

CNRH
ASSESSORIA
VERSÃO PRELIMINAR
JUNHO 1979

O ANTEPROJETO DA NOVA CLT E O FGTS .

Brancolina Ferreira

O ANTEPROJETO DA NOVA CLT E O FGTS

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O trabalho solicitado à Comissão Interministerial encarregada de propor uma atualização da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT⁽¹⁾, não incluía a determinação de uma reavaliação e revisão das leis e normas que regem as relações entre capital e trabalho no Brasil. Tratava-se, mais simplesmente, de "reagrupar", "reconsolidar" em um único documento, as determinações que nos últimos anos foram sendo incorporadas à legislação trabalhista vigente.

A tarefa não pressupunha o acionamento de imaginação criadora, no sentido de serem feitas proposições originais e muito menos, o envolvimento de todos os interessados. Antes, exigia a paciência e o talento de artesãos que, com precauções e cuidados, deveriam "montar", "costurar", em uma nova colcha, os retalhos que o tempo e a legislação em cima de fatos sociais concretos foram acumulando.

Assim, não causa surpresa observar no produto final oferecido alguns dos mesmos vícios já presentes na legislação trabalhista desde que surgiu, na forma de CLT, pela primeira vez em 1943⁽²⁾. Por isso, quando em sua parte introdutória, os autores dessa nova consolidação de leis do trabalho afirmam que "..... (a CLT)

(1) O Anteprojeto da nova Consolidação das Leis do Trabalho foi fruto do trabalho de uma Comissão Interministerial, para este fim constituída (Portaria nº 542, de 19 de setembro de 1975 dos Ministros da Justiça e do Trabalho), e foi publicado no D.O.U. de 2 de maio de 1979.

(2) É de domínio público, e já demonstrado por vários estudiosos, que a legislação trabalhista outorgada ao País pelo Estado Novo (Governo Vargas) e, que até hoje mantém-se como parâmetro fundamental das regras que regulam as relações de produção, foi inspirada na "Carta Del Lavoro", confeccionada, esta, pelo facismo italiano pré-segunda guerra mundial.

constitue um patrimônio jurídico que cumpre preservar....." abrem ao debate a questão mais ampla e fundamental de se eleger, ou selecionar, o que deve ser preservado.

De saída, contudo, sobressai a questão, já levantada - das origens da nossa legislação trabalhista. Nesse sentido, a atual conjuntura política e social pressupõe que, de modo firme e seguro, os mecanismos e instrumentos autoritários e anti-democráticos sejam devidamente afastados, no cumprimento de um novo pacto-social de caráter mais democrático. Consequentemente, no âmbito da questão em foco, seria não apenas desejável, mas necessário, que a nova Consolidação das Leis de Trabalho, em definitivo, deixasse de ser expressão unívoca dos interesses de uma classe social e, se transfigurasse em um instrumental que, efetivamente pudesse regular as relações entre o capital e o trabalho, sem que os interesses de quaisquer das partes pudessem ficar sobredimensionados.

Cumpra, necessariamente, analisar e avaliar a proposta da CLT em termos das funções que deve desempenhar na sociedade brasileira atual e futura. Deve constituir-se em um mecanismo que, de fato, garanta a cada indivíduo o direito ao trabalho, inclusive com a previsão das garantias mais fundamentais, como recomendam os diversos estatutos internacionais dos quais o Brasil é também signatário (desde a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, até as convenções retificadas por nosso País nos foros da OIT e da UNESCO).

Os possíveis erros e acertos que a CLT em vigor contém apenas devem servir de guias, de alertas, no sentido de não possibilitar a repetição dos primeiros e de preservar os segundos, inclusive cuidando para que estes não se transformem em entraves ao longo do tempo. É importante a manutenção de espírito aberto e de permanente preocupação com as mudanças sociais, que numa sociedade em desenvolvimento como a nossa, ocorrem com velocidade e exigem constantes aperfeiçoamentos. Tal não significa, contudo, que se deva "legislar causuísticamente". Esse procedimento que tem sido relati

vamente constante na nossa história, deve ser definitivamente afastado. Se trata agora de propor que em momentos de inflexão conjuntural haja flexibilidade suficiente para não tornar eternas regras que se tornaram obsoletas. De constante e permanente deve ser conquistado e preservado o caráter democrático da CLT, com ênfase à disseminação de mecanismos que garantam o equilíbrio entre as forças sociais expressas pelo capital e pelo trabalho ⁽¹⁾.

Como ainda se trata simplesmente da "atualização" da legislação vigente e não da "substituição" que o avanço das forças produtivas está a exigir, de saída se garante a permanência do espírito autoritário que, originalmente a inspirou e, que ao longo do tempo, tem aliado dos benefícios do crescimento econômico a maioria da população (desvalorização dos salários, alta rotatividade da mão-de-obra, instabilidade econômica, acesso diferenciado aos bens e serviços que a sociedade produz, prevalescência de elevados níveis de miséria, etc...). Esta situação tem que ser alterada e nada é mais significativo do que incorporar as aspirações de maior participação econômica, política e social da população, na elaboração de uma nova CLT.

(1) Tem sido proposto por representantes sindicais, juristas e empresários que a CLT, seja substituída por um "Código do Trabalho", que apenas trace os parâmetros gerais das relações entre empregados e empregadores. As questões específicas seriam encaminhadas e resolvidas à nível de negociações coletivas, de caráter bi ou tri-lateral. Nesse caso, a Justiça do Trabalho teria que ser aperfeiçoada de modo a que lhe fosse garantida maior autonomia e capacidade normativa.

Os que se antepõem a esse tipo de solução argumentam com as disparidades regionais e setoriais dos trabalhadores. As categorias menos organizadas, seriam prejudicadas nas negociações, se é que chegassem à elas.

Os defensores do estabelecimento de um "Código do Trabalho" acreditam, contudo, que a conscientização e decorrente organização dos trabalhadores, seriam apressadas, pois a expectativa de proteção, seria substituída pela necessidade da conquista de direitos.

Os diversos depoimentos de líderes sindicais⁽¹⁾ apontam a necessidade dos trabalhadores serem ouvidos e terem suas propostas um encaminhamento correto, sobretudo no que diz respeito a aspectos da CLT que tratam da política salarial, do estatuto da indenização e da estabilidade, do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), da organização sindical, etc.

Nessa medida, constitui um ponto importante o questionamento da composição da própria Comissão Interministerial encarregada da formulação ora em debate, já que não foram a ela agregados os elementos representativos do "fator trabalho". Não se trata de questionar, muito menos negar, os méritos pessoais e profissionais dos seus integrantes. Trata-se, mais uma vez, de reconhecer que o trabalho realizado readquire o caráter de instrumento paternalística e autoritariamente outorgado pelo Estado às classes trabalhadoras.

Os pedidos de sugestões que a Comissão formulou aos diversos setores sociais e a ponderável número de respostas recebidas não são suficientes, per-si, para caracterizar uma maior abertura na montagem desse anteprojeto da nova CLT, mesmo porque existem diferenças substanciais entre meramente "sugerir" e, realmente, "decidir". O debate aberto sobre o tema torna-se, portanto, sumamente relevante ao aperfeiçoamento da CLT. Apenas na medida em que todos os interessados dela tomarem real e efetivo conhecimento e, com base na praxis testada no dia a dia, fizerem sugestões e forem capazes de interferirem no resultado final, - ela poderá ser aperfeiçoada, mudar qualitativamente e refletir o nível de maturidade das relações de produção no País.

(1) Todas as questões relevantes à legislação trabalhista vêm sendo enfocadas e discutidas por líderes sindicais e trabalhadores em geral, especialmente, a partir das greves dos operários metalúrgicos do ABCD, que eclodiram em maio de 1978.

A nosso ver, cabe, com relação ao Anteprojeto da nova CLT, em discussão, dois níveis de considerações, que de qualquer forma são interdependentes:

- a) um de caráter técnico-jurídico, que ao nível das formulações apresentadas, aponte as possíveis incorreções e/ou incoerências e, em decorrência, formule sugestões concretas, para imediata incorporação ao texto;
- b) outra; de caráter político e social, que aponte os seus possíveis avanços e/ou retrocessos e, contribua para a formulação de novas diretrizes.

Ainda mais, respeitando as jurisprudências firmadas em situações concretas, não previstas no texto da CLT em vigor e, principalmente, respeitando as manifestações expressas repetidamente através de canais reconhecidamente competentes ou não, no sentido de sua modernização, a nova CLT deve existir como uma forma de expressar, de modo organizado, os usos, os costumes e as necessidades da sociedade a que se refere.

2. O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, tem existência relativamente recente, resultado que foi da lei nº 107, de 13 de setembro de 1966, e das alterações nela acrescentadas pelo decreto-lei nº 20, de 14 de setembro de 1966⁽¹⁾. Seus objetivos explícitos falavam em assegurar aos empregados o recebimento da indenização por antiguidade no emprego e, nessa medida, alterou inclusive o critério para o cálculo das indenizações. Seu sentido social e econômico estaria justificado e garantido enquanto pudessem constituir um fundo de poupanças forçadas do trabalhador, capaz de provê-lo em maus momentos conjunturais (tais como: situação de desemprego, necessidades graves e prementes do empregado e de sua família, edificação da casa própria, auxílio no tempo de casamento, provimento de despesas iniciais de estabelecimento por conta própria), ou para ser sacada quando do afastamento do emprego da vida econômica ativa e, finalmente, como pecúlio para a família em caso de morte.

Ao nível de tais proposições o FGTS poderia ter significado um notável avanço na legislação trabalhista do País, se não tivesse colidido com uma outra instituição também de importância fundamental para garantir a dignidade do trabalho e do trabalhador: o estatuto da estabilidade. Teoricamente, os dois sistemas teriam existência paralela, cabendo ao empregado escolher livremente entre os dois. Na prática não foi o que ocorreu.

a) O FGTS e a Estabilidade e a Indenização

A estabilidade no emprego em suas várias modalidades, constitui, juntamente com a participação na direção e nos lucros da

(1) O FGTS foi regulamentado pelo Decreto nº 59 820, de 20 de dezembro de 1966.

empresa, uma das questões mais relevantes e fundamentais do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo. A lei civil de vários países prevê e garante, tanto ao empregado, quanto ao empregador, o direito recíproco de rescisão do contrato de trabalho, bem como a delimitação do prazo máximo de duração dos contratos de prazo indeterminado.

No intuito de prevenir que haja rompimento abusivo do contrato de trabalho, que possa acarretar prejuízos a qualquer das partes, foi instituído o aviso-prévio. Existem formas variadas de aviso-prévio, variando conforme o País, por tipo de atividades, por tipo de contrato de trabalho, etc.; em geral pode variar de 8 dias até um ano. Ao lado do aviso-prévio, desenvolveu-se aos poucos, a instituição da indenização por antiguidades: embora possa receber o aviso-prévio, nem por isso cessa o dano que o empregado sofre com a perda do emprego. Nessa medida, a indenização incorporou-se a legislação trabalhista de vários países, quase sempre calculada proporcionalmente ao tempo de serviço do empregado e, em muitos dos casos, como no Brasil, previamente fixada por lei.

Em alguns países, a evolução das forças produtivas gerou a necessidade de ser assumido como fundamental o direito do trabalhador ao trabalho e, conseqüentemente, de se criarem mecanismos legais que dificultem a rotatividade da mão-de-obra, tida como indesejável ao bem estar e à paz social ⁽¹⁾.

A questão da estabilidade se coloca de modo subjacente à da fixação de uma possível indenização: sendo o empregado obrigado a cumprir o contrato de trabalho em todos os seus termos, e não havendo motivo relevante para a rescisão contratual, não teria ele

(1) Sobre esta matéria consultar a obra de Prado, Roberto Barreto - " Tratado de Direito do Trabalho", Vol.I e II. Editora Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo 1971.

direito a permanecer no emprego? Pode o empregador compelir o empregado a deixar o emprego ainda que não haja nenhum motivo justo para a despedida?

Na França, existe a exigência legal de que a despedida se dê apenas em função de uma causa justa e real devendo a questão ser submetida à decisão judicial, que emitirá sentença definitiva. Se não forem comprovadas as alegações do empregador o mesmo ficará sujeito desde reintegrar o empregado injustamente dispensado até ao pagamento de cominações consideravelmente elevadas.

No México, a despedida sem justa causa também pode provocar efeitos semelhantes: o empregado pode escolher entre a reintegração no emprego e uma indenização equivalente a 3 (três) meses de salários.

Na Argentina apenas algumas categorias profissionais gozam de estabilidade efetiva, por força de leis específicas (bancários e empregados de empresas de seguros, resseguros, capitalização). Não podem ser despedidos, exceto nos casos de justa causa previstos em lei. Caso a empresa recuse reintegrar um empregado injustamente demitido, será obrigada a pagar-lhe os salários, como se estivesse trabalhando, até que adquira a aposentadoria.

Na Itália a estabilidade pode resultar de livre acordo estabelecido entre as partes, que no contrato de trabalho podem estipular cláusulas a esse respeito. A lei regula apenas os seus efeitos jurídicos.

Na Espanha, o empregado despedido sem justa causa poderá optar entre sua reintegração no emprego e o pagamento de uma indenização fixada pelo Magistrado do Trabalho, que poderá atingir até o limite de um ano de salário. Quando se tratar de empresa de menos de 50 empregados fixos a opção pertence ao empregador.

Nos Estados Unidos existe um sistema de controle de despedidas injustas ou aleatórias que é imposto pela força sindical,

que tem seus parâmetros básicos fixados nos amplos contratos coletivos de trabalho.

Talvez em poucos países capitalistas a estabilidade do trabalhador esteja tão amplamente amparada como na Alemanha Ocidental, onde lei federal, de 10 de agosto de 1951, assegura a estabilidade aos empregados, dispondo que a despedida socialmente injustificada carece de efeito legal. A lei garante o direito ao emprego ao empregado que tenha pelo menos 20 anos de idade e conte com mais de 6 (seis) meses de atividade, sem qualquer interrupção, para a mesma empresa ou estabelecimento. Em Berlim, o tempo de serviço necessário à aquisição da estabilidade é de apenas 3 (três) meses. A partir do momento que recebe o aviso-prévio o empregado dispõe de um prazo de 3 (três) semanas, para pleitear judicialmente a declaração da nulidade da despedida. Após este prazo, se não se manifestar, o aviso-prévio produz seus efeitos, e o contrato de trabalho se rescinde.

Caso a despedida seja considerada, pela justiça, como socialmente injustificada, perde seu efeito jurídico e passa a ser tida como inexistente. Como socialmente injustificada é considerada a despedida que não apresente motivos reais para se opor à continuação do contrato de trabalho, quer com relação à pessoa do empregado, à sua conduta como profissional, ou às necessidades imperiosas da empresa. Sempre cabe ao empregador efetuar prova dos motivos alegados que teriam determinado a despedida.

Ao empregado é ainda facultada a possibilidade de, no prazo de uma semana a partir do aviso-prévio, e sem prejuízo de seu direito de recorrer à ação judicial, apresentar uma queixa contra o ato do empregador perante o Conselho do estabelecimento. Este, caso a entenda procedente, deverá promover o entendimento entre o empregado e o empregador.

O Juízo do Trabalho ao proferir a sentença deve proclamar, se for o caso, que a relação de trabalho persiste e que a con-

sequente reintegração não pode ser substituída pelo pagamento de qualquer indenização. A estabilidade torna-se absolutamente garantida. Se for decidida a dissolução da relação de trabalho, o Juiz pode condenar o empregador ao pagamento de uma indenização. Isso é possível acontecer em atendimento a pedido do empregado, ou então quando o Juiz chega a conclusão de que continuação do contrato de trabalho será objetivamente prejudicial aos fins do estabelecimento. Se o empregador, quando for assim decidido, se recusar a reintegrar o empregado, fica obrigado a lhe pagar os salários como se não tivesse havido interrupção na prestação de serviços.

No Brasil algumas das atuais lideranças trabalhistas vem recolocando a necessidade de se rever a questão da estabilidade no emprego, questão que consideram ter ficado prejudicada com o advento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Enquanto em outros países o desenvolvimento econômico e social também significou, entre outras, a conquista de níveis crescentes de segurança no trabalho, aqui deu-se o inverso: ao invés de avanços reais no sistema de estabilidade, verificou-se o seu congelamento e, mesmo, retrocesso.

Ainda vigora, e o atual anteprojeto sobre a Consolidação das Leis do Trabalho em exame prevê a continuidade, os mecanismos que regulam a estabilidade do trabalhador no emprego:

- (i) estabilidade que o empregado adquire após prestar 10 anos de serviço para a mesma empresa e, desde que não haja optado pelo sistema do FGTS;
- (ii) estabilidade que pode resultar de cláusula livremente celebrada entre as partes, respeitado as disposições legais sobre o FGTS;
- (iii) estabilidade que a lei confere aos dirigentes sindicais (de caráter provisório, já que perde o efeito do fim de prazos reduzidos).

Como fica claro, a estabilidade é aqui sempre relativa, tendo dois condicionantes fundamentais que quase sempre tem im-

plicado na sua renúncia: a subordinação ao FGTS, por um lado, e a necessidade de ocorrência de um espaço de tempo muito longo (10 anos) quando não prevalece o primeiro obstáculo.

O nível de desenvolvimento econômico, político e social do Brasil já é mais do que suficiente para absorver modificações na legislação trabalhista, que entre outros resultados, possa acrescer o do direito do trabalhador a permanecer no seu posto de trabalho. É claro que não se trata de propor o mero descarte do FGTS. Antes pelo contrário, trata-se de efetuar a junção de mecanismos que, a par da "garantia financeira" para fins de justo ressarcimento pelo tempo de serviço, garantam a permanência no emprego. Entre outras, esta seria uma forma justa de garantir maior equidade nas relações entre os fatores de produção, dos quais o fator trabalho, em todos os aspectos, é o mais frágil.

Deve ainda ficar claro, que não se trata aqui, de meramente e em abstrato defender a eternidade e inflexibilidade de um vínculo (o de trabalho) que pode, perfeitamente ser susceptível de disputas, as quais julgadas por instâncias adequadas, podem determinar sua solubilidade.

O que deve ser retificado em primeiro lugar, no Anteprojeto em estudo sobre a CLT, é o fato de que, objetivamente o Estatuto da Estabilidade e o do FGTS não se equivalem nem no plano pecuniário, e menos ainda no plano político.

A filosofia do FGTS é oposta a da estabilidade e da indenização, pois confere ao empregador poder descricionário para demitir qualquer de seus empregados a qualquer momento. Na medida em que a legislação obriga o empregador ao depósito compulsório mensal no montante de 8% do total da remuneração devida a cada empregado, o desobriga de levar em conta motivos justos e reais para efetuar, unilateralmente, a rescisão do contrato de trabalho. Essa possibilidade, que tem sido usual desde a instituição do FGTS tem efeitos sociais e econômicos bastante danosos à paz social, refletindo uma imposição de força.

O FGTS não poderia ter substituído tão drasticamente os regimes de estabilidade e, de indenizações, pois significou um recuo nas conquistas reais dos assalariados. Não se trata apenas de atribuir e garantir uma certa quantia em dinheiro ao empregado quando bruscamente privado de seu contrato de trabalho, a fim de lhe garantir a subsistência no futuro imediato. Nesse sentido funcionaria como uma espécie disfarçada de salário desemprego. Não foi esta a expressa destinação que os instrumentos que o criaram pressupunham. As resoluções que propuseram e defenderam a instituição do FGTS não falavam em retrocessos, nem em perdas de direitos adquiridos pelos assalariados, mas em avanço, em garantias de recebimento de uma justa retribuição no final da vida economicamente ativa dos assalariados.

Uma reinterpretação do FGTS se impõe, no sentido de não permitir que continue colidindo com os estatutos da estabilidade e da indenização.

O Anteprojeto da CLT, em estudo, dá um tímido passo nessa direção ao redimensionar o adicional que o empregador terá que pagar ao empregado sem justa causa:

"Art.122 - Na cessação do contrato de trabalho por prazo indeterminado, por ato do empregador, sem justa causa, inclusive em qualquer das hipóteses previstas no art. 74^(*), será ele obrigado a pagar diretamente ao empregado optante:

I - os valores relativos aos depósitos correspondentes ao mês da cessação e, se for o caso, ao mês anterior;

(*) O art. 74 prevê as situações em que o empregado poderá dar por findo o seu contrato de trabalho e reivindicar a indenização devida.

II - a importância correspondente a 2% (dois por cento) da maior renumeração mensal percebida na empresa, multiplicada pelo número de meses trabalhados após a opção, considerando-se como mês completo a fração igual ou superior a 15 (quinze) dias.

§ 1º - o disposto neste artigo também se aplica aos casos de cessação do contrato de trabalho por motivo de culpa recíproca ou de força maior, reduzida a percentagem à metade.

§ 2º - Na extinção do contrato de trabalho, em virtude de aposentadoria ou do implemento do termo estipulado, o empregador pagará diretamente ao empregado optante os valores a que se refere o inciso I deste artigo.

§ 3º - O empregador pagará também diretamente ao empregado, quando for o caso, as importâncias correspondentes a 8% (oito por cento) sobre as parcelas relativas à sua remuneração inclusive gratificação anual, e cujo pagamento se torna exigível após a cessação do contrato.

§ 4º - As importâncias de que trata este artigo deverão constar do recibo de quitação, observado o disposto nos parágrafos do art. 82^(*)".

Até o momento, o estabelecido quanto aos eventuais resarcimentos devidos pelo empregador ao empregado demitido sem justa causa, refere-se à obrigação do empregador depositar na conta do empregado despedido sem justa causa, 10% (dez por cento) dos valores do depósito, da correção monetária e dos juros capitalizados, correspondentes ao tempo de serviço do empregado na empresa. Esta retribuição tem sido considerada insuficiente à uma indenização que de fato corresponda aos danos e prejuízos causados ao empregado com a perda injustificada de seu posto de trabalho.

O disposto no item I, do art. 122, não constitui novidade, nem benefício adicional concedido ao trabalhador. Trata-se apenas de esclarecer um procedimento que poderia vir a gerar erros de interpretação uma vez que é facultado ao empregador proceder ao depósito relativo à conta vinculada de cada empregado até o último dia útil do mês subsequente a que se refere.

A proposta de estabelecimento de uma multa relativamente mais onerosa, quando e se ocorrer uma despedida sem justa causa (inciso II do artigo 122), representa um avanço e implícito reconhecimento da responsabilidade social e econômica do empregador não apenas para com o empregado mas, sobretudo, para com a sociedade. Resta, contudo, a questão mais delicada do conhecimento da política salarial de cada empresa ou empregador, os quais, com frequência, mantêm em sigilo as tabelas e níveis salariais que adotam.

(*) O art. 82 que trata do recibo de quitação, dispõe em seu § 4º que "nenhuma compensação poderá ser superior a 1 (um) mês de remuneração do empregado".

Com certeza, será objeto de controvérsias o entendimento da "maior remuneração mensal percebida na empresa", sobretudo sobre a incorporação ou não, para efeito deste cálculo, das vantagens pecuniárias advindas do exercício de altos cargos executivos e/ou de confiança, quais sejam, as gratificações por função e aquelas que habitualmente são agregadas às remunerações dos executivos, dirigentes ou gerentes de certas empresas, apenas em determinadas épocas do ano, a título de participação nos lucros, bem como a outras formas que as empresas encontram de proporcionarem remunerações elevadas aos ocupantes dos postos diretivos de nível hierárquico mais alto, formas estas nem sempre possíveis de serem detectadas pelo simples exame das tabelas salariais vigentes. Este ponto chama a atenção, pois o artigo 167, do anteprojeto define o salário como sendo:

"Art. 167 - Salário é a contraprestação devida pelo empregador ao empregado como retribuição dos serviços ajustados no contrato de trabalho, qualquer que seja a designação ou método de cálculo. (Grifo nosso).

§ 1º - integram o salário:

- a) o salário base assim considerada a importância fixa estipulada por unidades de tempo, obra ou serviço;
- b) as comissões sobre vendas, cobranças e outros negócios jurídicos;
- c) as percentagens ajustadas sobre os lucros ou o faturamento da empresa ou do estabelecimento;
- d) as gratificações expressamente ajustadas ou pagas com habitualidade;

- e) os prêmios concedidos como contraprestação dos serviços executados;
- f) os adicionais previstos nesta consolidação e os contratuais de natureza retributiva.

§ 2º - Os adicionais a que se refere a alínea "f" do parágrafo anterior só serão devidos enquanto perdurar a situação determinante da obrigação".

Para evitar fraudes na fixação das compensações devidas, haverá a necessidade de recorrências constantes às instâncias judiciais competentes, para derimirem dúvidas e arbitrarem o valor da compensação a ser paga ao empregado demitido injustamente.

Com isso, caso os procedimentos da Justiça do Trabalho não sejam agilizados, será demorado o processo de recebimento de compensação, o que prejudicará o empregado, sobretudo os de salários mais baixos. Em casos como estes, o empregado poderia vir a ajustar acordo com o empregador, sempre com prejuízo real de seus direitos.

Outro ponto que fica obscuro é o § 4º do item II do art. 122, quando cotejado com § 4º do art. 82. Não fica claro, sobretudo, o que os legisladores estão chamando de "compensação" devida ao trabalhador, nem as razões da impossibilidade da mesma vir a ser superior a 1(um) mês de remuneração do empregado. Esta normatização limita e constrange a possibilidade de estabelecimento de acordos entre patrões e empregados.

O art. 90, do anteprojeto, situa como equivalentes o regime do FGTS, de um lado, e de outro o estabelecido nos art. 61 a 89 quanto a cessação do contrato de trabalho (inclusive das indenizações devidas, da justa causa para resolução dos contratos, do aviso-prévio, do recibo de quitação e da estabilidade no emprego).

É preceito aceito em todos os países civilizados o que estabelece que não é lícito ao empregado renunciar a direitos adquiridos por força de lei⁽¹⁾. A renúncia ao direito de estabilidade enquadra-se, perfeitamente, no espírito deste dispositivo. O mais estranho é a verificação de que a instituição do FGTS que deveria funcionar como uma garantia adicional que a lei tivesse estabelecido a favor do assalariado, volta-se contra ele, - trabalhador assalariado -, na prática. A incorporação do FGTS ao texto da CLT, conforme o anteprojeto em estudo, em nada contribui ao aperfeiçoamento das relações entre capital e trabalho. Existem várias leis e mecanismos que garantem e incentivam em nosso país as atividades empresariais. Não é reinvidicar no vazio, levantar sugestões de tratamento, também protecionista, ao fator trabalho.

O anteprojeto de CLT absorveu, e assim consagrou, diversos mecanismos francamente desfavoráveis a conquista da estabilidade no emprego, por parte do assalariado:

"Art. 119 - Na cessação do contrato de trabalho de empregado não optante, ressalvada a hipótese do artigo seguinte, o valor da respectiva conta individualizada poderá ser le-

(1) Já em 1911, Nicanor do Nascimento, ao propor um projeto de legislação trabalhista fixava esse ponto de vista, referindo-se sobretudo ao dispositivo que pretendia fazer aprovar, que proibia o trabalho nos domingos e feriados e o repouso semanal de 24 horas seguidas. "... em hipótese alguma seria dispensado o repouso semanal, ainda quando o parecesse querer dispensar voluntariamente, o empregado". (Em Sussekind, Arnaldo; Maranhão, Délio; Vianna Segadas: "Instituições do Direito do Trabalho". Vol. 1, 5a Ed., Livraria Freitas Bastos S/A. São Paulo 1971).

vantada pelo empregador" (grifo nosso)

"art. 120 - A conta individualizada reverterá em favor do empregado não optante, quando:

- I - for despedido sem justa causa, antes de completar um ano de serviço.
- II - o contrato por tempo determinado extinguir-se no termo estipulado;
- III - o contrato para obra certa extinguir-se em virtude de seu término.

§ Único: Quando o empregado não optante, antes de completar um ano de serviço, for demitido por justa causa ou pedir dispensa, a conta individualizada reverterá em favor do FGTS.

O Anteprojeto da nova CLT, havia definido em artigo anterior a impossibilidade de recebimento de qualquer ressarcimento financeiro pelo emprego não optante do FGTS que fosse demitido antes de ter completado um ano de serviço:

"Art. 62 - A indenização de antiguidade devida pelo empregador corresponderá a um mês de remuneração por ano de serviço, ou fração igual ou superior a seis meses.

§ 1º - Antes de completado o primeiro ano de vigência do contrato, nenhuma indenização será devida."

Um exame mais demorado desses artigos (62, 119 e 120) revela que podem dificultar a intenção do assalariado de conquistar o direito de estabilidade.

Em primeiro lugar, a não opção pelo FGTS significaria que o empregado assume o risco de não receber qualquer indenização, caso perca seu emprego antes de completar 1 (um) ano de atividade na empresa ou estabelecimento. Com o advento do FGTS, sobretudo no que se refere ao depósito devido pelo empregador mesmo que o empregado não seja optante, (artigo 91, § 1º), tal risco não existe, já que, em contraposição ao artigo 62, o artigo 120 introduz e regula a possibilidade de ressarcimento financeiro. Nessa medida, a legislação reconhece o direito do recebimento de algum tipo de indenização por parte do trabalhador assalariado que tenha sido despedido sem justa causa, mesmo que não tenha completado o tempo mínimo de trabalho necessário (conforme definido no artigo 62, § 1º, que assim per de seu significado prático).

A possibilidade do empregador levantar a conta individualizada de trabalhador não optante e cujo contrato de trabalho tenha sido rescindido (artigos 119 e 120) deve ser reavaliada, mesmo porque, é uma norma consagrada que os dispêndios com os chamados "encargos sociais" de cada empresa ou estabelecimento, entre os quais se inclui os relativos ao FGTS, sejam repassados ao consumidor, via cálculo dos custos das mercadorias ou serviços colocados no mercado.

A legislação favorece prioritariamente ao empregador e ao próprio Fundo ao estabelecer as situações nas quais o montante de contas individualizadas, no todo ou em parte (como será visto mais adiante) revertem, não para o trabalhador, mas para empregadores, ou mesmo, para o Fundo.

b) O caráter da opção pelo FGTS. A retratação: possibilidades

Por todos os meios é incentivada a opção pelo FGTS, inclusive devendo o empregador agir, na prática, como se o empregado fosse optante (obrigatoriedade de depositar, mensalmente a parcela que seria devida, caso o empregado houvesse optado).

A opção, inclusive como recolocada no texto do anteprojeto da nova CLT, é claramente induzida. Por um lado, existe uma série de incentivos (indução) à opção pelo FGTS e, por outro, é levantada uma série de obstáculos que dificultam a possibilidade de retratação: deve ser feita em prazo limitado e está sujeita à uma série de pré-condições. Primeiramente, só poderá haver retratação dentro de um prazo de 365 dias, a contar da data da opção, desde que a conta vinculada não tenha sido movimentada, devendo, obrigatoriamente, ser homologada pela Justiça do Trabalho (art.95).

A retratação, uma vez que a conta vinculada não tivesse sido movimentada, deveria ser possível a qualquer tempo. Esta delimitação de prazo impede o exercício efetivo da retratação.

Por outro lado, a opção pode ter, inclusive, efeito retroativo (seu limite máximo é dado pela entrada em vigor do FGTS - 1º de janeiro de 1967). Nesse sentido, deveria também ser garantida à retratação o mesmo tratamento. Mesmo que o empregado jamais tenha movimentado sua conta, se se retratar, o tempo em que foi optante não será computado para efeito de estabilidade. Este procedimento deve ser alterado, pois quando, no sentido inverso, faz a opção pelo FGTS, perde o direito à estabilidade e à indenização por tempo de serviço.

O fato mais relevante quanto à opção, no entanto, diz respeito ao seu caráter compulsório. O elevado índice de opções (que atinge a 97% dos empregados urbanos, conforme exposto no item nº 75, da "Justificação sumária do anteprojeto revisto da nova CLT"), re-

Por outra parte, são os trabalhadores assalariados que com frequência, reclamam da alta rotatividade que o sistema do FGTS, se não impõe expressamente, na prática, facilita.

Conforme estabelece o artigo 73, do anteprojeto, que trata dos motivos para rescisão do contrato de trabalho por justa causa, não é fácil a despedida de um trabalhador estável, inclusive porque sujeita a comprovação dos motivos alegados frente à justifica do Trabalho. Enquanto prevalecer a subordinação do FGTS, como está estabelecido, o trabalhador não tem direito assegurado de permanência no seu posto de trabalho. Questões que em tese colocam como em plano de igualdade as posições relativas a patrões e empregados (como o artigo 60, que estabelece as condições em que o empregador pode transferir o empregado para localidade diversas daquela onde esteja trabalhando) -, na prática nada significam. De nada adianta sujeitar certas ações do empregador à aprovação do empregado se não existe a garantia de permanência no emprego. Em outras palavras, a dispensa do assalariado discordante é completamente facilitada.

A dispensa, com a instituição do FGTS, transformou-se em ato de rotina administrativa, em um procedimento unilateral, em uma questão impessoal, isenta de ser questionada em sua justiça ou injustiça.

Por outra parte, há que se considerar que as despedidas constantes, além de gerarem focos de conflito social em potencial, significam que os recursos que o FGTS aloca no BNH, passam a ser drenados para fora da expectativa legal (financiamento dos programas habitacionais e de saneamento básico), frustrando as possibilidades de sua completa realização nos planos individual e coletivo.

d) O FGTS e a Política Salarial

A multiplicação de mecanismos que expressamente objetivam a complementação salarial (salário-família, salário educação, assistência alimentar, PIS-PASEP), caracterizam, concretamente, a insuficiência dos níveis salariais existentes.

Também nessa perspectiva pode e tem atuado o FGTS. É necessário, pois, encarar a questão diretamente, ou seja, rever a política salarial, a começar pelo artigo 215, do anteprojeto, que fixa o prazo mínimo de um ano para efeito de reajustamentos salariais, e pelo artigo 216, que em circunstâncias especiais, prevê a possibilidade deste prazo ser diminuído até 6(seis) meses. Outro ponto importante, refere-se a necessidade de se tornarem públicos e explicitados os critérios adotados na fixação dos aumentos salariais, inclusive como forma de verificar se os preceitos constitucionais de participação nos ganhos de produtividade estão sendo cumpridos.

Ao FGTS também está reservado o papel de substituto eventual do "salário desemprego". Ocorrendo a situação de desemprego, como prevê o artigo 116, do anteprojeto, o "empregado optante poderá sacar, mensalmente, de sua conta, importância equivalente a até 2/3 (dois terços) da remuneração que percebia na data da cessação do contrato, mediante atestado comprobatório da situação, fornecido pelo Sindicato de sua categoria, enquanto não obtiver novo emprego e até o prazo máximo de 6(seis) meses".

A maior parte das dispensas, como afirmado anteriormente, atinge à trabalhadores que ainda não têm 1(um) ano de trabalho efetivo na mesma empresa. Nesse sentido, é duvidoso que o fundo acumulado seja capaz de suportar 6(seis) meses de saques. O "salário desemprego" previsto, apenas poderia ser obtido por uma minoria e, mesmo nesse caso, estaria contrariando os objetivos mais gerais assumidos pelo FGTS, qual seja, o de vir a constituir um patrimônio do trabalhador para ser utilizado na ocasião de sua apo-

sentadoria ou em outras ocasiões especiais, também já assinaladas.

(e) O FGTS e a perda dos direitos adquiridos

O Anteprojeto da CLT, em estudo, incorporou e desenvolveu alguns mecanismos que implicam na punição do assalariado, consubstanciada na perda de direitos pecuniários adquiridos, como juros e correção monetária dos depósitos relativos ao respectivo FGTS e, até mesmo, a perda do 13º salário (artigo 214).

Não bastasse a penalidade da perda do contrato de trabalho, os artigos que tratam da despedida por justa causa, acrescentam a perda de direitos já adquiridos, como é manifesto nos seguintes casos:

"Art. 124 - Sendo o empregado optante demitido por justa causa, os depósitos efetuados em sua conta vinculada permanecerão em seu nome, mas a parcela correspondente à correção monetária e aos juros capitalizados durante o tempo de serviço prestado à empresa de que foi demitido reverterá em favor do FGTS".

"Art. 125 - § 2º - No caso de aposentadoria por velhice requerida pelo empregador, a indenização relativa ao tempo de serviço anterior à opção será paga pela metade".

Em ambas as situações apontadas há efetiva e real perda de direitos adquiridos: de um lado se pune o empregado despedido por justa causa, retirando-se de sua conta, valores já conquistados. A relação entre causa e efeito, neste caso, é dúbia. Da mesma forma sabota-se o direito à indenização do trabalhador no mo-

mento de sua aposentadoria, desde que requerida pelo empregador. Que este tenha o direito de requerer a aposentadoria de empregado que já cumpriu os prazos fixados por lei se pode entender; "multar" o empregado em metade do montante referente à indenização por tempo de serviço que (legalmente) lhe é devido, é, no mínimo, estranho.

Os procedimentos adotados para efeito de cálculo dos juros e correção monetária que devem ser incorporados a cada uma das contas vinculadas, favorecem ao banco em detrimento do detentor da conta. O artigo 110, do anteprojeto, diz:

"art.110 - os depósitos do FGTS serão trimestralmente atualizados com correção monetária, na forma e pelos critérios adotados pelo sistema Financeiro da Habitação e capitalização juros à taxa de 3% (três por cento) ao ano.

§ 1º - Para efeito do crédito de juros e correção monetária, os depósitos serão considerados como efetuados no primeiro dia do trimestre subsequente, e os saques como realizados no último dia do trimestre civil anterior".

A capitalização de juros à taxa anual de 3% (três por cento) é bastante inferior às taxas de juros prevalecentes no mercado financeiro, ainda mais, foi definitivamente retirada no anteprojeto, a possibilidade de capitalização à juros crescentes. Esta possibilidade existiu nas disposições legais iniciais que cria-

ram o FGTS, em 1966. Posteriormente ⁽¹⁾ esta possibilidade foi reduzida para, finalmente, sequer ser considerada na formulação do anteprojeto em estudo.

O § 1º do artigo 110, também é francamente favorável ao Fundo. Não se discute a facilidade operacional em se estabelecer tais critérios para o cômputo de juros e correção monetária mas, em nada beneficiam o titular da conta, inclusive por estar também previsto, que as empresas podem efetuar os depósitos referentes ao FGTS de seus empregados até o último dia útil do mês subsequente ao que se refere. Existe pois, perda efetiva de tempo - a favor do Fundo e contra o empregado titular da conta, no cálculo dos juros e correção monetária devidos.

(f) A gestão do FGTS

Muitas das distorções presentes no FGTS, deve-se ao fato de que os trabalhadores, que seriam, em última instância, seus proprietários efetivos, estão sub-representados na composição do

(1) A Lei nº 5 705, de 21/09/71 e o Decreto nº 69 265, de 23/09/71, alteraram a Lei nº 5 107, de 13/09/66 e o regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto nº 59 820, de 20/12/66, e passou a prever que no caso de contas vinculadas de empregados optantes existentes até a data da publicação da Lei nº 5 705 - 21/09/71 - a capitalização dos juros a depósitos continuaria a ser feita com base no tempo de serviço do empregado na mesma empresa, na seguinte progressão de taxas anuais:

- I - 3% (três por cento) durante os dois primeiros anos de permanência do empregado na mesma empresa;
- II - 4% (quatro por cento) do terceiro ao quinto ano de permanência do empregado na mesma empresa;
- III - 5% (cinco por cento) do sexto ao décimo ano de permanência do empregado na mesma empresa;
- IV - 6% (seis por cento) do décimo primeiro ano de permanência do empregado na mesma empresa, em diante.

§ Único: No caso de mudança da empresa considerada a partir da rescisão ou da extinção do contrato de trabalho, a capitalização dos juros passará a ser feita sempre à taxa de 3% (três por cento) ao ano.

Conselho Curador responsável pela aprovação do planejamento e das normas gerais que norteiam a gestão do mesmo. A designação do representante das categorias econômicas, se subordina aos mesmos padrões que amarram o exercício livre das atividades sindicais.

3. CONCLUSÕES

As propostas que o anteprojeto da nova CLT, apresentadas, são muito tímidas e distantes, em vários aspectos, da realidade social do País. Em relação à CLT em vigor avança timidamente em alguns poucos pontos, para retroceder em vários outros. Do exposto sobre os Título aqui analisado, e retomando as considerações desenvolvidas anteriormente, sobressai:

1. A necessidade de ser recomposta na nossa legislação trabalhista, - a par da situação presente em vários outros países capitalistas, - o estatuto da estabilidade.
2. A existência, nos moldes vigentes, do FGTS, implica numa subordinação de tal monta do fator trabalho ao fator capital, o que é motivo de desequilíbrio nas relações entre as classes sociais e foco gerador de tensões.
3. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS, pode e deve continuar a existir, mas sem subordinar à sua existência, a destruição do direito a estabilidade do trabalhador. Poderia se constituir em um pecúlio efetivo para o trabalhador, perdendo suas atuais características de complementação salarial.
4. Uma proposta de estatuto de estabilidade deve estar próxima dos reais e efetivos interesses das classes trabalhadoras. Nesse sentido o direito à estabilidade deveria ser conquistado após os primeiros meses de vigência do contrato de trabalho. (Nesse sentido, a consulta à legislação específica de países como a Alemanha Ocidental poderá ser útil).

5. Necessidade da reformulação dos critérios de cálculo das indenizações por tempo de serviço.
6. A Justiça do Trabalho seria forçada se retomassem sob a forma proposta (ampliada), o pleno poder de julgamento dos motivos alegados para rescisões de contratos de trabalho.
7. A necessidade de rever, e propor as modificações e atualizações necessárias, juntamente com as entidades encarregadas da defesa dos interesses dos trabalhadores, dos motivos que podem consubstanciar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, por decisão unilateral do empregador. A deliberação final, contudo, deve ser sempre reservada à Justiça do Trabalho.
8. A necessidade de eliminar os dispositivos que impliquem em perda de direitos legitimamente adquiridos pelo trabalhador.
9. A necessidade de ampliar a participação dos trabalhadores assalariados na gestão do FGTS.

