

poderá o Executivo, a seu alvedrio, determinar, através de diploma legal adequado, tratamento diverso daquele que decorre da sistemática vigente.

É o meu parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 1976. — FIRMO DE SERPA LOPES,
Procurador do Estado.

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. GRATIFICAÇÕES

Veio-me o Proc. Adm. n.º 05/609/74 para parecer, por solicitação da d.ª Secretaria de Planejamento e Coordenação Geral.

A questão é a seguinte.

Conforme informação da Auditoria Geral de Programas daquela Secretaria, "a Fundação Leão XIII efetuou o pagamento da parcela de Horas Extras do 13.º salário (fls. 2)". Duvidosa do acerto de tal procedimento e objetivando dirimir dúvidas existentes a respeito, indaga sobre a legitimidade, ou não, "da inclusão de Horas Extras, gratificações e demais vantagens no cálculo para pagamento de 13.º salário, Férias e Repouso Remunerado" (fls. 3).

A fls. 4/7, opinou o ilustre Dr. Delio dos Santos, sustentando que "horas extraordinárias, habitualmente prestadas, integram a remuneração para todos os efeitos legais (cálculo de indenização, férias, repouso remunerado, depósito de FGTS e 13.º salário). Deste entendimento, o ilustre Diretor em exercício da CLPJ, Dr. Max do Rego Monteiro, apoiando-se em boa doutrina e autorizada jurisprudência, não discrepa, acolhendo-o, irrestritamente.

Situada a controvérsia, nestes termos, passamos a examiná-la.

De pronto, convém deixar mencionada a Súmula 45 do Tribunal Superior do Trabalho:

SÚMULA 45: "A remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação natalina prevista na lei 4.090 de 1962" (grifos nossos).

Enquanto o Sumulário jurisprudencial do TST dispõe a respeito da gratificação natalina (lei 4.090/62), o Prejulgado n.º 24/67 (Proc. n.º TST — RR — E 1277/65) estatui a respeito das férias:

PREJULGADO n.º 24/67: "Na remuneração das férias se inclui a das horas extraordinárias habitualmente trabalhadas" (grifos nossos).

Ora, sem embargo de tratar-se de extratos jurisprudenciais, não há como negar-se ser este o entendimento assentado atualmente. Aliás, nem é pelo fato de ser o instituto do *prejulgado trabalhista* acioimado de *inconstitucional*, por autorizadíssimos doutores (cf. Antonio Lamarca, *Ação na Justiça do Trabalho*; Delio Maranhão, in *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, p. 184; além de A. Mendonça Lima e Sergio Ferraz, este em erudita tese de concurso: "O Prejulgado no Direito Processual Trabalhista Brasileiro", Rio, 1970) que se lhe negará autoridade, em razão até do estabelecido no parágrafo 1.º, do art. 902 da Lei Consolidada (*litteris*):

"Art. 902

§ 1.º — Uma vez estabelecido o *prejulgado*, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os juízos de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo" (grifos nossos).

Pode-se, então, concluir que para o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, no que concerne à *gratificação natalina* e às *férias*, a remuneração do serviço suplementar, *habitualmente prestado*, deve ser levada em conta para integrar os seus respectivos cálculos.

Entretanto, o mesmo não acontece para o *repouso remunerado*, e isto porque "a lei não distinguiu se as horas prestadas além da duração normal eram esporádicas, eventuais, raras, contratuais, ou obrigatórias, nem se permanentes, habituais ou costumeiras. Excluiu-as todas do cômputo da remuneração do repouso semanal, de forma genérica e extensiva" (Evaristo de Moraes Filho, em *Estudos de Direito do Trabalho*, ed. LTR, S. Paulo, 1971, p. 172; grifos do original).

Aliás, o mesmo *recurso de embargos* (n.º TST-RR-E 1.277/65) que deu azo à formulação do Prejulgado n.º 24/67 assentou ser certo "*excluir da remuneração dos dias de repouso semanal as horas extraordinárias habitualmente prestadas*".

Por outro lado, o mesmo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, em acórdão de sua 1.ª Turma, no RR n.º 291/71 em que foi relator o eminente Min. Mozart V. Russomano, já decidiu que:

"Muito embora seja notória a tendência deste Tribunal para incluir as horas extraordinárias habituais na remuneração do empregado, certo é que existe *relativamente ao repouso remunerado* — norma expressa em sentido contrário. Quanto ao repouso em

domingos e feriados, sejam as horas suplementares, habituais ou não, nunca influem no cálculo do valor devido ao empregado àquele título, por força do dispositivo expresso da Lei 605 de 1949" (Ement. Trab. set., 1971; n.º 33; grifos nossos).

Destarte, fixado que se deva excluir da remuneração dos dias de repouso, o cálculo das horas extras, ainda que habitualmente prestadas (nesta parte ousamos dissentir, data venia, dos ilustres Drs. Delio Santos e Max do Regio Monteiro) cinge-se nosso exame às férias e à gratificação de Natal, objeto daquelas do Prejulgado n.º 24/67, e esta da Súmula n.º 45 do T.S.T.

I — Das férias

Não obstante os termos incisivos do Prejulgado n.º 24/67 somos *concessa maxima venia* de opinião que "não se computam no cálculo das férias as horas trabalhadas em caráter extraordinário, ainda que prestadas habitualmente no curso do período aquisitivo" (proc. n.º T.S.T. — 6072/55 2.ª Turma; Relator Ministro Tostes Malta; Ement. Trab. de set. de 1965, n.º 16), e isto porque "as horas extraordinárias não constituindo prestação normal de trabalho, não são computáveis para efeito de pagamento de férias (processo T.S.T.; 530/66; Pleno. Relator Ministro Delio Maranhão; Ement. Trab. jan. de 1958 n.º 11).

Deste entendimento é Elson Gottschalk, citando Bachelier:

"...o salário das horas extraordinárias é inteiramente ocasional e irregular; não deve ser, por consequência, compreendido na remuneração de férias" (in *Férias Anuais Remuneradas*, S. Paulo, 1956; p. 121/122).

Também Arnaldo Sussekind (in *Comentários*; vol. I, p. 504):

"O salário das horas extraordinárias não deve, a nosso ver, ser computado no cálculo da remuneração das férias que concerne apenas à duração normal do trabalho resultando do contrato de emprego."

Aliás, neste passo, é oportuno conhecer-se a íntegra do acórdão que justificou a lavratura do tão citado Prejulgado n.º 24/76, para fazer-se menção ao voto vencido:

"Acordam os Juízes do TST conhecer, em parte, dos embargos e recebê-los para excluir da remuneração dos dias de repouso

semanal as horas extraordinárias habitualmente prestadas, vencido, em parte, o Sr. Min. Rodrigues Amorim, que as excluiu também da remuneração das férias" (TST-RR-E 1.277/65 29.3.67; Rel. Delio Maranhão).

Realmente, conquanto não tenha sido chancelado pelo Egrégio TST, este em verdade, é o melhor entendimento, *data venia* porque, em regra, a remuneração por trabalho extraordinário é contingente, irregular; existindo apenas enquanto subsistentes os fatos geradores de sua exigência: impossível, por isso mesmo, constituir-se normal, uma tal prestação.

Entretanto disposição em contrário, desfraldada no Prejulgado 24/67, nos obriga a acolher aquela tese (horas extras, quando habituais, entram no cálculo da remuneração das férias), o que fazemos, contudo, sob sérias e fundadas reservas, tanto por não estarmos, *data venia*, convencidos de seu acerto, quanto por formarmos junto daqueles que entendem ser o prejulgado trabalhista, instituto marcadamente *inconstitucional*.

II — Da gratificação de Natal

Conforme se transcreveu, linhas atrás, o sumulário jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho registra no n.º 45 que a remuneração do serviço suplementar, *habitualmente prestada*, integra o cálculo da gratificação natalina.

Parece que a matéria, hoje, é pacífica.

Sem embargo de que no passado se tenha decidido diversamente (*Horas extras — Incorporação para cálculo do 13.º salário — As horas extraordinárias não se incluem no cálculo do 13.º salário* — T.S.T. Pleno, 14.02.73, RR 2041/71, rel. Luiz Barata Silva; Boletim ADCOAS, n.º 19.426) atualmente a Súmula 45 parece ter espancado qualquer dúvida a respeito da matéria.

Mas, também aqui ousamos discordar da douta maioria, e o fazemos com apoio no parágrafo 1.º, do art. 1.º, da lei 4.090/62 ("A gratificação corresponderá a 1/12 avos da Remuneração devida em dezembro) por mês de serviço, do ano correspondente") combinado com o art. 457 e seu parágrafo 1.º da Lei Consolidada ("Da remuneração").

Contudo, na situação atual é ociosa qualquer manifestação a respeito, de vez que estando assentado no Tribunal Superior do Trabalho

aquele entendimento, não há como negar-lhe autoridade, impondo-se, destarte, a conclusão de que a remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação natalina.

III — Da habitualidade. Corcessão

Tanto em questão de cálculo de férias, quanto de gratificação natalina (13.º salário), os extratos jurisprudenciais apontados acolhem a inclusão de horas extraordinárias, habitualmente trabalhadas, naqueles cálculos; convindo saber-se, assim, a extensão do conceito de habitualidade.

Como habitual, entende-se a repetição, a sucessividade, a constância, a iteração, na prática ou no exercício de certos e determinados atos, em regra da mesma espécie ou natureza.

Ora, os adicionais correspondentes ao pagamento do trabalho extraordinário desde que permanente constituem sobressalários, isto é, parcelas suplementares do salário ajustado no contrato; uma remuneração dos serviços permanentemente prestados após a jornada normal de trabalho; ou, por outras palavras, “as horas extras nada mais são do que a contraprestação especial por serviços prestados em condições extraordinárias”. (T.R.T. — 2.ª Reg., R.O. 1.741/71; Ac. da 1.ª Turma; n.º 5.595/71, em 23.8.71; Rel. Raul Duarte de Azevedo; in LTR n.º 35; pág. 771.)

E é justamente em razão dessa especialidade de contraprestação por um serviço extraordinário, que entendemos, salvo melhor juízo, só a reiterada e constante prestação de horas extras, poder caracterizar a habitualidade de que falam os julgados; não assim, entretanto, a variabilidade ou eventualidade daquele prestação.

Com efeito, o “serviço extraordinário” variável, por ser irregular, incerto, não nos parece hábil a gerar os efeitos pretendidos, nem revestir-se do caráter de habitualidade, como entendem os Tribunais.

O ilustre doutor, Luiz José de Mesquita, ao tratar Das gratificações no Direito do Trabalho, traça com apoio em Pla Rodriguez um roteiro interessante para a conceituação de normalidade, habitualidade e permanência, que embora não se referindo especificamente às horas extras, pode ser, aqui, aproveitado com vantagem.

Diz aquele autor:

“Quando, porém, a normalidade e permanência, não existem, não havendo habitualidade no pagamento da gratificação, por ser ele excepcional ou esporádico, variável ou irregular, eventual ou

incerto, aleatório, enfim, a gratificação não é salarial nem, portanto, contratual (ob. cit., ed. LTR; São Paulo, 2.ª ed., 1973, pag. 17).

O próprio Emilio Gonçalves, citado pelo ilustre Dr. Max do Rego Monteiro, a fls. 8 deste, parece também assim entender:

“É claro que somente o trabalho extraordinário prestado em caráter permanente deverá ser considerado para fins de inclusão no cálculo do 13.º salário, não assim as horas suplementares decorrentes de prorrogação excepcional da jornada de trabalho, porque meramente eventuais. (Manual Prático do 13.º salário, cit. a fls. 8; grifos nossos).

Então, o conceito de habitualidade se reveste de um caráter de permanência, capaz de afastar a mera eventualidade, que essa, já se viu, não gera a inclusão pretendida.

Os Tribunais assim têm decidido:

a) FÉRIAS — Cálculo. Cômputo das horas extraordinárias de trabalho. As importâncias relativas às horas extraordinárias de trabalho quando são trabalhadas permanentemente no período aquisitivo, devem ser computadas no cálculo das férias (proc. n.º TST, 885/53; Rel. Min. Bezerra de Menezes; Rev. Trab. e Seg. Social, jan./fev. de 1955; p. 67);

b) REGIME PERMANENTE — Sob o fundamento de que o regime permanente de trabalho do Reclamante era de 10 horas diárias, a sentença recorrida decidiu que o salário das horas extraordinárias deve ser considerado para integrar a remuneração das férias ... importâncias relativas ao trabalho em horas extraordinárias deve ser computada para efeito de remuneração das férias, quando trabalhadas permanentemente... (proc. TST 267/56; 1.ª Turma; Rel. Min. Oliveira Lima; Ement. Trab. dez. 56, n.º 14);

c) HORAS EXTRAORDINÁRIAS — Quando prestadas em caráter permanente são computadas no cálculo da remuneração das férias” (proc. TST, 2423/64 — Pleno; rel. B. de Menezes. Ement. Trab. nov. 1966, n.º 19).

Ora, em assim sendo, somos de parecer que a habitualidade, como se quer, só terá valor jurídico quando significar permanência, iteração, de vez que horas suplementares decorrentes de prorrogação excepcional

da jornada de trabalho, porque meramente eventuais, não podem ser computadas, para fins de inclusão no cálculo quer de férias, quer da gratificação de Natal (13.º salário).

Em havendo aquela permanência, o cálculo poderá ser feito da maneira como vislumbrada pelo egrégio Tribunal Regional do Trabalho (2.ª Região), no R.O. n.º 5190/69 (Ac. 1.ª Turma n.º 4831/70 de 9.6.70; Rel. Roberto Mario Rodrigues Martins), tomando-se por base a média de horas extras trabalhadas no ano correspondente.

IV — Conclusão

Pelo que ficou exposto, somos de parecer, salvo melhor juízo, que:

a) as horas extras não devem integrar o cálculo da remuneração do repouso semanal;

b) as horas extras integrarão o cálculo da remuneração das férias (Prejulgado n.º 24/67), e da gratificação de Natal (Súmula n.º 45 do T.S.T.), desde que habitualmente prestadas (coirquanto não nos pareça ser este o melhor entendimento, como deixamos exposto acima, a ele nos curvamos);

c) o conceito de *habitualidade* tem caráter de *permanência, iteração*: hora suplementar decorrente de prorrogação *excepcional* de trabalho, porque é eventual, não deverá ser computada no cálculo seja de férias, seja da gratificação de Natal;

d) ocorrendo a *habitualidade*, da maneira como a entendemos na alínea “c”, supra, o cálculo deve ser procedido levando-se em conta a média das horas extras trabalhadas no ano correspondente.

SEGUNDA PARTE

A gratificação de serviço extraordinário e o adicional de horas extras. Regimes estatutário e trabalhista.

Indaga-nos, ainda, o ilustre Procurador-Chefe, Dr. José Antunes de Carvalho, a respeito do “adicional de horas extras, previstas no Estatuto dos Funcionários, mas estendidas estas, em muitos órgãos da Administração Direta, ao pessoal contratado”.

De pronto, convém fazer-se menção aos termos do art. 1.º do Dec.-lei n.º 1029/19.03.1968:

“Art. 1.º: O salário mensal a ser pago aos contratados não poderá exceder de 90% (noventa por cento) do nível de remunera-

ção fixado para a inicial dos cargos do Quadro Permanente de Pessoal Civil do Estado, nos casos de atividades idênticas ou semelhantes, sendo-lhes vedada a concessão, a qualquer título, dos direitos e vantagens deferidos por lei e pelo Estatuto a funcionários, tais como: adicional de tempo de serviço, regime de tempo integral, gratificação de nível universitário e outras de qualquer natureza, respeitando-se, porém, as situações contratuais já existentes e bem assim as normas legais e decisões judiciais específicas.”

A disposição é clara e não permite dúvidas: direitos e vantagens de qualquer espécie, próprios do Estatuto dos Funcionários não são entendidos, em qualquer hipótese, ao pessoal contratado — regime C.L.T.

Dáí porque não seria de se encontrar o contratado percebendo, a qualquer título, vantagem prevista no Estatuto dos Funcionários.

Entretanto, nem sempre assim ocorre.

Dá-se que — e esta é a questão — a gratificação de serviço extraordinário, prevista na lei estatutária é, em alguns casos, estendida ao pessoal contratado, surgindo, por isso, o problema formulado pelo douto Procurador-Chefe.

No que diz respeito às situações anteriores ao aludido Decreto (de 1968) a solução foi dada no mesmo art. 1.º, onde se determinou respeitarem “as situações contratuais já existentes e bem assim as normas legais e decisões judiciais específicas”.

A dúvida reside, justamente, na aludida gratificação estatutária, estendida ao pessoal contratado, após e a despeito da vigência do diploma legal citado.

De pronto, e em um primeiro exame, parece-nos que vedada a concessão, a qualquer título, ao pessoal contratado, de direitos e vantagens previstos no Estatuto dos Funcionários, o ato administrativo que, ao arripio daquele decreto, conceda gratificação estatutária àquele pessoal, é, indubiosamente, *ivado de nulidade* (princípio da legalidade da despesa).

Decorrência disso é que nulo o ato, dele não derivam efeitos válidos.

No autorizado magistério de Hely Lopes Meirelles, “a anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela da Administração. É uma justiça

interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos" (in *Direito Administrativo Brasileiro*, ed. Rev. dos Trib., 2.^a ed. São Paulo, 1966, p. 215).

E, mais adiante:

"Pacífica é hoje a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal pode invalidá-lo tão logo verifique a sua ilegitimidade. Para a anulação desses atos ilegais (não confundir com atos inconvenientes ou inoportunos, que rendem ensejo à *revogação* e não à *anulação*) não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, porque tais atos, sendo nulos, por contrários à lei, não produzem efeitos válidos entre as partes, nem geram direitos subjetivos à sua manutenção." (idem ob. cit. pag. 216).

Destarte, em sede administrativa, colocada assim, a questão não hesitaríamos, *data venia*, em opinar no sentido do imediato cancelamento, sem mais conseqüências, de tais gratificações, por concedidas, evidentemente, em desobediência à norma superior.

Cortado, dado que os que, presentemente percebem aludidas gratificações são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, onde, indiscutivelmente, outros são os princípios norteadores da matéria, sob esse prisma — o do Direito do Trabalho — também deve ser enfocada a questão.

Em sede trabalhista, dizem os doutores que "gratificação é um elemento marginal ao salário, que é o elemento básico da remuneração" (Luís José de Mesquita, in *Das gratificações no Direito do Trabalho*, ed. LTR, São Paulo, 2.^a ed., 1974, pag. 15).

Mas esta afirmação (elemento marginal) merece ser explicada.

Com efeito, nos precisos termos do parágrafo 1.^o do art. 457 da Lei Consolidada, "*integram o salário*, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, *gratificações ajustadas*, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador."

Destarte, no vocábulo "salário" incluem-se as gratificações, *mas aquelas ajustadas*, expressa ou tacitamente, de vez que as *não ajustadas* ficam dele — salário — excluídas.

Ora, se *salário* é "o conjunto de vantagens econômicas, *normais e permanentes*, que obtém o empregado como conseqüência de seu trabalho prestado em virtude de uma relação de emprego" (Pla Rodriguez, in *El salario en el Uruguay*, vol. II, 1956, p. 12, *apud* Luís José Mes-

quita, in ob. loc. cit.), então, parece-nos ser exato concluir-se que as características de *normalidade e permanência* também deverão aparecer na *gratificação*, para que venha ela a participar da *natureza salarial da remuneração*.

Assim, Luís José de Mesquita:

"Aplicando-se ao nosso tema esta observação de que as quantias pagas ao empregado com *normalidade e permanência* são de natureza salarial, temos que as *gratificações, também quando portadoras dessas características, participam da natureza do salário.*" (in ob. cit., pag. 16, grifos do original e rossos)

E, mais adiante, conclui o mesmo Autor, dizendo que "quando, porém, a *normalidade e permanência* não existem, não havendo habitualidade no pagamento da gratificação, por ser ele *excepcional ou esporádico, variável ou irregular, eventual ou incerto, aleatório*, enfim, a *gratificação não é salarial* nem, portanto, contratual" (in ob. cit. pag. 17).

Verdade é que alguns autores nacionais, como o ilustre Prof. J. Martins Catarino, sustentam que *há várias parcelas anormais e transitórias*, percebidas pelo empregado, *que são também salário*.

"Certas parcelas salariais são transitórias ou condicionadas, mas, nem por isso, deixam de ser tais." (in *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, ed. Jur. e Universitária, vol. LI. São Paulo, 1972, p. 441 e 442.)

A despeito da douta opinião do tratadista brasileiro, algumas verdades podem ser estabelecidas, levando-se em conta a natureza salarial, ou não, da gratificação.

Uma: o elemento básico, fixo, que integra o salário não apresenta dificuldades quanto à obrigatoriedade e montante de seu pagamento. *Outra*: os elementos marginais — e, aqui, a gratificação — quando não expressamente contratados, é fundamental que se demonstrem a *normalidade e permanência* dos pagamentos, de maneira a que possam eles — e, no caso, a gratificação — ser considerados como integrantes do salário.

Se *normais e permanentes*, os pagamentos das gratificações integrarão o salário.

Além disso é bom fixar que, modernamente, "*é clara e persistente a tendência atual de incorporar as gratificações ao salário*" (Martins Catarino, in *Tratado Jurídico do Salário*, ed. 1951, p. 463, *apud* Luís José de Mesquita, ob. e loc. citados).

Agora, *quais as conseqüências, no direito do trabalho, quando as gratificações pagas são consideradas salário?*

Dentre as muitas e variadas conclusões possíveis, uma é importante. É que "uma vez estabelecidos a forma e o montante da remuneração, estes não podem ser alterados sem o acordo das partes, e mesmo assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos para o empregado" (Nelino Reis, in *Alteração do Contrato de Trabalho*, ed. Liv. Freitas Bastos, 4.^a ed., Rio, 1968, pag. 265). E ainda (quanto ao salário, especificamente): "a *irredutibilidade* do salário está sujeita a duas ordens de limites, a) *limites legais* — decorrentes de expressa disposição de lei; b) *limites contratuais* — decorrentes da vontade das partes" (Nelino Reis, ob. cit., pag. 265).

Ora, estas as conclusões (proteção jurídica) que se extraem do pagamento de tais gratificações ao pessoal contratado pelo regime da CLT, e que, já se vê, são bem diferentes daquelas a que atingimos, examinando a matéria à luz do direito administrativo — isto é, *caso se tratasse de pessoal sob regime estatutário*.

Com efeito, no foro trabalhista, caso o Estado da Guanabara pretenda cancelar as esdrúxulas e ilegais situações criadas pelo pagamento das tais gratificações, *quando normal e permanente*, terá forçosamente que enfrentar os efeitos jurídicos desta sua atitude.

Então, como agir?

A nós, parece-nos, *salvo melhor juízo*, que a despeito de tudo, e apesar de todo o risco judicial, o melhor procedimento será, realmente, o do cancelamento das gratificações, concedidas sem amparo legal.

Realmente, quando a Administração Pública contrata um empregado, segundo as normas da legislação trabalhista se obriga a lhe dar a proteção que tem qualquer empregado em uma empresa privada. Entretanto, esta assertiva não tem o condão, como no caso em exame, de permitir que a Administração pratique um ato de liberalidade como solução para sanar a irregularidade de outro ato anterior, que concedeu uma gratificação ilegítima e ilegal vindo a consolidar, assim, *contra seu próprio ordenamento jurídico*, um ato eivado de flagrante nulidade.

Nestas condições, parece-nos que o Estado da Guanabara não deva validar aquelas gratificações. Parece-nos mesmo que seria mais danoso (quicá ilegal) admitir-se o contrário, do que sofrer os efeitos de um possível resultado infeliz, em alguma contenda judicial, decorrente de eventuais contratados-Reclamantes, insatisfeitos com a medida corretora do

Estado da Guanabara (e, note-se que, em cada caso, se poderia, ainda, é verdade, opor aos eventuais Reclamantes, e em defesa do Estado da Guanabara, fundadas questões de direito quanto à caracterização salarial da gratificação em causa, em razão da permanência, ou não, de seu pagamento, etc.)

Este é o nosso entendimento, o qual submetemos à alta consideração de V. Exa.

S. m. j.

Em 30 de maio de 1974. — JOSÉ ALBERTO MARINHO SOARES, Procurador do Estado.

Ao Exmo. Sr. Procurador-Geral:

Com brilhante parecer do procurador Marinho Soares, alço a V. Exa. o processo epigrafado, no qual a Secretaria de Planejamento e Coordenação Geral fez consulta relativamente à inclusão ou não da remuneração de horas extras para o efeito de cálculo das importâncias referentes a férias, 13.^o salário e repouso semanal.

Como bem salientou o parecerista, embora haja bons argumentos para repelir-se a tese de que referida remuneração deva ser computada para aqueles efeitos, dá-se que, exceto quanto aos repousos, o *E. TST já tem jurisprudência firmada a respeito*, ou seja: a Súmula n.^o 45 manda considerar a remuneração de horas extras habituais no pagamento do 13.^o salário e o Prejulgado 24 determina a adoção do mesmo critério no tocante ao pagamento das férias.

De nada adiantará, pois, ao Estado-empregador tomar orientação diversa da assentada pela cúpula do judiciário trabalhista, pois não terá como sustentá-la em sede judicial.

No tocante ao repouso remunerado, e *data venia* dos ilustres advogados da Fundação Leão XIII, inexistindo Prejulgado ou Súmula do E. TST que a tanto obrigue, prevalece a lei, que exclui o cômputo da remuneração de horas suplementares para o efeito de cálculo da remuneração dos repousos (art. 7.^o, *a*, da Lei 605/49).

Embora a tanto não se estenda a consulta, a mesma afirmativa é válida no que se refere aos depósitos para o FGTS (art. 2.^o da Lei 5.107/66) e apesar de que a orientação jurisprudencial se firma em sentido contrário.

De suma importância, no caso, porém, é o frisar-se que só as horas extras habituais, como tais entendidas as que se prestaram diuturnamente, meses e meses seguidos, integram a remuneração para os referidos efeitos.

Por derradeiro, o parecerista versa o aspecto da gratificação estatutária de serviço extraordinário, que, em muitos setores da Administração, foi estendida, com expressa proibição do Dec. 1.029/68 (parte final do art. 1.º) a servidores contratados.

Caso é, como propõe o parecerista, de cancelamento da gratificação, ainda que se arrisque o Estado a contundentes derrotas perante a Justiça do Trabalho.

A prevalecer, porém, a gratificação estatutária em apreço, tendo ela uma natureza mais intimamente salarial que o simples adicional de horas extras da CLT, constitui-se em parcela marginal ajustada da retribuição, e neste caso, *ex-vi* do art. 457 da CLT, integra o salário e é computável para todos os efeitos legais.

A elevada consideração de V. Exa.

JOSÉ ANTUNES DE CARVALHO, Procurador-Chefe da Procuradoria de Assuntos Trabalhistas e Previdenciários.

IMÓVEL DESAPROPRIADO. CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO E DE DÉBITO FISCAL APÓS A IMISSÃO, DE FATO, NA POSSE DO IMÓVEL

1. Cuida-se de averbação, na repartição fiscal competente, da consumação de desapropriação do terreno junto e artes do número 32 da Rua Marechal Trompowsky, nesta Cidade, pertencente ao Sr. Orlando de Noronha Cavalcanti, a fim de que sejam cancelados os débitos fiscais (taxa de serviços diversos e expediente) incidentes sobre dito imóvel após sua desapropriação.

2. É, em síntese, o pedido do ex-proprietário do imóvel.

3. Alega o requerente que:

I — o imóvel está isento do pagamento de imposto territorial;

II — pagou, até o exercício de 1972, inclusive, as taxas que recaem sobre o terreno;

III — recebeu, em 12.02.1973, o preço relativo ao terreno expropriado;

IV — antes do pagamento e, também, da ordem de imissão de posse expedida pelo Juiz da 2.ª Vara da Fazenda Pública, o Estado já ocupava o terreno;

V — há algum tempo vem solicitando, verbalmente e por escrito, que se cancele a inscrição do imóvel desapropriado;

VI — em 08.05.1975, recebeu o 2.º convite para pagar as taxas que recaem sobre o terreno, relativas ao exercício de 1975.

4. Constatam da instrução processual os seguintes dados:

I — O terreno se encontra isento do imposto territorial, a partir de 1958, isenção concedida com fundamento na Lei n.º 718, de 09.08.1952 (cfr. proc. 04/305987/73, fls. 12);

II — o Estado imitiu-se, de fato, na posse do terreno, conforme informações de fls. 3v. e 10 do proc. 04/305.987/73, sendo que a de fls. 3v., datada de 13 de agosto de 1973, está assim redigida:

“As obras de implantação da Av. Canal do Rio Maracanã já foram executadas no local em questão, pelo 8 DC do D.V.U. (grifei).”

III — o Estado, em 18.03.1975, requereu imissão definitiva na posse do imóvel.

5. A solução da hipótese enfocada está apenas na dependência de se apurar quando o Estado imitiu-se na posse do imóvel, já que dúvida inexistente no que concerne à inexibibilidade do pagamento das taxas mencionadas a partir da imissão de posse, de fato, do imóvel.

6. A obrigatoriedade do pagamento de impostos que incidem sobre imóveis sofre restrição quando é expedido o decreto de declaração de utilidade pública para fins de desapropriação e a de tributos (impostos e taxas) a partir do momento em que o Poder Público se imite (de fato) ou é imitado (de fato e de direito) na posse do imóvel, mediante prévia composição amigável ou em virtude de ordem judicial.

7. A Lei n.º 1.165, de 13 de dezembro de 1966, em seus artigos 143 e 208, traça normas a respeito, assim sumariadas:

a) fica suspenso o pagamento do imposto territorial referente a terrenos para os quais exista decreto de desapropriação, enquanto o Estado não é imitado na posse do imóvel;