

GRATIFICAÇÃO DE NATAL. DEMISSÃO ESPONTANEA DO EMPREGADO ANTES DE 15 DE DEZEMBRO

1. O signatário do parecer anterior adota “integralmente o pronunciamento do ilustre Chefe do Serviço Jurídico, exarado a fls. 24/26, que a nosso ver situou o problema em seus devidos termos”, terminando por dizer que jamais foi posta em dúvida a constitucionalidade do Decreto 57.155, de 4 de novembro de 1955.

2. O processo cuida da “fôlha de pagamento do 13.º salário, referente a servidores contratados pelo IASEG, e que tiveram seus contratos rescindidos, a pedido”.

3. O Sr. Chefe do Serviço Jurídico do IASEG entende que é devido o pagamento do 13.º salário “em qualquer hipótese de extinção do contrato de trabalho, salvo se a mesma ocorrer por justa causa, conforme a conceituação do art. 482 da CLT”.

Isto porque:

3.1. — O STF assim já entendeu, dizendo que a percepção do 13.º salário é conquistada mês a mês.

3.2. — O Sr. Ministro VÍTOR NUNES LEAL, que entendia indevida a gratificação no caso, retificou seu ponto-de-vista.

3.3 — A Lei 4.749, de 1965, reformulou a matéria.

3.4. — O art. 7.º do Decreto n.º 57.155 espancou qualquer dúvida.

3.5. — É “elementar que a extinção do contrato de trabalho se opera por iniciativa de qualquer interessado” e, assim, o único fato condicionador do não pagamento é ter “ocorrido a rescisão por justa causa”, e esta tem de ser buscada no art. 482 da CLT, não havendo nenhuma outra hipótese de não pagamento.

3.6. — A Lei 4.749 — diz — tornou a gratificação incorporável mês a mês.

3.7. — A mencionada lei permite compensação que regula, reconhecendo “destarte o legislador que a simples extinção do contrato gera o direito do empregado receber a gratificação, proporcional ao período trabalhado durante o ano”.

3.8. — Êstes os pontos em que se fundamenta a Chefia do Serviço Jurídico do IASEG.

Serão exatos?

4 — Doutrina.

4.1. — CÁSSIO MESQUITA BARROS, do Instituto dos Advogados, publicou na revista *Legislação do Trabalho* (set./out. 65 — vol. 29, págs. 421/425) interessante estudo sôbre o assunto, do qual transcrevo alguns tópicos:

“Gratificação de Natal nos pedidos de demissão:

O art. 7.º do Regulamento agora expedido veio dispor o seguinte:

“Art. 7.º — Ocorrendo a extinção do contrato de trabalho, salvo na hipótese de rescisão com justa causa, o empregado receberá a gratificação devida, nos termos do art. 1.º, calculada sôbre a remuneração do respectivo mês.

Parágrafo único — Se a extinção do contrato de trabalho ocorrer antes do pagamento de que trata o art. 1.º, o empregador poderá compensar o adiantamento mencionado no art. 3.º, com o valor da gratificação devida na hipótese de rescisão”.

Esta disposição, em outras palavras, determina o pagamento da gratificação de Natal nos casos de pedido de demissão.

Essa determinação leva imediatamente a duas posições:

— a de que é perfeitamente legal e deve ser atendida pelos empregadores;

— a de que é ilegal e, portanto, não vincula as empresas, nem os Tribunais do País.

Para os que perfilham a primeira posição o Regulamento é legal porque apenas traz mera especificação dos casos em que a gratificação deve ser paga. Tratando-se de mera especificação da lei, não há como concluir-se pela sua ilegalidade.

Para os que perfilham a segunda posição, o Regulamento é ilegal pelo fato de ter desatendido à *mens legislatoris*.

O assunto merece consideração especial. Como se sabe, os Regulamentos se incluem nas funções administrativas e, como ensina VICENTE RAO, são “prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis, completando-as, em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto nem o espírito” (*O Direito e a Vida dos Direitos*, Max Limonad, 1952, pág. 352). Ora, ao determinar o pagamento da gratificação de Natal aos empregados que pedem demissão do emprego, o Regulamento violentou o espírito da Lei. Veja-se, antes de mais nada, a redação do art. 3.º da Lei 4.490, de 13 de julho de 1962, que está assim concebido:

“Art. 3.º — Ocorrendo *rescisão*, sem justa causa, do contrato de trabalho, o empregado receberá a gratificação devida nos termos dos parágrafos 1.º e 2.º, do artigo 1.º desta lei, calculada sôbre a remuneração do mês da rescisão”.

Diante desse texto, a gratificação só é devida em dois casos:

— em dezembro, integralmente, se trabalhou durante todo o ano;

— antes de dezembro, nos casos de despedida sem justa causa (*Legislação do Trabalho* — jul./ago. 62, pág. 310).

O espírito da lei não foi determinar o pagamento da gratificação em outros casos que não o de despedida sem justa causa. Tanto assim que o Projeto n.º 17 de 1964, o de n.º

965-B, de 1963, que desejavam acrescentar um parágrafo único ao art. 3.º, com a determinação do pagamento no caso de demissão espontânea, foram rejeitados pelo Congresso Nacional (*Diário do Congresso* de 17-7-1964, pág. 2.233).

O Regulamento da Lei mandando pagar a gratificação nos pedidos de demissão não se mostrou sensível à jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Trabalho, porque várias manifestações têm endossado a tese de que não é devida em tais casos, como se pode ver dos arestos abaixo”.

Cita, a seguir, acórdãos, inclusive contrários, mas conclui que a jurisprudência majoritária entende não devida a gratificação.

“...a nosso ver, está com razão essa orientação, não só pelos motivos já apontados e por inúmeros que se poderia acrescentar, como também pelo fato de que a gratificação de Natal se reveste de peculiaridades muito próprias. Não se divide pelos meses do ano, nem o direito ao seu recebimento é gradativamente adquirido. A gratificação só é devida em dezembro e só dêsse mês em diante é que passa a existir como direito”.

Diz que o parcelamento (da Lei n.º 4.749), por motivos econômicos, não desnatura a peculiaridade da gratificação, para a qual não atentam as interpretações que a entendem devida na hipótese.

Pelo aspecto prático — refere — poderão os Tribunais vir a aplicar o Regulamento.

Fala na mensagem que o Presidente da República remeteu ao Congresso sobre o assunto de vencimentos do funcionalismo, onde se inseria disposição preconizadora do desconto de 1/12 avos, mensalmente, e que isto levaria o articulista a reexame de sua posição.

Informa que o STF em 24 de novembro de 1965, já elaborado o seu trabalho, entendeu devida a gratificação (RE 58.214).

Quanto ao argumento a contrario sensu do disposto no art. 3.º da Lei 4.090, mostra com ARION SAYÃO ROMITA, este baseado em CARLOS MAXIMILIANO (*Rev. do Trabalho*, vol. XXXIII, jul./set. 1965) seu descabimento.

4.2. — DÉLIO MARANHÃO (*Direito do Trabalho* — Fundação Getúlio Vargas — 1966, pág. 160) sustenta:

“Não fará jus à gratificação o empregado que *tiver dado motivo* a que se não realize a condição legal. Por isso, despedido *sem justa causa*, receberá a gratificação proporcionalmente ao tempo de trabalho prestado (art. 3.º).

Demitindo-se o empregado voluntariamente, não terá direito à parcela da gratificação, por ter *dado motivo* ao não implemento da condição legal (*vigência do contrato em dezembro*). Idêntica será a solução no caso de contrato *a termo*, cujo prazo termina antes de dezembro.

Aqui, também, tendo o empregado manifestado a vontade, ao fazer o contrato, de que este não tivesse a duração necessária para que se verificasse a condição, impediu-lhe, igualmente, o implemento”.

4.3. — ALUÍSIO SAMPAIO, Juiz do Trabalho em São Paulo (*Lei do 13.º salário*, Editora Fulgor, 1962), apesar de algumas afirmativas prévias, tem dúvidas sobre a natureza da gratificação de Natal:

“Parece-nos que, dados os termos da lei, na interpretação sistemática do direito, a gratificação de Natal é de natureza salarial — natureza salarial essa prevalente em relação ao seu aspecto natalino. Suscitamos, porém, a dúvida: os mestres e a jurisprudência haverão de decidi-la” (pág. 23).

5 — A jurisprudência.

Supremo Tribunal Federal — D.J. de 5-8-1965 — pág. 1.862 — 2.ª Turma — AI n.º 35.546:

“Não é ofensiva do art. 3.º da Lei n.º 4.090, de 1962, a interpretação que a declara não aplicável ao empregado que se demite voluntariamente antes do prazo legal”.

Tribunal Superior do Trabalho:

“O 13.º salário não é devido a empregado que se demite antes de 15 dezembro. Isto porque a expressão “sem justa causa”, referida no art. 3.º da Lei 4.090, não pode ser levada à conta do empregador, se dêle não parte a iniciativa da rescisão. O ato *volitivo* é do empregado e não se pode condenar alguém por ato de vontade de iniciativa de outrem. Além do mais, essa gratificação foi estipulada sob a condição do ano-trabalho. Se o empregador impede o implemento dessa condição, dá-se a sua realização ficta, consumando-se, assim, o direito (art. 120 do Cód. Civil). Quando, porém, o próprio empregado, demitindo-se, impede o implemento daquela condição do ano-trabalho, não há como entender-se consumado o direito ao 13.º salário” — Ac. TST — Pleno (Proc. 499/64). Rel. (designado) Min. AMARO BARRETO. Proferido em 4-8-1965; idem: Proc. 791/64 — proferido em 4-8-1965; idem: Proc. E. 714/64 — Rel. Min. CALDEIRA NETO, proferido em 18-8-1965;

idem: Proc. 1.845/64 — Rel. Min. CALDEIRA NETO, proferido em 11-8-65”.

(Ficha n.º 13 — março 66 — *Ementário Trabalhista* — Décimo Terceiro Salário — Saída Espontânea — Natalina indevida).

D. J. — GB — 29-7-1966 — Apenso ao n.º 142 — página 304:

“*Gratificação* — 13.º salário — Saída espontânea — Só é devido o 13.º salário quando o empregado se encontra prestando serviços no mês de dezembro ou quando é demitido sem justa causa — não o sendo, pois, no caso de saída espontânea — Ac. de 9-9-1964 (TP) RR 4.488-63 (165) — Relator: Ministro FORTUNATO PERES JR. (embargos providos)”.

“*Gratificação* — 13.º salário — Contrato a termo — Não faz jus ao 13.º salário o empregado cujo contrato a prazo chega a seu termo antes de dezembro — Ac. de 5-11-1964 — (2.ª T) RR 1.594-64 (165)”.

“*Gratificação* — 13.º salário — Lei n.º 4.090, de 1962 — Empregado que requer aposentadoria. — Tomando o empregado a iniciativa de requerer a sua própria aposentadoria, não faz jus à gratificação da Lei n.º 4.090, de 1962, eis que tal pedido equivale a uma saída espontânea do emprego. — Ac. de 14-12-1964 (1.ª T) — RR 3.267-64 (365) — Relator: Ministro RÔMULO CARDIM”.

“*Gratificação* — 13.º salário — Saída espontânea antes de dezembro — Saindo espontaneamente do emprego antes de dezembro, deixou o empregado de cumprir a obrigação trabalho-ano, não cabendo o pagamento proporcional da gratificação da Lei n.º 4.090, de 1962 — Ac. de 16-12-1964 (TP) REM 3.817-64 (665) — Relator: Ministro HILDEBRANDO BISAGLIA (embargos providos)”.

Se porventura o Supremo Tribunal Federal mudou de orientação, como se alega, isto em nada afeta *agora* a posição do problema porque

“As decisões do Tribunal Superior do Trabalho, com sede na Capital da República, são irrecorríveis, salvo se contrariarem a Constituição, quando caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal” (art. 17 da Emenda n.º 16, dando nova redação ao § 1.º do art. 122 da C.F.)”.

É verdade que o sempre profundo PIRES CHAVES entende que, através de Mandado de Segurança, nos casos que aponta, poder-se-á chegar ao Supremo Tribunal, mas assenta:

“Por outro lado, aplicável o princípio a todas as decisões trabalhistas, na ação e na execução, e podendo ser, umas e outras, objeto de mandado de segurança, por motivo de decisões do Tribunal Superior e dos Regionais Trabalhistas, segue-se, à evidência, que a regra da *irrecorribilidade* apenas é *restrita* aos julgados da Justiça do Trabalho, versando *matéria de conteúdo exclusivamente trabalhista*, cujo controle jurisdiccional lhe incumbe através da hierarquia dos recursos processuais específicos” (*Reflexos da Emenda Constitucional n.º 16 no âmbito da jurisdição trabalhista*, Jornal do Brasil, 1.º caderno, 14 de agosto de 1966).

6 — *A saída (demissão) espontânea em outros institutos de Direito do Trabalho — Elementos auxiliares para a interpretação do caso em exame.*

6.1. — Diz o art. 453 da CLT (Tempo de Serviço — Readmissão):

“Art. 453 — No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos ainda que não-continuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido indenização legal”.

No caso, a saída espontânea não implica em perda do direito ao cômputo de tempo de serviço porque:

O argumento para essa perda seria a renúncia a direito futuro (o tempo de trabalho não iria mais compor um tempo de serviço futuro), proibida pelo art. 9.º da CLT.

6.1.1. — Quando a lei fala em indenização legal está se referindo ao cálculo (não ao motivo da saída):

“Configurar-se-á, porém, a exceção, se, por acôrdo ou transação, o trabalhador tiver recebido *menos do que o devido por lei?* A doutrina e os tribunais não respondem unisonamente à indagação. A nosso ver, entretanto, a resposta há de ser negativa, pois o art. 453 é explícito ao exigir que o pagamento tenha correspondido à *indenização legal*. Se assim não fôsse, facilmente seria burlada a intenção da lei. Demais disto, tratando-se de exceção, cumpre interpretar restritivamente as expressões da lei. Daí porque o empregado com menos de um ano de serviço, que fôr injustamente despedido mediante simples concessão de *aviso prévio*, fará jus ao cômputo desse período, se vier a ser readmitido na empresa (Cf. Ac. do TST, 2.ª T., no proc. 1.609/55; TOSTES MALTA, rel.; D. J. de 11-11-55). É que o aviso prévio não constitui indenização”. (ARNALDO SUSSE-

KIND — *Comentários à CLT e Legislação Complementar*, vol. III, pág. 299, Freitas Bastos, 1964).

6.1.2. — A lei ficaria sem sentido, o que é inadmissível:

“Nos expressos termos do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, só se excluem do cômputo de tempo de serviço os períodos anteriores de trabalho se o empregado houver sido despedido por falta grave, ou mediante indenização, não sendo, pois, de excluir o período encerrado pela despedida espontânea. Aliás, se o contrário fôsse entendido, inaplicável seria o preceito, pois que, praticamente, as três hipóteses previstas são as únicas que ocorrem, sendo de manifesta improbabilidade a quarta hipótese possível, da despedida não espontânea, não faltosa e não indenizada, ou seja, da demissão de iniciativa do empregador, mas sem que o empregado perceba ou reclame indenização (Ac. do TST — 2.^a T., no Rec. Rev. 916/67; OSCAR SARAIVA, rel.; *D.J.* de 20-9-1957) — Idem, da 3.^a T., no proc. 6.922/64; ANTÔNIO CARVALHAL, rel.; *D.J.* de 6-7-1956. Idem, em sessão plena, nos Embs. *in proc.* 1.321/57; STARLING SOARES, rel.; *D.J.* de 28-8-1959. Idem, da 3.^a T. no Rec. Rev. n.º 3.680/58; HILDEBRANDO BISAGLIA, rel.; *D.J.* de 28-8-1960. Idem, em sessão plena, nos Embs. *in* Rec. Rev. 1.903/57; TOSTES MALTA, rel.; *D.J.* de 20-3-1959) (ARNALDO SUSSEKIND, op. cit., pág. 303).

Por isso mesmo

“Sendo comum a hipótese de despedida voluntária do empregado, é evidente que o legislador a ela não se referiu porque considerou injustificada e inconveniente essa inclusão. E nem se diga que se trata de omissão involuntária, porquanto, na revisão do anteprojeto da CLT, a Comissão que o elaborou resolveu não acolher a sugestão que, a respeito, fôra feita por juristas e empregadores do Estado de São Paulo, *in verbis*:

“Os casos de indenização legal e de despedida por falta grave dispensam comentário. Entretanto, o mesmo princípio de excluir o período anterior da contagem do tempo deve ser aplicado ao caso de readmissão do empregado que se demitiu da empresa por vontade própria. A demissão, neste caso, compreende simultaneamente a renúncia a todos os direitos decorrentes do contrato de trabalho rescindido, e a contagem deste tempo não só contrariaria um princípio de direito, mas dificultaria também readmissões de empregados por parte da empresa”.

O intuito de impedir a fraude à lei levou a Comissão, que integrávamos, a não aceitar a proposta supra” (ARNALDO SUSSEKIND, op. cit., pág. 301).

Aqui a saída espontânea não pode prejudicar, e a sugestão foi repelida no intento de impedir a fraude à lei.

Já quanto ao “13.º salário” poderia perfeitamente constar da lei a obrigação de pagamento mesmo na saída voluntária, pois seria disposição a favor do empregado. Entretanto projeto de lei nesse sentido foi rejeitado, deixando claro que os legisladores entenderam que a saída espontânea prejudicaria o benefício.

“Discussão em turno único do Projeto-de-lei da Câmara n.º 17, de 1964 (n.º 965-B de 1963 na casa de origem), que acrescenta parágrafo ao art. 3.º da Lei 4.090, de 1962, que institui gratificação natalina para os trabalhadores, tendo parecer contrário (sob n.º 416, de 1964) da Comissão de Legislação Social.

Em discussão o projeto (pausa).

Nenhum dos Senhores Senadores desejando usar da palavra, encerro a discussão.

Passa-se à votação do projeto, em escrutínio secreto, pelo processo eletrônico.

Em votação (pausa).

Vai-se proceder à apuração (pausa).

Votaram “Não” 23 senhores Senadores e “Sim” 9. Houve 2 abstenções.

O projeto foi rejeitado. Será arquivado.

É o seguinte o projeto rejeitado:

Parágrafo único — Deixando o emprêgo espontaneamente, com anuência do empregador ou dação de aviso prévio, não perderá o empregado direito à gratificação de que trata esta lei”.

(*Diário do Congresso Nacional* — 16-7-1964 — Seção II — pág. 2.233 — Projeto n.º 17/1964 do Senado — 965-B/1963 da Câmara dos Deputados).

A mens legislatoris, no caso, auxilia e esclarece o intérprete na busca da vontade da lei, que se quer ver atuar.

6.1.3. — Por tudo isto a matéria já consta da *Súmula* (215) e constitui Prejulgado (n.º 9/64 — *D.J.* de 27-8-1964):

“Em caso de readmissão conta-se a favor do empregado o período de serviço anterior encerrado com a saída espontânea”.

6.2. — *Férias proporcionais* — (CLT, art. 142, § único):

“Art. 142 — Em caso de rescisão ou terminação do contrato de trabalho será paga ao empregado a remuneração correspondente ao período de férias, cujo direito tenha adquirido.

Parágrafo único — Fica o empregador, na rescisão sem ocorrência de culpa do empregado, sujeito ao pagamento do período incompleto após doze meses de trabalho, na proporção estabelecida no art. 132 desta Consolidação”.

PIRES CHAVES, (*Jurisprudência Trabalhista*, Forense, Rio, 1962, pág. 333):

“Não é admissível, então, impor o pagamento de remuneração quando a extinção do contrato de trabalho resultou do ato voluntário do empregado, como se, face ao texto, bastasse o decurso do tempo objetivamente considerado (Processo n.º 2.110-57 — TST — OLIVEIRA LIMA — D.J. de 31-1-1958 — apenso ao n.º 26 — pág. 432)”.

(idem, na doutrina: ARNALDO SUSSEKIND, *Comentários à CLT e Legislação Complementar*, I, 1960, págs. 516/17, Freitas Bastos).

RUSSOMANO (*Comentários à CLT*, vol. I, pág. 292 — Konfino, 1957) esclarece que a palavra culpa está na lei por responsabilidade:

“Assim deve ser entendido, porque quando o empregado se despede, dando aviso prévio ao patrão, ele não tem nenhuma culpa pela qual responder — mas não receberá férias relativas ao período aquisitivo, incompleto, porque teve responsabilidade na cessação do vínculo de emprego. Não há dúvida de que essa interpretação é correta, correspondendo, perfeitamente, ao espírito da lei”.

O princípio informador da negativa das férias proporcionais e da gratificação de Natal (reiteradamente chamada de “13.º salário”), quando da saída espontânea do emprego é o mesmo e vem expresso no seguinte acórdão (Relator: HILDEBRANDO BISAGLIA — *Revista Forense*, n.º 213 — jan./março — 1966, pág. 456):

“Férias — Décimo-terceiro salário — Rescisão do contrato de trabalho.

— Não são devidas férias proporcionais e nem o décimo-terceiro salário proporcional quando o empregado deixa o emprego por ato espontâneo, frustrando assim o cumprimento da condição trabalho-ano.

Voto. — Os arestos cotejados a fls. 31-32, que afirmam indevidas as férias proporcionais na saída espontânea do empregado, são divergentes da sentença recorrida.

Também violados foram os arts. 1.º e 3.º da Lei n.º 4.090, porque a condição trabalho-ano não foi cumprida pelo empregado em razão de sua saída do emprego.

Conheço da revista e lhe dou provimento.

As férias são devidas depois de cumprido um ano de trabalho na proporção dos dias trabalhados e somente quando o ano de trabalho não é completado em razão da iniciativa patronal, que rescinde injustamente o contrato de trabalho, são devidas as férias proporcionais ao período incompleto.

Na hipótese vertente, o ano de trabalho não foi realizado por vontade do empregado, não cabendo o pagamento proporcional das férias, ainda porque a necessidade higiênica às mesmas não se faz sentir e não se trata de indenizá-las, como na hipótese da dispensa injustificada antes de completado o ano.

Por sua vez a condição para a percepção do décimo-terceiro salário é a do trabalho durante o ano, com pagamento em dezembro.

Se o empregador despede sem justa causa o empregado deve pagar-lhe a gratificação proporcional pelos meses trabalhados no ano em curso.

Mas se é o próprio empregado que frustra o cumprimento da condição trabalho-ano, não ordena a lei qualquer pagamento e não cabe aplicar subsidiariamente a norma do pagamento proporcional porque inaplicável à situação em que o ato rescisivo partiu do empregado.

Assim tem sido a orientação desta Turma na interpretação da Lei n.º 4.090 e não encontro razões convincentes ou capazes para a alteração deste entendimento”.

7 — *Outro instituto em que se exige prestação de determinado tempo de serviço para alcance do benefício instituído.*

É o repouso semanal remunerado.
Lei n.º 605, de 5 de janeiro de 1949, art. 6.º:

“Não será devida a remuneração, quando *sem motivo justificado*, o empregado não tiver trabalhado durante toda a semana anterior”.

(O estabelecido no art. 9.º está subordinado à mesma exigência).

Portanto é a condição trabalho-semana que outorga o benefício como a do trabalho-ano justifica o “13.º salário” e as férias.

Por isso, à semelhança do que se passa com os dois institutos, somente a falta justificável — não a simples falta voluntária — permite o pagamento mesmo sem o trabalho durante toda a semana (art. 6.º, § 1.º, da Lei n.º 605).

A falta voluntária — sem motivo, pois — impede o benefício.

A falta sem motivo aqui corresponde à saída voluntária aí.

Veja-se o art. 487 da CLT:

“Não havendo prazo estipulado, a parte que, *sem justo motivo*, quiser rescindir o contrato, deverá avisar a outra de sua resolução com a antecedência mínima de

“Portanto, se o empregado rescindir, sem justa causa, o seu contrato, não fará jus ao pagamento antecipado da Natalina” (ARNALDO SUSSEKIND, op. cit. vol. III, pág. 354).

A saída voluntária do empregado é injusta e prejudica em ambos os casos (13.º e férias proporcionais) o benefício.

Mas teria o empregado motivo justo para interromper o curso da prestação e mesmo assim perceber o “13.º salário”? Sim. Todos os do art. 483 da CLT, em suas letras (rescisão indireta) também aplicáveis às férias proporcionais. Além disso as faltas legais também não serão deduzidas (Lei 4.090, art. 2.º).

O pagamento do “13.º salário” depende da frequência anual, como o do repouso semanal se liga à presença hebdomadária.

É um prêmio à assiduidade, à permanência no emprego por determinado tempo.

Veja-se sobre o repouso:

“Trata-se, na verdade, de um prêmio decorrente da assiduidade do empregado ao serviço, o qual, porém, não pode ser recusado, em virtude de acidente de trabalho, ou se o empregado se ausente motivadamente do serviço” — PIRES CHAVES, *Jur. Trab.*, I, Forense, 1960, pág. 181, referindo decisão do STF, voto do Ministro BARROS BARRETO, acompanhado pelos Ministros LUIZ GALLOTTI e MÁRIO GUIMARÃES”.

Idênticamente, a gratificação de Natal depende da mesma assiduidade, transmutada em permanência até o fim do ano.

7.1. — *Ainda as atitudes do empregado e do empregador, gerando efeitos conforme a caracterização com que se apresentem*

“Art. 477 — É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja êle dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração, que tenha percebido na Empresa”.

Não haja dado o empregado motivo para a cessação das relações do trabalho, isto é, tenha sido despedido (direta ou indiretamente) sem justa causa.

É o mesmo princípio inscrito no art. 3.º da Lei 4.090: para a percepção do “décimo-terceiro salário” é necessário que o empregado tenha sido despedido sem justa causa.

Os parágrafos 1.º e 2.º do art. 483 permitem ao empregado, por declaração unilateral de vontade, uma opção (§ 1.º) e uma faculdade (§ 2.º).

A lei não diz — literalmente — que nesses casos o empregado não receberá indenização, mas esta não tem cabimento vez que a declaração unilateral de vontade não pode trazer obrigações ao empregador, que se limita a sofrer as conseqüências do exercício do direito do empregado, tanto mais que “nada impede o prosseguimento da relação de emprego, mas o trabalhador assim delibera com base em conveniências próprias” (RUSSOMANO, op. cit., vol. II, pág. 765). Apenas o empregador nada pagará por ter agido com autorização da lei (RUSSOMANO, op. cit., pág. 766).

Face ao art. 3.º da Lei 4.090, a situação é idêntica: é a mera conveniência do empregado que o faz despedir-se do emprego.

“Art. 499 —

§ 3.º — A despedida que se verificar com o fim de obstar ao empregado a aquisição da estabilidade, sujeitará o empregador ao pagamento em dôbro da indenização prescrita nos arts. 477 e 478”.

Ainda aqui temos princípio idêntico ao contido no art. 3.º da Lei 4.090: se o empregador impede que o empregado cumpra o contrato até o momento em que teria direito à percepção do 13.º salário, fica com a obrigação de satisfazer a gratificação (Código Civil, art. 120).

8 — *As expressões: Rescisão — Extinção.*

“A expressão legal “rescisão, sem justa causa, do contrato de trabalho” concerne, a nosso ver, à despedida, resultante de

ato patronal: a) direta, quando o empregado é expressamente dispensado, sem que haja praticado qualquer dos atos faltosos enumerados no art. 482 da CLT; b) indireta, quando o empregador praticar qualquer dos atos ou criar qualquer das situações de que cogita o art. 483 da Consolidação, configuradores da rescisão sem justa causa, cujo reconhecimento depende de iniciativa do respectivo empregado. Nesta segunda hipótese, a rescisão se opera sem justa causa, relativamente ao empregador, mas com justa causa no que tange ao trabalhador. Por isto, parece-nos evidente que a expressão contida no art. 3.º da Lei 4.090 visa ao primeiro e não ao segundo. Portanto, se o empregado rescindir, sem justa causa, o seu contrato, não fará jus ao pagamento antecipado da gratificação natalina.

Releva ponderar, outrossim, que no distrato por mútuo acôrdo dos contratantes (resilição) ou na resolução do contrato pelo implemento do termo a que estiver subordinado sua vigência, não há que se cogitar de justa causa. Assim, a essas modalidades de extinção do contrato, que se não confundem com a rescisão, não se estende a obrigação legal em tela” (ARNALDO SUSSEKIND, op. cit., vol. III, pág. 354).

A extinção referida no art. 3.º da Lei n.º 4.749 representa qualquer caso de término do contrato, não apenas a rescisão (vide o item 9.º abaixo).

Portanto, não é todo caso de extinção que dá margem a pagamento do “13.º salário”. E nem se esgotam no elenco do artigo 482 as faltas graves (v. g. artigos 432, § 2.º, 508, da CLT).

9 — O art. 3.º da Lei n.º 4.749:

“Ocorrendo a extinção do contrato de trabalho antes do pagamento de que trata o art. 1.º desta Lei, o empregador poderá compensar o adiantamento mencionado com a gratificação devida nos termos do art. 3.º 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”.

Daria margem à interpretação no sentido de pagamento na saída voluntária? Não.

A extinção do contrato de trabalho se opera por várias formas, sendo uma delas a saída voluntária do empregado. A lei permite a compensação do adiantamento com a gratificação a que se refere o art. 5.º da Lei n.º 4.090 e, não havendo esta, com outros créditos trabalhistas.

10 — A *ressalva* de MESQUITA BARROS:

Ressalvou o ilustre jurista que sua posição poderia ser revista face à remessa de mensagem — de que tomou conhecimento após terminado o seu artigo — do Presidente da República a respeito de vencimentos de funcionários públicos, e na qual se conteria disposição incluindo cláusula de contribuição previdenciária mês a mês.

Face à lei, entretanto, acredito ainda perfeita a posição daquele especialista.

De princípio, quando da lei instituidora da gratificação de Natal, não havia contribuição para a previdência social, pelo menos na legislação específica (Decreto n.º 1.881, de 1962, art. 7.º).

Foi a Lei n.º 4.281, de 1963, que a determinou como fonte de receita para atendimento de um benefício suplementar instituído a favor de aposentados (correspondente ao “13.º salário” dos ativos), na base de 8%.

Com o art. 35 da Lei 4.863 (vencimentos) — a cuja mensagem se refere MESQUITA BARROS —, ficou estipulado o seguinte:

“Art. 35 — A partir da vigência da presente Lei as contribuições arrecadadas pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões das empresas que lhes são vinculadas, e destinadas a outras entidades ou fundos, serão calculadas sobre a mesma base utilizada para o cálculo das contribuições de previdência, estarão sujeitas aos mesmos limites, prazos, condições e sanções e gozarão dos mesmos privilégios a elas atribuídos, inclusive no tocante à cobrança judicial, a cargo do respectivo Instituto.

§ 1.º — A contribuição constituída pelo artigo 3.º da Lei n.º 4.281, de 8 de novembro de 1963, com a alteração determinada pelo art. 4.º da Lei n.º 4.749, de 12 de agosto de 1965, passará a ser recolhida, mensalmente, pelas empresas, na base de 1,2% (um e dois décimos por cento) sobre o salário de contribuição dos empregados, compreendendo sua própria contribuição e a dos empregados, devendo ser efetuado o desconto total, com relação a estes, por ocasião do pagamento da segunda parcela do 13.º salário no mês de dezembro ou no mês em que ocorrer o pagamento nos demais casos legalmente previstos.

§ 2.º — As contribuições a que se refere este artigo integrarão, com as contribuições de previdência, uma taxa única de 28% (vinte e oito por cento), incidente, mensalmente, sobre o salário de contribuição definido na legislação social e assim distribuída:

Contribuições	Dos segurados	Das empresas
I — Geral de previdência	8,0%	8,0 %
II — 13.º salário		1,2 %
III — Salário-família		4,3 %
IV — Salário-educação		1,4 %
V — Legião Brasileira de Assistência		0,5 %
VI — Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) ou Comercial (SENAC) ...		1,0 %
VII — Serviço Social da Indústria (SESI) ou do Comércio (SESC)		2,0 %
VIII — Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (INDA)		0,4 %
IX — Banco Nacional de Habitação		1,2 %
TOTAL	8,0%	20,00%
	28,0%	

Como se vê da Lei, não há contribuição do empregado mês a mês, mas do empregador, que cobrará — ou não (se inexistir afinal a gratificação) — do empregado, no fim do ano ou no mês em que ocorrer o pagamento nos demais casos *legalmente* previstos.

Note-se: sobre o adiantamento não há contribuição. Não há contribuição parcelada e nem a gratificação é parcelada: há adiantamento na previsão do pagamento futuro.

O próprio MESQUITA BARROS, com agudeza, resolveu o assunto antes da edição da Lei n.º 4.863 (vol. 29/344 da revista *Legislação do Trabalho*):

“Quando o empregado faz jus à gratificação proporcional, a compensação não oferece problema. Mas quando o empregado é despedido por falta grave e não tem por isso direito a gratificação alguma, como se fará a compensação? Nesse caso, se fará com o saldo de salários ou férias que tenha êle a receber. Se essas verbas forem insuficientes para operar a compensação, *deve-se entender que o empregador deve arcar com o prejuízo*, pois a lei não erigiu o pagamento antecipado da primeira metade do “13.º salário” em dívida do empregado, autorizando tão somente sua compensação. Com isso, o empregador fica impedido de cobrar do empregado aquilo que pagou antecipadamente, pois a lei só autoriza a compensação.

Não sendo devida a gratificação nos casos de pedido de demissão, pode realmente o empregador ficar impossibilitado de operar.

A nosso ver, o empregador pode operar a compensação também quando não haja direito ao recebimento, por parte do empregado, de gratificação. A ordem lógica seguida no texto legal para a compensação é meramente consequência de boa técnica legislativa, pois é natural que se faça referência em primeiro lugar à compensação com as verbas salariais e depois com as verbas de aviso prévio e indenização. Em conclusão, faça o empregado jus ou não à proporção do “13.º salário”, quando se extinguir o seu contrato de trabalho pode o empregador operar a compensação, quer com as verbas salariais, quer com as verbas indenizatórias, se as primeiras não existirem”.

O parcelamento autorizado pela Lei 4.749 é medida de ordem financeira: evitar grande massa de meios de pagamento lançada no mês de dezembro. Não é parcelamento que tenha efeito jurídico.

11 — *A afirmativa de ALÚSIO SAMPAIO:*

“A rigor, a gratificação natalina, dada sua natureza salarial, deveria ser paga até mesmo na ocorrência de despedida com justa causa, pois se integra o salário é contraprestação de serviços. Assim, porém, não quis a lei, que expressamente dispõe o contrário, firmando uma exceção legal ao princípio da obrigatoriedade do pagamento das prestações salariais” (op. cit., pág. 19).

Data venia:

11.1 — A ausência de pagamento quando há justa causa para a despedida demonstra que o direito não é adquirível mês a mês e que não tem natureza salarial. Se o fôsse, a lei em seu art. 3.º não poderia estabelecer tal coisa, pois o empregado, pelo art. 1.º (Lei 4.090), já teria direito adquirido, eis que as parcelas já estariam incorporadas a seu patrimônio e a lei não pode prejudicar direito adquirido (C. F., art. 141, § 3.º) — e seria inconstitucional o artigo mencionado.

11.2. — A injustiça ou justiça da causa — se adquirível mês a mês o direito — nada teria a ver com o pagamento. É o que acontece com o salário: seja qual fôr o motivo da despedida, o empregado nunca o perde.

12 — *Dois prejudgados:*

- 17/66 — “É compensável a gratificação de Natal com a da Lei 4.090, de 1962” (Ac. 15-6-1966 — Embargos — Relator: RÔMULO CARDIM — TST — N.º 5.175/66 — *D.J.* de 24-8-1966 — pág. 11.300).
- 20/66 — “É computável a gratificação de Natal para efeito de cálculo da indenização” (Ac. 20-7-1966 — data do julgamento — Embargos — Relator: Ministro J. CARVALHO JUNIOR — TST — 6.585/64).

Não discuto neste trabalho a exatidão jurídica do decidido, nem o problema da constitucionalidade dos prejudgados trabalhistas.

13 — *A dúvida de* ALUÍSIO SAMPAIO:

“Parece-nos que, dados os termos da Lei, na interpretação sistemática do direito, a gratificação de Natal é de natureza salarial — natureza salarial essa prevalente em relação ao seu aspecto natalino. Suscitamos, porém, a dúvida: os mestres e a jurisprudência haverão de decidí-la” (op. cit., pág. 23).

Os mestres entendem indevida a gratificação e a jurisprudência respondeu que não se trata de salário.

No acórdão proferido no processo 6.585/64 (*D.J.* 14-6-1965) e do qual, via de recurso, resultou o prejudgado de n.º 20, ficou decidido:

“Evidentemente, por força das próprias expressões do art. 1.º da Lei 4.090, a paga decorrente compõe a remuneração do empregado, embora não o salário propriamente dito”.

13.2. — Na correlação feita com o instituto do repouso semanal já se viu que se trata de um prêmio de assiduidade ou de permanência.

“Em outubro de 1956, foi apresentado à Câmara dos Deputados, pelo sr. ADÍLIO MARTINS VIANA, o seguinte projeto de lei, que tomou o número 2.045/56:

“O Congresso Nacional decreta:

“Art. 1.º — O § 1.º do art. 457, da Consolidação das Leis do Trabalho, passa a ter a seguinte redação:

“§ 1.º — Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas,

diárias para viagens, abonos e prêmios de assiduidade ou produção pagos pelo empregados”.

Art. 2.º — Revogadas as disposições em contrário, esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Justificativa

A emenda prevê a integração dos prêmios de assiduidade ou produção no conceito da remuneração. E tal se torna necessário, em face da dispersibilidade da jurisprudência e da natureza jurídica do salário, no direito brasileiro. Efetivamente, em nosso direito social, é princípio pacífico que *tôda parcela em dinheiro ou “in natura”, paga como contraprestação a trabalho, constitui remuneração. O prêmio assiduidade diz respeito, normalmente, a um estímulo normal ao comparecimento ao trabalho. Um dos seus exemplos frisantes é o repouso semanal remunerado.* O empregado assíduo é um empregado que produz, que trabalha. E, se alguém visa a premiar a assiduidade, normalmente, estará premiando, em última instância, o trabalho, o que equivale a dizer: estará dando contraprestação a trabalho. O prêmio produção timbra pelo mesmo diapasão. Visa, diretamente, dar incentivo a maior produtividade, a maior trabalho. Ambos, pois, têm como escopo remunerar o trabalho. Não há justificativa, pois, para os pronunciamentos jurisprudenciais que excluem do conceito do salário esses prêmios como sendo remuneração, aceitando o repouso semanal, que nada mais é que um prêmio, como tal, mandando-o integrarem férias, indenizações, etc. A instabilidade da jurisprudência em torno da tese é impressionante, necessitando a questão de uma regulamentação legal, que ponha cõbro à controvérsia, dando uma solução definitiva à questão. Esse o espírito da emenda”.

O art. 457 da CLT não foi alterado nos termos pretendidos pelo projeto, não estando, assim, caracterizado, pelo menos como afirmação da lei, o repouso remunerado como salário. (A Lei n.º 605 fala em remuneração; o Regulamento — art. 10 — baixado com o Decreto n.º 27.048, de 1959, é que decretou o repouso integrante do salário — mas no caso isto não afeta, como se verá).

Da correlação que venho fazendo dos institutos, ressalta logo a dúvida:

“Daí LORCH afirmar que “em boa lógica, o trabalhador não devia pois perder a indenização das férias em caso de ruptura do contrato de que êle seja o autor ou a que tenha dado causa...”

Se se pretende assegurar um repouso a todos os trabalhadores, não se deveria distinguir entre os que cometeram uma falta grave ou não. Do mesmo modo que uma tal falta não acarreta a perda do salário adquirido, não deveria, também, determinar a perda da indenização de férias que constitui uma parte integrante deste salário. Esta penalidade imposta ao assalariado é tanto menos admissível quanto as férias não encontram o seu fundamento em razão de conveniências pessoais, mas sim preocupações de higiene industrial e de uma organização racional da mão-de-obra" (ELSON GOLTSCHALK, *Férias Anuais Remuneradas*, 1956, Max Limonad, pág. 293).

Mas a lei só ressaltou o período já adquirido, como não podia deixar de ser, e quanto às férias proporcionais só as receberá o empregado se não tiver responsabilidade na rescisão (artigo 142 e seu parágrafo único da CLT).

O direito ao recebimento das férias proporcionais não existe quando o empregado tem responsabilidade na rescisão porque não adquiriu ainda o direito ao gozo das férias (isto depende do trabalho durante um ano) e, por isso, não poderia ainda usufruí-las. As férias não gozadas não representam salário, e esta é a razão de não caber a afirmativa transcrita na obra de ELSON GOLTSCHALK.

"A remuneração de férias é salário quando elas são gozadas. Fora daí, trata-se de indenização correspondente ao período de férias, cujo direito tenha o empregado adquirido" (DÉLIO MARANHÃO, op. cit., pág. 220).

Assim o "13.º salário": só é pago o adquirido.

Difícil é a sua caracterização como salário, pois este é a "contraprestação do serviço" e todo o serviço já foi pago durante o ano.

E em que lugar do calendário estaria o dito décimo-terceiro mês para que nêlo pudesse o empregado prestar seu labor?

Seria ridícula a pergunta? Mas está feita exatamente com o sentido de mostrar que não é possível identificar como salário o que tal não é. Lembra DE PAGE que não devem ser confundidas coisas e palavras. Pois bem: por que dizer salário o que a lei chama de gratificação de Natal (ementa da lei), embora a seguir pretenda caracterizá-la como gratificação salarial?

Reconheço — como todos — que a comutatividade no contrato de trabalho é aferida em seu conjunto e não por prestação de per si. Mas o fato — e dêle não se pode fugir — é que nada mais há a ser pago ao empregado no fim do ano, como salário.

Por isso ficou no acórdão que deu margem ao prejudgado n.º 20:

"Evidentemente, por força das próprias expressões do art. 1.º da Lei 4.090, a paga decorrente compõe a remuneração do empregado, embora não o salário propriamente dito".

A evolução é uma constante no direito: quando surgem novos institutos ou quando institutos existentes, por imposição dos fatos (*ex facto ius oritur*), são de novo regulados, não há qualquer razão para que se fique preso às conceituações pré-existentes sem atender às peculiaridades com que se apresentam no mundo jurídico os fatos assim regulados.

Tal problema se passou com o empréstimo compulsório, cuja denominação representava uma *contradictio in terminis*, dando margem a longas discussões sobre a natureza jurídica de tal empréstimo (vejam-se os brilhantes acórdãos do Desembargador HUGO AULER — T.J. de Brasília, quando no TFR), havendo ultimamente JOSÉ CRETELA JUNIOR entendido tratar-se de "contrato de depósito de direito público, jamais tributo..." (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 83, pág. 53).

Porque entender-se, então, que a compulsoriedade teria forçosamente de transformar em salário a gratificação de Natal?

Não vejo como se possa meter, forçada, a gratificação de Natal na angústia do art. 457, § 1.º, da CLT.

Mas, ainda que a conceituação da natureza jurídica da gratificação (e do repouso semanal e das férias proporcionais) comporte dúvida, ou mesmo que se a tenha como salário, não é esta natureza que obrigaria o empregador a pagá-la quando o empregado sai espontaneamente, sem motivo, pois quando falta espontaneamente, também sem motivo, perde o repouso, e quando idênticamente rompe o vínculo empregatício, perde as férias proporcionais, e ninguém nega isso.

Quando a gratificação era espontânea, pensou alguém em obrigar o empregador a pagá-la no caso em que se cogita? Não. A compulsoriedade não altera essa situação, pois teve o único fim de generalizar o benefício, como está no Decreto n.º 1.881, de 1962, que, embora dizendo regulamentar a lei que instituiu a gratificação do Natal, denominou-a "13.º salário".

Na verdade permanece a mesma situação anterior:

"Note-se, porém, que o mesmo Tribunal, pela lavra do renomado e culto juiz PIRES CHAVES, decidiu, e bem, no processo ordinário n.º 1.000/56, em D.J. de 7-12-1956, pág. 2.339, que a Companhia que pagava gratificação de Natal a quem trabalhasse até essa festa, deve pagá-la em proporção, quando despede injustamente, impedindo, assim, o empregado de usufruir êsse direito" (*Das Gratificações no Direito do Trabalho* — LUIZ JOSÉ MESQUITA — Ed. Saraiva, 1957, São Paulo — pág. 91).

A proporcionalidade existe também quando o empregado, prestando serviço em dezembro, está no emprêgo há menos de um ano (Lei n.º 4.090, art. 1.º, § 1.º).

Qual é, pois, a natureza jurídica? É uma gratificação peculiar que visa a atender às maiores despesas do empregado no mês de dezembro, inclusive derivadas do cumprimento de tradições religiosas e sociais e que a lei, generalizando-a, tornou compulsória.

14 — *Inconstitucionalidade do art. 7.º do Regulamento (Decreto 57.155, de 1965)*

Já se viu do exame das Leis 4.090 e 4.749 que o disposto no art. 7.º do regulamento respectivo, no tocante ao assunto estudado, a elas ultrapassou, pois criou direito, e a co-respectiva obrigação, contrariando inclusive a *mens legislatoris* (vide os itens 4.1, 8 e 9).

Comparem-se os textos:

“Ocorrendo rescisão, sem justa causa, do contrato de trabalho, o empregado receberá a gratificação devida nos termos dos §§ 1.º e 2.º do art. 1.º desta lei, calculada sobre a remuneração do mês da rescisão” (art. 3.º da Lei 4.090).

“Ocorrendo a extinção do contrato de trabalho antes do pagamento de que trata o art. 1.º desta lei, o empregador poderá compensar o adiantamento mencionado com a gratificação devida, nos termos do art. 3.º da Lei 4.090, de 13 de julho de 1962, e, se não bastar, com outro crédito de natureza trabalhista que possua o respectivo empregado” (art. 3.º da Lei 4.749).

“Ocorrendo a extinção do contrato de trabalho, salvo na hipótese de rescisão sem justa causa, o empregado receberá a gratificação devida, nos termos do art. 1.º, calculada sobre a remuneração do respectivo mês” (art. 7.º do Decreto 57.155).

“Se a extinção do contrato de trabalho ocorrer antes do pagamento de que trata o art. 1.º, o empregador poderá compensar o adiantamento mencionado no art. 3.º, com o valor da gratificação devida na hipótese de rescisão” (Parágrafo único do art. 7.º do Decreto 57.155).

Está visto que o regulamento foi além da lei.

“Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos, há abuso do poder regulamentar, invasão da competência do poder legislativo” e o regulamento “é inconstitucional” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, pág. 121, 1960, Borsóí, tomo III).

Trata-se de invasão absoluta de funções, pois a criação de direitos é matéria de lei (que está “no ápice da estruturação dos atos administrativos”), sendo “os atos inválidos por ferirem princípio básico de direito

constitucional” (JOSÉ CRETTELLA JUNIOR, pág. 201, *Direito Administrativo do Brasil*, vol. III, Revista dos Tribunais, 1961).

“Ao exercer a função regulamentar não deve, pois, o Executivo criar direitos ou obrigações novas, que a lei não criou, ampliar, restringir, ou modificar direitos ou obrigações constantes da lei; ordenar ou proibir o que a lei não ordena nem proíbe, facultar ou vedar por modo diverso do estabelecido em lei, extinguir ou anular direitos ou obrigações que a lei conferiu, criar princípios novos ou diversos, alterar a forma que, segundo a lei, deve revestir um ato, atingir, alterando-o por qualquer modo, o espírito da lei” (VICENTE RAO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. I, tomo I, 1960, pág. 354, Max Limonad).

Mesmo que disponha o Executivo do poder de expedir decretos-leis (Ato Institucional n.º 2, arts. 30 e 31, parágrafo único), é nítida a separação da função legislativa (e só pode ocorrer em matéria de segurança nacional ou — quando do recesso parlamentar — em qualquer matéria) e da executiva, nesta se compreendendo o poder regulamentar. “Assim, impossível será dar prevalência a um regulamento que briga com a lei à qual se refira. Esta ficará à tona” (VICENTE RAO, *op. cit.*, pág. 358).

Não é aceitável, *data venia*, que, por efeitos práticos, se atenda a regulamento inconstitucional.

15 — *Rescisão a pedido*

Identifica-se à saída espontânea, no caso, pois não há que se cogitar de justa causa favorável ao empregado. A rescisão dependeu puramente da sua vontade.

16 — *Em conclusão:*

16.1. — A nota dominante nos institutos do Direito do Trabalho é a de que a vontade do empregado, pura e simples (CLT art. 142, § único; Lei 605, de 1949, art. 6.º; CLT arts. 477, e 483, §§ 1.º e 2.º), envolve a perda de algum benefício que adviria da continuação do contrato. Logo não haverá porque, na interpretação sistemática, se conclua diferentemente quanto ao efeito da vontade do empregado, assim manifestada, relativamente à gratificação de Natal. A exceção do art. 453 da CLT, mesmo porque exceção, não pode servir de base para outro raciocínio, pois ali o motivo informador é o de resguardar a lei, evitando a fraude, fulminada, aliás, pelo art. 9.º da CLT. Tal motivo — fraude à lei — não é apontável nos demais casos invocados neste trabalho.

16.2. — É indevida a gratificação quando se dá a saída (demissão) espontânea do empregado antes de 15 de dezembro porque:

16.2.1. — Não prevista nas leis regedoras da matéria.

16.2.2. — O regulamento (art. 7.º) é inconstitucional e “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (C.F., art. 141, § 2.º).

16.3. — Ainda que assim não fôsse, a mera divergência na jurisprudência, e com tal intensidade, já seria o suficiente para que o Estado ou qualquer de suas autarquias, ou órgãos subordinados, deixassem de pagar a gratificação de Natal na hipótese cogitada, pois não seria razoável o reconhecimento administrativo prévio de uma solução ainda não dada em termos de convicção pela Justiça e absurdo seria querer o Estado — para se obrigar — decidir quando a Justiça ainda não o fez.

Em setembro de 1966.

NEWTON BARROCA
Procurador do Estado

Notas:

- 1) Os períodos grifados não estavam assim nos originais.
- 2) A mensagem do presidente da República ao Congresso sobre a Garantia de Tempo de Serviço, como publicada no *Jornal do Brasil* de 19-7-1966, pág. 13, primeiro caderno, não prejudica a exposição nem as conclusões apresentadas neste trabalho.

Visto.

1. Aprovo o estudo que determinei fôsse feito por meu Assessor Técnico, discordando, pois, do parecer já constante do processo e que entendia devido o encargo.

2. A gratificação de Natal, na hipótese cogitada no processo, é indevida por não prevista nas leis que regulam o assunto, sendo inconstitucional o regulamento respectivo, por ultrapassá-las. A rescisão a pedido se iguala, no caso, à espontânea, vez que o processo não dá conta de qualquer ajuste no sentido do pagamento, o qual, aliás, só poderia ser feito tivesse o administrador poderes para tanto. Recente legislação trabalhista abona o estudo no sentido de que a pura e simples vontade do empregado, dispensando-se do emprêgo, lhe traz a perda de benefício que adviria da continuação do contrato, como se vê do art. 4.º, § 1.º, letra c (diminuição da taxa de juros sobre o valor do depósito), e art. 8.º, II (proibição do movimento livre da conta, o qual fica subordinado a certas situações). Trata-se do recém-criado Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (Lei 5.170, de 13 de setembro de 1966, D. O. da União, 14-9-1966, com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 20, de 14 de setembro de 1966, D. O. da União, 15-9-1966).

3. Ademais, é de alta inconveniência que o Estado se antecipe a soluções ainda não dadas em definitivo pela Justiça do Trabalho, tanto mais que esta antecipação importaria em ônus.

4. O processo deve retornar à Secretaria de Administração para que o órgão interessado tome ciência da solução indicada e adote as provi-

dências conseqüentes. Outrossim, sugiro sejam os demais órgãos, autarquias e serviços do Estado cientificados dessa orientação, tendo em vista ser de interesse geral o assunto.

Em 6 de dezembro de 1966.

LINO NEIVA DE SÁ PEREIRA
Procurador-Geral do Estado

**IASEG. CONTRIBUINTE CASADA COM SERVIDOR
AUTARQUICO. ASSISTÊNCIA A FILHO INVALIDO**

O Sr. Secretário de Administração solicita parecer desta Procuradoria, a respeito de dúvida suscitada pelo Sr. Presidente do IASEG, concernente ao problema de tratamento médico do filho de uma contribuinte daquela instituição, que é casada com funcionário da Administração do Porto.

A questão se resume em saber se, pelo fato de o marido da funcionária ter direito ao uso do Hospital dos Marítimos, estaria prejudicado o direito de se socorrer a funcionária, para assistência médica a seu filho, dos serviços do IASEG.

Devem ser transcritos, inicialmente, os dispositivos do Decreto “N” n.º 176, de 21 de abril de 1964, Regulamento do IASEG, que ao nosso ver têm pertinência com a matéria em estudo.

“Art. 2.º — O IASEG tem por finalidade proporcionar aos seus contribuintes e respectivos beneficiários:

I — Assistência médica e serviços suplementares de saúde;

Art. 7.º — São beneficiários dos contribuintes desde que deles dependam economicamente:

- I —
- II —
- III — Filho inválido”.

Antes de nos alongarmos no exame do assunto que foi submetido a esta Procuradoria, é de se esclarecer que não há prova no processo de que o filho da funcionária seja efetivamente inválido. Face, entretanto, aos termos gerais da consulta, em que se solicitam normas definitivas a respeito da matéria, entendemos ser interessante aceitar tal fato como se provado estivesse.