabrir a discussão do tema abordado e provocar eventual revisão pelo C. TST sobre o entendimento contido na Orientação Jurisprudencial da SDI, não se pretendendo, por evidente, o monopólio da verdade absoluta, razão porque mantém-se aberta a contestações e/ou demonstrações de prova em contrário.