

ARTIGO: **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO**

Autores: Fabiana Amendola Barbieri, Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Procuradora do Município de Diadema/SP.

RESUMO: O décimo terceiro salário, ou gratificação natalina, é uma gratificação compulsória, obrigatória, instituída pela Lei nº 4.090/62, com as alterações introduzidas pela Lei 4.749/64.

Neste estudo, trataremos brevemente acerca da referida gratificação.

PALAVRAS CHAVES: Décimo Terceiro Salário – 13º Salário – Gratificação de Natal – Gratificação Natalina - Contrato de Trabalho – Breves Considerações - CLT

1 – INTRODUÇÃO E PONTOS CONTROVERTIDOS

O décimo terceiro salário, ou gratificação natalina, é uma gratificação compulsória, obrigatória, instituída pela Lei nº 4.090/62, com as alterações introduzidas pela Lei 4.749/64:

LEI Nº 4.090 - DE 13 DE JULHO DE 1962 - DOU DE 26/7/62

“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, 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.

Art 2º As faltas legais e justificadas ao serviço não serão deduzidas para os fins previstos no parágrafo 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”.

LEI Nº 4.749 - DE 12 DE AGOSTO DE 1965 - DOU DE 13/8/65

“**Art. 1º** - A gratificação salarial instituída pela [Lei n º 4.090, de 13 de julho de 1962](#), será paga pelo empregador até o dia 20 de dezembro de cada ano, compensada a importância que, a título de adiantamento, o empregado houver recebido na forma do artigo seguinte.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 2º - Entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano, o empregador pagará, como adiantamento da gratificação referida no artigo precedente, de uma só vez, metade do salário recebido pelo respectivo empregado no mês anterior.

§ 1º - O empregador não estará obrigado a pagar o adiantamento, no mesmo mês, a todos os seus empregados.

§ 2º - O adiantamento será pago ao ensejo das férias do empregado, sempre que este o requerer no mês de janeiro do correspondente ano.

Art. 3º - Ocorrendo a extinção do contrato de trabalho antes do

pagamento de que trata o Art. 1º desta Lei, o empregador poderá compensar o adiantamento mencionado com a gratificação devida nos termos do art. 3º da [Lei n º 4.090, de 13 de julho de 1962](#), e, se não bastar, com outro crédito de natureza trabalhista que possua o respectivo empregado.

Art. 4º - As contribuições devidas ao Instituto Nacional de Previdência Social, que incidem sobre a gratificação salarial referida nesta Lei, ficam sujeitas ao limite estabelecido na legislação da Previdência Social.

Art. 5º - Aplica-se, no corrente ano, a regra estatuída no art. 2º desta Lei, podendo o empregado usar da faculdade estatuída no seu § 2º no curso dos primeiros 30 (trinta) dias de vigência desta Lei.

Art. 6º - O Poder Executivo, no prazo de 30 (trinta) dias, adaptará o Regulamento aprovado pelo Decreto nº 1.881, de 14 de dezembro de 1962, aos preceitos desta Lei.

Art. 7º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º - Revogam-se as disposições em contrário”.

Fazem jus ao recebimento do Décimo Terceiro Salário os empregados urbanos e rurais, o trabalhador avulso e o empregado doméstico.

O Décimo Terceiro Salário será pago proporcional ao tempo de serviço do

empregado na empresa, no caso de trabalhadores admitidos no ano-base, considerando-se a fração de 15 (quinze) dias de trabalho como mês integral.

O valor do adiantamento do Décimo Terceiro Salário corresponde a metade do salário recebido no mês anterior ao pagamento. O valor do adiantamento do Décimo Terceiro Salário (primeira parcela), será deduzido quando do pagamento da segunda parcela do referido consectário.

A primeira parcela do Décimo Terceiro Salário deve ser paga pelo empregador ao empregado, de 01 de fevereiro a 30 de novembro **ou** por ocasião das férias, se solicitado pelo empregado. Já a segunda parcela do Décimo Terceiro Salário, deve ser paga até dia 20 de dezembro.

Para o empregado fazer jus ao recebimento da 1ª parcela do Décimo Terceiro Salário quando de suas férias, este deve requerer, no mês de janeiro do correspondente ano, ao empregador, por escrito.

Para fins de pagamento de Décimo Terceiro Salário, não serão deduzidas as faltas legais e as faltas justificadas.

Um empregado que, por exemplo, num mês com 31, 30 e 28 dias, faltar injustificadamente 17, 16 e 14 dias, respectivamente, não terá direito ao pagamento da fração de 01/12 relativo ao Décimo Terceiro Salário.

Se houver rescisão contratual, o valor da 1ª parcela do Décimo Terceiro Salário, caso exista, será compensado com o valor total devido na época da rescisão do contrato de trabalho.

Nos moldes do Enunciado da Súmula nº 45 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, a “remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação natalina prevista na Lei nº 4.090, de 13.07.1962”.

Assim, podemos dizer que as horas extras integram o Décimo Terceiro Salário.

No que tange ao adicional noturno, diz o Enunciado da Súmula nº 60 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

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)

Assim como as horas extras, o adicional noturno também integra o 13º salário.

Os adicionais de insalubridade e periculosidade também integram o pagamento do Décimo Terceiro Salário, vez que fazem parte da remuneração do empregado.

2 – DA JURISPRUDÊNCIA

No presente artigo passamos a narrar algumas decisões reiteradas dos Tribunais acerca do tema abordado, a saber:

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

11ª TURMA

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

RECURSO ORDINÁRIO

Processo TRT/SP Nº 008030038.2010.5.02.0059

RECORRENTE (s): CASA BAHIA COMERCIAL LTDA

RECORRIDO (s): AURELINO SILVA DE OLIVEIRA
FILHO

ORIGEM: 59ª VT DE SÃO PAULO

Verba denominada “prêmio especial” paga todos os meses de dezembro pelo empregador, de forma habitual, é considerada verba de natureza salarial, devendo ser integrada à remuneração. No entanto, tal título não adquire as mesmas características do décimo terceiro salário, não podendo ser considerado de forma proporcional na rescisão contratual.

Sentença reformada nesse sentido.

Recurso Ordinário apresentado por CASA BAHIA COMERCIAL LTDA, a fls. 180/219, contra a sentença prolatada pelo juízo *a quo*, cujo relatório adoto, que julgou parcialmente procedentes os pedidos. Sustenta, em suma, que:

- (i) os pagamentos realizados por fora foram totalmente integrados à folha de pagamento a partir de setembro de 2006;
- (ii) não havia habitualidade na verba denominada décimo quarto salário e subsidiariamente somente deveria refletir no FGTS;
- (iv) os controles de ponto estão corretos e as horas extras são indevidas, inclusive quanto aos intervalos; (v) subsidiariamente, dever ser pago como hora extra apenas o período faltante do

intervalo; (vi) deve ser aplicada a Súmula 340 do TST quanto ao cálculo das horas extras; (vii) o DSR não deve repercutir na integração das horas extras, conforme OJ 394 do TST; (viii) deve ser excluída a condenação em refeição comercial, assim como a multa normativa; (ix) não existem danos morais indenizáveis e o quantum indenizatório merece redução; (x) desnecessária a expedição de ofícios.

Contrarrazões a fls. 230/242.

Preparo a fls. 220.

É o relatório.

V O T O

Recurso adequado e no prazo.

Subscrito por advogado (a) regularmente constituído (a).
Atendidos também os demais pressupostos de admissibilidade.
Conheço.

PAGAMENTOS “POR FORA”

A testemunha da reclamante comprovou a existência de pagamentos “por fora” do contracheque ao longo do contrato de trabalho até janeiro de 2008, sendo que a sentença está bem fundamentada, nada havendo a ser reformado.

Mantenho.

DÉCIMO QUARTO SALÁRIO – PRÊMIO ESPECIAL

A sentença bem explicitou que a remuneração, mesmo que decorrente de mera liberalidade da empresa, possuía habitualidade e aderiu ao contrato de trabalho como condição mais benéfica ao empregado.

Ademais, pela análise dos contracheques anexados aos autos, verificasse que os pagamentos com a inscrição “prêmio especial” ocorriam sempre no mês de dezembro de todos os anos e em valores muito similares, tratando-se de pagamentos regulares e, portanto, com características salariais.

No entanto, em que pese sua natureza salarial, tratando-se de verba paga uma única vez ao ano, as integrações deferidas não podem ser mantidas, devendo ser reformada a sentença nesse aspecto. Verifica-se dos contracheques que a recorrente pagou a integração da verba apenas quanto ao FGTS, sendo as demais verbas concedidas na sentença “a quo” indevidas.

Reformo a sentença, também, quanto à consideração da verba como 14º salário e seu recebimento proporcional quando da rescisão contratual por falta de amparo legal, uma vez que a interpretação analógica não pode criar uma nova figura jurídica trabalhista, vulnerando as normas aplicáveis à espécie.

Assim, a sentença merece reparo quanto às integrações da verba denominada décimo quarto salário ou prêmio especial e quanto ao seu recebimento de forma proporcional, devendo tais parcelas serem excluídas da condenação.

DAS HORAS EXTRAS E DO INTERVALO INTRAJORNADA

A sentença de origem merece ser mantida quanto ao deferimento de horas extras e integrações. Veja-se que a Magistrada fundamentou sua decisão na nulidade dos controles devido à ausência de assinatura da reclamante nos cartões ou espelhos de ponto. Explicitou que a assinatura importa em conferência de dados, que é imprescindível para a validação do controle eletrônico, como ocorre no caso em epígrafe.

Vale sopesar ainda, que mesmo que assim não fosse, restou comprovado nos autos o labor em sobrejornada sem a contraprestação correspondente, inclusive quanto aos intervalos intrajornada. O depoimento da testemunha da reclamante e os contracheques comprovaram que o reclamante faz jus ao título. Por outro lado, a testemunha da reclamada afirmou não saber precisar o horário de trabalho da reclamante, relatando uma jornada, de forma insegura.

No que tange aos intervalos intrajornada, não há que se falar em consideração do tempo residual, a teor da OJ nº 307 do C. TST, nos seguintes termos:

307 Intervalo intrajornada (para repouso e alimentação). Não concessão ou concessão parcial. Lei nº 8.923/94. (DJ 11.08.2003) Após a edição da Lei nº 8.923/1994, a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT).

Destarte, nesses aspectos, não prospera o inconformismo da reclamada. Mantenho a sentença.

No entanto, quanto às integrações em DSR's para a repercussão nas demais integrações, ressalvado o entendimento desta Relatora e no intuito de preservar a unicidade dos julgamentos desta Turma, aplicasse o teor da OJ 394 da SDII do TST, nos seguintes termos:

394. 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. (DeJT 09/06/2010) 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".

Assim, merece exclusão da condenação a repercussão dos DSR's nas integrações das horas extras.

DANOS MORAIS

A indenização por danos morais está bem fundamentada na sentença, uma vez que presentes todos os requisitos que ensejam o dever de indenizar. Vale explicitar que a prova dos autos é robusta quanto às humilhações e tratamento indigno experimentados, tanto em relação à política de vendas e a exigência de cumprimento de metas com a venda de seguros e garantias sem o conhecimento de clientes, assim como quanto às chacotas em relação aos vendedores mal colocados quanto às vendas, tudo conforme relato da petição inicial.

Não há se falar em redução do valor indenizatório, uma vez que até fixado de maneira bastante modesta para o caso em epígrafe, considerando-se o grau de culpa do agente, sua capacidade econômica, a extensão do dano e o efeito pedagógico punitivo da indenização.

REFEIÇÃO COMERCIAL E MULTA NORMATIVA

Mantenho a sentença de origem quanto à concessão das refeições comerciais, uma vez que reconhecido o labor extraordinário em limite superior ao descrito na Norma Coletiva.

A procedência da multa normativa também resta integralmente mantida, uma vez não revertidos os títulos que geram a sua imposição.

CONCLUSÃO: ACORDAM os Magistrados da 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Ordinário interposto por CASA BAHIA COMERCIAL LTDA para excluir da condenação: integrações e pagamento proporcional da verba denominada décimo quarto salário ou prêmio especial e a repercussão dos DSR's nas integrações das horas extras.

Custas processuais no importe de R\$ 600,00, calculadas sobre R\$ 30.000,00, valor ora rearbitrado à condenação.

CLÁUDIA ZERATI

JUÍZA RELATORA SUBSTITUTA

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

16ª TURMA PROCESSO TRT/SP

0001956-75.2010.5.02.0501

RECURSO ORDINÁRIO

ORIGEM: 1ª VARA DE TABOÃO DA SERRA

**RECORRENTE 1: MULTIVERDE PAPÉIS ESPECIAIS
LTDA**

RECORRENTE 2: OCIMAR AGUAR MARRACHINE

**RECORRENTE 3: COMÉRCIO E INDÚSTRIA
MULTIFORMAS LTDA**

RECORRIDO 4 : EMMANUEL WOLFF

Pedido de demissão. 13º salário proporcional devido. O pedido de demissão não afasta a percepção da gratificação natalina, indevida apenas quando a dispensa ocorre na forma do art. 482 da CLT. Recurso ao qual se dá provimento, no particular.

A r. sentença de fls. 464/467, complementada pelas decisões declarativas de fls. 470 e 475, julgou PROCEDENTES EM PARTE os pedidos.

Inconformadas, recorrem as partes.

A reclamada Multiverde, nos termos do arrazoadado de fls. 476/482verso, pretende a reforma do julgado no tocante a: responsabilidade solidária; prescrição FGTS; inaplicabilidade do art. 475-J; vínculo empregatício; horas extras e reflexos; expedição de ofícios; justiça gratuita.

O reclamante, às fls. 487/493verso, insurge-se quanto a: exclusão do sócio; rescisão contratual; 13º salário proporcional/2009; reflexos dos dsrs nas demais verbas; salário fixo; base de cálculo das horas extras; multa; honorários de advogado.

A ré Multiformas apresenta irresignação no que tange a: grupo econômico; prescrição do FGTS; vínculo empregatício; dsr; verbas rescisórias; horas extras e reflexos; contribuições previdenciárias e fiscais; compensação; juros e correção monetária; expedição de ofícios.

Recursos tempestivos (fls. 468; 471 e 486).

Procurações às fls.17; 195 e 197. Preparo às fls. 483/484.

Contrarrazões às fls. 495/503; 516/519; 520/522 e 523/527.

Dispensado parecer da D. Procuradoria do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Conheço dos apelos interpostos pelo autor e pela reclamada **Multiverde Papéis Especiais Ltda.**

Não conheço, entretanto, do recurso apresentado pela ré **Comércio e Indústria Multiformas Ltda.**

Isso porque não foi efetuado o preparo, o que configura deserção.

E nem se diga que a responsável solidária recolheu as custas processuais e o depósito recursal, à medida em que não aproveita a corrê, quando postulada por aquela a exclusão da lide.

No mesmo sentido o norte jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 128, III do C. TST:

Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais,

quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide.

RECURSO DA MULTIVERDE

Responsabilidade solidária

A recorrente sustenta não ser responsável solidária porquanto não se configurou grupo econômico. Postula exclusão da lide.

À análise.

A documentação abojada aos autos comprova que a **Multiformas** tem como objeto social “fabricação de produtos de papel (...)”, idêntico ao da ora recorrente. Ambas possuíam o sócio comum Emanuel Wolff (fls. 121 e 124).

O endereço da **Comércio e Indústria Multiformas Ltda** (Rodovia Régis Bittencourt, s/nº, Km 270,5, Taboão da Serra, é o mesmo dos seguintes sócios e diretores da **Multiverde Papéis Especiais Ltda** (a apelante): Itapeti Participações Ltda (que se retirou posteriormente); Emanuel Wolff e Joseph Alain Minerbo (fl. 125).

Pesquisa efetuada no *site* http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_403/Pareceres/ParecerS_EAE_A_C_08012.002342-2007-11_001.pdf, demonstra, indubitavelmente, que o Sr. Emanuel Wolff é sócio controlador da Berkomend Participações Ltda, a qual adquiriu 100% das cotas da empresa Mogi das Cruzes Indústria de Papel Ltda, antiga denominação de **Multiverde Papéis Especiais Ltda** (fl. 124), cuja localização é Rua Presidente Campos Salles, Mogi das Cruzes.

Já o documento de fl. 181, de lavra do Sr. Emanuel Wolff, comprova que a primeira reclamada comunicou a seus empregados que “(...) a *Multiformas* assinou contrato nesta data com a *Votorantim Celulose e Papel*, para compra da *Unidade de Produção de papéis especiais de MOGI DAS CRUZES*, (...)”

A Votorantim Papel e Celulose entabulou negócio jurídico justamente com a Berkomend. Nesse diapasão, em que pesem as extensas argumentações da recorrente, é de manifesta clareza que as primeira e segunda rés formam grupo econômico.

Mantenho.

Prescrição do FGTS

A apelante sustenta que os depósitos do FGTS sujeitam-se ao prazo prescricional contido no art. 7º, XXIX da Carta Magna. Não merece guarida a irresignação.

Com efeito, a prescrição relativa ao FGTS é trintenária, nos termos da do entendimento jurisprudencial cristalizado por meio da Súmula nº 362 do C. TST.

A decisão abaixo corrobora tal entendimento:

PRESCRIÇÃO E BASE DE CÁLCULO DO FGTS.

Não se verifica a alegada ofensa ao art. 7º, III, XXIX, da Constituição Federal, pois a decisão do e. Tribunal Regional está em consonância com a Súmula nº 362 do TST, de aplicação do prazo prescricional de 30 (trinta) anos, conforme o art. 23, § 5º, da Lei 8.036/90, observando o prazo bienal do término do contrato de trabalho. Incidência da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT.

*Quanto à base de cálculo do FGTS, também não prospera a insurgência quanto ao ônus probatório, pois constatado que a reclamada alegou fato modificativo do direito do autor, atraindo para si o onus probandi, dele não conseguindo se desvencilhar. Incólume, pois, os arts. 818 da CLT e 333 do CPC. **Recurso de revista não conhecido.**- Nada a reparar.*

Inaplicabilidade do art. 475-J

Nada obstante a sentença não tenha determinado a aplicação imediata do art. 475-J, ela deixou a questão em aberto, para exame “oportunamente, se necessário” (fl. 466verso).

Nesta senda, vislumbro interesse recursal e passo a apreciar a questão, a fim de evitar discussões inúteis na fase executória.

É incabível ao caso a aplicação do art. 475-J do CPC, considerando-se que, nesta Justiça Especializada, a execução está regulamentada pelo art. 880 da CLT, que assim dispõe:

“Art. 880 - Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, *pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais*

devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora."

Além disso, conforme prevê o art. 889 da CLT, ao processo de execução na Justiça do Trabalho são aplicáveis os preceitos da Lei de Execução Fiscal. Significa que o CPC não é a primeira fonte subsidiária de normas legais ao processo de execução trabalhista. E isto desde que haja omissão, o que nem sequer se verifica na hipótese em exame.

Dessa forma, não se aplica o art. 475-J do CPC, primeiro porque há regramento próprio na CLT. Ainda que não houvesse, seria aplicada à execução a Lei Fiscal, e não o CPC. O CPC, na execução, é a segunda fonte subsidiária. Ele só é fonte subsidiária num primeiro plano no processo de conhecimento, aí conforme o art. 769 da CLT.

Vínculo empregatício

A demandada afirma que as testemunhas cujos depoimentos serviram de fundamento para a decisão de piso são suspeitas; não havia como a primeira ter presenciado as condições de trabalho do reclamante, que laborava em andar diverso; a segunda testemunha possuía interesses em comum com o obreiro.

Pois bem.

O preposto da primeira reclamada asseverou que *“a área de atuação era decidida pela 1ª reclamada, bem como a clientela”* (fl. 264), o que evidencia a subordinação, porquanto o autor sujeitava-se a tais decisões. De outra parte, o preposto não soube afirmar se a empresa exigia o cumprimento de metas, o que caracteriza confissão *ficta*. Ora, se havia cumprimento de metas, é outro indicativo de que o reclamante não possuía margem de escolha, sujeitando-se às ordens da ré.

Demais disso, a argumentação a respeito da testemunha Isildinha é extemporânea e destituída de qualquer comprovação, uma vez que ela não foi contraditada no momento oportuno (fl. 264verso) e não existe prova alguma dos propalados *“amizade e interesses em comum”* com o recorrido. Nesta senda, o depoimento por ela prestado é suficiente para o reconhecimento do liame empregatício, pois demonstra que os requisitos do art.

3º da CLT foram preenchidos: *“que o reclamante e a depoente compareciam diariamente; que o reclamante e a depoente apresentavam os seus pedidos ao gerente comercial; que o reclamante e a depoente acompanhavam o faturamento e a produção; que a 1ª reclamada estabelecia metas de vendas; que havia reunião de vendas com periodicidade semanal; que os representantes comerciais eram obrigados a apresentar relatórios de visitas e de vendas;(…); que reclamante e depoente recebiam ordens da gerência comercial”*.

Via de consequência, presentes, também, a pessoalidade, a orenosidade e a habitualidade. Despiciendas maiores digressões, inclusive quanto ao depoimento prestado pela testemunha Victor, que não serviu de fundamento para esta decisão.

Não acolho.

Horas extras e reflexos

A recorrente afirma que as declarações testemunhais são destituídas de credibilidade; o adicional possui natureza indenizatória, sendo indevidas integrações.

Sem razão.

As declarações da testemunha Isildinha, não infirmadas, foram cristalinas no sentido de que a jornada estendia-se das 8 às 19/20h30/21 h.

Como na exordial (fl. 7) o reclamante aduziu horário das 8 às 20 h, assim foi limitado (fl. 465).

No concernente ao adicional de horas extras, ele é acessório.

Como o principal possui natureza salarial, revela-se de clareza solar que o acréscimo de 50% não pode ser indenizatório.

Rejeito.

Expedição de ofícios

A expedição de ofícios está entre os poderes do juiz, que não exorbitou deste poder/dever.

Ademais, na hipótese em foco restou caracterizada a relação empregatícia sem anotação em CTPS.

Desprovejo.

Justiça gratuita

O deferimento dos benefícios da justiça gratuita concerne à relação mantida entre o autor e o Estado, não tendo a ré interesse recursal, nesse particular.

Desacolho.

RECURSO DO RECLAMANTE

Exclusão do sócio

O recorrente pretende a manutenção do sócio no pólo passivo.

Não prospera o inconformismo.

Isso porque, mesmo que o sócio seja o controlador e tenha agido de forma temerária, ele não foi o empregador do reclamante, mas sim a pessoa jurídica, a qual não se confunde com a pessoa física. Tal inferência, contudo, não afasta eventual responsabilidade na fase de execução, caso a devedora principal não cumpra sua obrigação.

Nego provimento.

Rescisão contratual

O reclamante afirma que a ré cometeu diversas faltas, que autorizam a rescisão indireta do contrato de trabalho.

À análise.

A inexistência de anotação em CTPS e o não pagamento de 13º salários, férias, omissão em recolhimento de FGTS e dsrs não favorece a tese obreira, porquanto o reconhecimento do contrato de trabalho só ocorreu em juízo. Melhor esclarecendo: o não pagamento de verbas trabalhistas, à época, não pode configurar ofensa a um pacto que era controverso.

E, mesmo que assim não fosse, a admissão aconteceu em 2001 (fl. 6) e só em 2009 o autor teria considerado a possibilidade de rescisão indireta por não pagamento de títulos trabalhistas. Ora, a ausência de imediatidade descaracteriza a figura contida no art. 483 do Diploma Celetista.

Pontue-se, outrossim, que a prova da retirada do computador e consequente impossibilidade de prestar serviços incumbia ao trabalhador, ônus do qual não se desvencilhou. A documentação de fls. 19/23 é unilateral e se mostra inservível para o pretendido.

De corolário, por qualquer ângulo que se observe deve ser mantido o julgado que acolheu o pedido de demissão.

13º salário proporcional/2009

Em que pese não haja o reconhecimento da falta patronal, o pedido de demissão (ruptura contratual por iniciativa do empregado) não afasta o pagamento do 13º salário proporcional. Como o último dia de labor foi 25.03.2009 e, considerando o disposto na Lei 4090/62 (art. 1º, § 2º), é devido 3/12.

Reformo.

Reflexos dos dsrs

O reclamante pretende que os dsrs majorados pelas comissões incidam sobre as demais verbas (férias, 13º salário, dentre outros).

Razão não lhe assiste.

Isso porque os dsrs majorados pelas comissões não incidem nas demais verbas (13º salário e férias, por exemplo), haja vista que tal procedimento configuraria *bis in idem* ou “reflexos sobre reflexos”, o que o ordenamento jurídico pátrio não permite.

Nada a reformar.

Salário fixo

O demandante assevera que, embora a decisão de primeiro grau tenha reconhecido a condição de “comissionista puro”, a documentação abojada aos autos comprovaria a existência de salário fixo, o qual deveria integrar a base de cálculo da apuração dos títulos deferidos.

Não merece guarida o apelo.

Com efeito, em contestação (fl. 206) foi impugnada a existência de remuneração fixa expressamente (sétimo parágrafo).

Além disso, examinando-se detidamente os autos (volumes principais e de documentos) não se extraem os referidos depósitos em conta corrente, ônus que competia ao autor. Corroborar tal conclusão o fato de que o obreiro nem sequer indica onde estaria, nos autos, tal documentação.

Destarte, impõe-se a manutenção do julgado *a quo*, no particular.

Base de cálculo das horas extras

Considerando o decidido no tópico anterior, isto é, a ausência de salário quitado sob a forma fixa, nada há a modificar no tocante à base de cálculo do labor suplementar.

Multa

O recorrente alega, em síntese, que a anotação do contrato de trabalho pela Secretaria da Vara causará prejuízos ao trabalhador. Assim, caso a empregadora não cumpra a determinação contida em sentença, deve incidir *astreinte*.

A insurgência não comporta acolhida, haja vista que o próprio Diploma Consolidado preconiza que, em caso de inércia do empregador, cabe à Secretaria efetuar as anotações em CTPS. Tal dispositivo (art. 39) não foi revogado.

Nada obstante a importância dos argumentos trazidos à baila pelo reclamante, fato é que a ocorrência de “prejuízo” não foi comprovada.

Mantenho.

Honorários de advogado

Não prosperam as razões recursais.

Incontroverso que o reclamante não está assistido pelo sindicato representativo de sua categoria profissional, na forma do disposto nos artigos 14 e 16 da Lei nº 5.584/70.

Dessarte, encontrando-se a Súmula nº 219 do C. TST em pleno vigor, está caracterizada a sua contrariedade, pois, em seu inciso I, interpretando o art. 14 da Lei nº 5.584/70, estabelece os seguintes requisitos para o deferimento de honorários advocatícios:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família."

Ademais, na Justiça do Trabalho houve a recepção do artigo 791 da CLT pelo atual texto constitucional, e o fato de assegurar ao empregado a possibilidade de estar em juízo postulando a sua pretensão não desnatura a essencialidade do advogado na administração da justiça.

Por isso que os honorários decorrentes da sucumbência não encontram fundamento específico no artigo 133, mas na legislação infraconstitucional que deles cuida, no caso, a já citada Lei nº 5.584/70.

Assim, a pretensão de ver reconhecida, como de natureza indenizatória, os gastos despendidos com o patrocínio da sua reclamação por advogado particular, traduz-se, em realidade, em verdadeira pretensão de honorários de sucumbência, não comportando acolhida.

Mantenho.

ACORDAM os MAGISTRADOS da 16 Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **NÃO CONHECER** do apelo apresentado pela Multiformas, por deserto, **CONHECER** dos recursos ordinários interpostos pelo autor e pela segunda reclamada e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** a ambos. Ao recurso obreiro para incluir na condenação 13º salário proporcional de 2009 (3/12). Ao recurso patronal para reconhecer a inaplicabilidade do art. 475-J do CPC ao processo do trabalho. Tudo nos termos da fundamentação do voto do Relator. Mantém-se, no mais, a sentença guerreada, inclusive quanto ao valor, por condizente com os termos do julgado.

ORLANDO APUENE BERTÃO

Juiz Relator

3 - CONCLUSÃO

Através do presente estudo, passamos a tecer breves considerações sobre o décimo terceiro salário, com inclusão de algumas decisões judiciais sobre o tema.

No presente estudo tratamos dos pontos controvertidos e da jurisprudência acerca do tema estudado, qual seja, o décimo terceiro salário.

4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 34ª edição. Ed. Saraiva 2009.

MARANHÃO, Délio. Instituições de Direito do Trabalho. 20ª edição. Ed. LTr, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho. 3ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª Edição. Ed. Malheiros, 2009.