

Subsídios para a nova Consolidação das Leis do Trabalho*

ISIS DE ALMEIDA

Professor Adjunto de Direito do Trabalho
e Direito Previdenciário da Faculdade de
Direito da UFMG

À COMISSÃO DE DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO DO I CONGRESSO NACIONAL SOBRE A NOVA CLT

A contribuição, que é oferecida a essa Comissão pelo signatário, exprime entendimento pessoal de seu subscritor, não necessariamente adotado, como doutrina, pelo Departamento que representa.

O trabalho não visa à correção ou substituição propriamente ditas de dispositivos do anteprojeto da Nova CLT, individualmente considerados, mas sim ao levantamento de questões de conteúdo, concernentes a certas normas.

Daí, o esclarecimento de que os reparos feitos não implicam na adoção implícita, seja da redação, seja da sistematização do dispositivo alcançado pelo comentário, como se encontra no texto do anteprojeto.

Foram abordados apenas, e isoladamente, alguns aspectos do instituto em epígrafe, não significando tenham-se esgotado todos que merecem crítica, exclusão ou inclusão.

* Trabalho oferecido ao I Congresso Nacional sobre a nova CLT, realizado em Passo Fundo, RS, em outubro de 1979.

1. FÉRIAS PROPORCIONAIS

1.1. *Para gozo*

Partindo do princípio, — francamente adotado na doutrina, — de que as férias remuneradas constituem uma necessidade, a um tempo biológica e social, destinadas a restaurar as energias do trabalhador, ao fim de cada ano de labor, seja quanto à sua integridade, física, seja em relação à sua saúde mental, mas também com uma projeção no plano de seu relacionamento com a própria família e com a sua comunidade, propiciando-lhe um lazer mais prolongado, para uma troca mais intensa de impressões, não só em interação com outros grupos, mas também com a mudança de ambiente, através de seu afastamento, com a família, do local habitual de trabalho e mesmo de residência, — é de se admitir que a remuneração das férias vá bem além de um conceito meramente retributivo, e, portanto, por muito mais forte razão, não merece a conotação de premial ou indenizatória.

Dir-se-ia que o conceito recebe uma expressiva conotação assistencial, sem perda de sua natureza, “*stricto sensu*” salarial, considerado o salário no aspecto não exclusivamente contraprestacional.

O sentido da proibição do trabalho durante as férias — que o ante-projeto até destaca taxativamente em seu artigo 283, — é, assim, uma questão de alto interesse público, constituindo a vedação legal uma norma congente, insuscetível, particularmente, de transação entre as partes do contrato de trabalho, valendo apenas a ressalva contida no final do dispositivo, ou seja a existência de outro emprego, já anteriormente contratado, em que não ocorra a coincidência do descanso anual na mesma época.

Corolário, entretanto, de todas essas considerações, seria a permissão de uma ocupação “*a latere*”, de natureza diversa da habitual, para exercício incidente, sem relação empregatícia, não apenas formal, mas essencial.

É a conhecida “terapêutica ocupacional”, aplicada de forma menos estrita, desvinculada da ocorrência de um estado mórbido definido.

Quase um “diversissement”, na vida do trabalhador, ainda que possivelmente sujeita a retribuição.

E a permissão, aí, seria mais uma tolerância, tanto mais justificável (ou admissível) quando fosse exercida fora da localidade do trabalho habitual do empregado, tendo em vista que, aí, lograr-se-ia obter aquele afastamento “higiênico” mais completo da ocupação principal, e o contato de interação com outros segmentos de uma comunidade mais extensamente considerada.

Nessa linha já exaustiva de considerações, é de se concluir, pois, que qualquer disposição legal restringindo, totalmente ou em parte, esse “direito-obrigação” do trabalhador seria anti-social, e, por conseqüência, juridicamente ilegítima, ou mesmo, no plano da lei propriamente dita, inconstitucional, por violar a norma contida no inciso VIII do art. 165 da Carta Magna.

Dentro desse enfoque, pois, afigura-se indubitavelmente inaceitável a redução ou supressão de férias, sem atendimento ao princípio que aqui se destaca.

Daí, a necessidade de um exame mais acurado das disposições contidas nos artigos 274, 275 e 277, do ante-projeto.

De qualquer maneira, ter-se-ia de partir do princípio de que a redução gradual contida nos incisos do art. 274 se faz tendo em vista que as ausências injustificadas ou não abonadas pelo empregador devem corresponder, por presunção, a períodos de lazer, uma vez que só assim poderia ser aceita como legítima a restrição, — justa e não conflitante com a natureza jurídica das férias.

E seria o próprio conceito de falta ao serviço para o efeito em tela, que levaria a tal entendimento, tanto mais que já o § 1º do artigo em epígrafe proíbe o desconto, do período de férias — (seria melhor dizer “da duração das férias”), — das faltas do empregado ao serviço.

Essas obviamente, reduziriam, entretanto, o período aquisitivo.

Desde logo, portanto, revela-se mais razoável a antiga sistemática da redução, que condicionava-a, não ao número de faltas, mas ao tempo de serviço cumprido no ano de aquisição.

A escala, por isso, é injusta quando faz cessar a concessão de férias pela ocorrência de mais-de 32 faltas, seguindo o inciso IV do art. 130 da CLT em vigor, ou de 40, na disposição equivalente do ante-projeto.

Como se vê, por esse aumento no número de faltas, o legislador sensibilizou-se com aquela injustiça.

A verdade, porém, é que, antes de mais nada, essa "parada" na escala é conflitante com o disposto no art. 133 (CLT atual ou 277 do ante-projeto), pois, nesse dispositivo, enumeram-se os casos em que fica excluído o direito a férias, e, tratando-se de norma restritiva não há como ampliar o elenco.

Mantendo-se a gradação apenas até 12 dias ocorridos de descanso anual, para o empregado que tem até 40 dias de faltas ao serviço, aquele que tiver 41 ou 42 não faria jus a um só dia de férias.

Outro conflito é de registrar-se com o disposto nos artigos 293 e 294, que dão a remuneração das férias de período incompleto.

Nesses dispositivos, leva-se em consideração o tempo de casa propriamente dito, ou o que resta depois da dedução das faltas, concedendo-se o valor de $1/12$ de 30 dias de férias por fração superior a 14 dias de serviço.

Se o empregado ganha Cr\$ 6.000,00 por mês e tem, portanto, Cr\$ 6.000,00 de remuneração de férias de período completo basta ter trabalhado 15 dias (ou sete como aviso prévio de oito) para fazer jus a Cr\$ 500,00, que correspondem a 2,5 dias de férias.

Esse empregado, portanto, fica em melhor condição que o outro, da escala do art. 274 do ante-projeto, que só passaria a ter férias quando tivesse menos de 41 dias de faltas nos doze meses do ano, ainda que se deva reconhecer que a fixação mínima de 12 dias corresponde, aproximadamente, a menos de dois dias por mês ou fração superior a 14 dias.

De qualquer maneira, pois, desfavorece-se quem teria mais tempo de serviço na empresa.

(Cumpra aqui salientar que a proporção do período incompleto leva em conta também a escala, mas essa disposição do art. 293 não invalida o “conflito básico” acima mencionado).

O correto, portanto, seria a redução, em vez de considerar o número de faltas, levar em conta o tempo efetivo de serviço no período, por ser esse critério muito mais consentâneo com a natureza do direito a férias, e, então, aplicar, simplesmente, a mesma proporcionalidade do art. 293, para o gozo de férias.

Haveria, inclusive, uma uniformidade, mais lógica e aconselhável de critérios para o “tratamento” do período aquisitivo incompleto.

1.1.1. — *Critério para a configuração de faltas ao serviço* — Admitida a redução da duração das férias, nos termos do que foi aduzido anteriormente, o exame dos incisos do art. 275 se faz necessário, com várias restrições ao que está nelas fixado.

Inciso I — Referindo-se ao art. 47, que trata dos casos de suspensão do contrato de trabalho, o legislador só excluiu a hipótese do licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade ou aborto não criminoso, — situação, diga-se de passagem, que não poderia configurar suspensão, nos próprios termos do § 1º, “in fine”, do mesmo artigo, que manda contar o período, no tempo de serviço, para todos os efeitos da Consolidação, — quando teria de excluir também, — nessa repercussão causadora da redução do período aquisitivo — outras situações, como será visto a seguir.

Mas, analisando desde logo a remissão que o inciso I do artigo em tela faz ao inciso VI do art. 47, cumpre salientar que, neste último dispositivo, fala-se no “licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade ou aborto não criminoso, observados os requisitos para percepção do salário-maternidade custeado pela Previdência Social” (“In verbis”).

Dessa maneira, rescindido o contrato de trabalho, o período em questão deixa de ser considerado como de ausência justificada, ainda que por ficção jurídica decorrente de uma obrigação do empregador de pagar, em caráter "indenizatório" (ou compensatório), as 12 semanas da chamada "licença da gestante", pois a Previdência-Social só se responsabiliza pelo pagamento respectivo "enquanto existe a relação de emprego", ("in verbis", art. 108 do Decreto nº 83.080/79).

Essa questão é objeto de controvérsia na vigência da lei atual — e devia ser colocada em termos que não propiciasse polêmica, na doutrina e na jurisprudência.

Tem-se defendido com a aplicação do art. 120 do Código Civil, o entendimento de que a gestante foi obstada, na aquisição do direito à licença remunerada, pelo despedimento se justa causa, e assim faz jus ao pagamento daquele período de remuneração.

Há outras especulações, daí decorrentes, sobre a ciência presumível ou inequívoca do empregador, a respeito do estado da empregada, mas serão objeto de outra contribuição ao Congresso.

Para o caso das férias, é mister não dissociar o caráter social delas, da natureza, também eminentemente social, da proteção à maternidade.

Se é certo que a gestante precisa e tem direito como previsto expressamente na lei, ao gozo de 12 semanas de repouso, é mister que as tenha na íntegra, independentemente da dissolução do contrato de trabalho.

Não se põe dúvida a que o direito ao salário-maternidade advém da existência do contrato de trabalho, por tratar-se de uma prestação previdenciária diferida, não extensiva ao segurado propriamente dito, por isso que é decorrente de uma relação jurídica não estritamente assistencial, e sim com uma carga muito mais acentuada de contratualidade.

Mas o fundamento do instituto reside, essencialmente, na proteção da maternidade, resíduo social do instinto primitivo da preservação da espécie, que é o reverso coletivo do instinto

de preservação individual — e, daí, o tratamento excepcional que deve merecer.

Em conclusão: a restrição do dispositivo não se justifica com relação a férias.

Se o contrato está em vigor, o direito a férias não se altera; se foi rescindido, não importa a causa, pois o que subsiste é o fundamento da proteção especial, irrelevante o fato de quem responde pelo pagamento — empresa ou Previdência Social.

Nesse pagamento, o principal inclui, necessariamente, o acessório: salário e férias, respectivamente.

Admite-se que a questão não poderia ser resolvida apenas no âmbito da relação de emprego, por envolver a relação Previdência Social-Empregada, mas, como a legislação específica vigente ficou vinculada, assim devendo manter-se “de lege ferenda”. Altere-se a CLT, e altere-se a lei previdenciária.

Essa alteração, implica em que se considere, como integrando o tempo de serviço da empregada o período de licença de gestante, ainda que a remuneração correspondente lhe tenha sido paga como indenização ou compensação, na dissolução do contrato.

Passando a outras situações que têm de ser reconsideradas pelo legislador do ante-projeto, constata-se a impropriedade ou o mau posicionamento adotado no inciso VIII do art. 47 — e não mencionado, no inciso I do art. 275 em exame, como incluível no período de aquisição.

Trata-se do tempo de exercício, pelo empregado, de funções inerentes ou equivalentes a cargo de diretoria, por eleição, — e, aí, seria de considerar-se, primeiro, se há ou não, efetivamente, uma suspensão parcial do contrato de trabalho, como estabelecido no “caput” do § 1º do artigo em epígrafe, levando-se em conta que, em certos casos, é inadmissível o seccionamento da relação empregatícia simplesmente pelo fato de ter sido assumida uma função de relevância na administração da empresa.

Cumpra notar, ainda, que mais dois incisos do art. 47, em que se admite a suspensão do contrato, têm efeito quanto a férias, passíveis de discussão.

São os casos de suspensão disciplinar e da ausência em virtude de greve (incisos X e VII).

No primeiro, afigura-se como dupla punição, a perda dos dias de suspensão, no cômputo do período aquisitivo, não havendo, mesmo, fundamento jurídico — dentro do que se aduziu relativamente à natureza do direito a férias, — qualquer restrição por motivo de infração contratual culposa ou dolosa, uma vez que, não se poderia admitir, na presunção já analisada anteriormente, que o empregado, sofrendo punição, estivesse gozando um lazer, — simplesmente pelo fato de estar sem trabalhar.

Na verdade, o próprio efeito moral da penalidade não poderia, pelo menos doutrinariamente falando, importar num “descanso” físico e mental do trabalhador.

Em outra contribuição para o Congresso, falando sobre penalidade disciplinar, considerações são feitas acerca da impossibilidade jurídica de se aplicar penalidade pecuniária. (A suspensão implica no não pagamento do salário, apenas porque não há trabalho a ser remunerado, não constituindo *multa*, portanto, no sentido material, econômico).

Com referência à greve, mesmo deixando de lado a polêmica quanto à extensão (ou mesmo ilimitação) do direito respectivo, também seria dupla punição, excluir, do cômputo, no período aquisitivo, a ausência por tal motivo, podendo-se aduzir aqui os mesmos argumentos relativos à punição disciplinar.

Legal ou ilegal, com ou sem pagamento dos dias de greve, ela só pode ser considerada no seu aspecto disciplinar ou social, mas nunca para comprometer o salário, uma vez que este é alimento, — e alimento, não apenas do trabalhador, individualmente considerado, mas da família que presumivelmente ela representa.

Esse entendimento não se altera quando, “de lege ferenda”, se possa vir a admitir que greve, como risco ou contin-

gência social, deva ter seus efeitos no salário obviados por uma prestação previdenciária correspondente, ou pela obrigação do pagamento pelo sindicato responsável, como ocorre, por exemplo, em certos casos, na Alemanha Federal.

Inciso II do art. 275 — Apenas quanto ao que se refere, “in fine”, esse dispositivo, é merecedor de censura, ou seja quando estabelece que, na hipótese de durar mais de seis meses o auxílio-doença ou o pagamento de prestação acidentária previdencial.

Em primeiro lugar, registre-se que o legislador parece desconhecer a legislação acidentária, quando genericamente fala em “prestações de acidente do trabalho” (Sic), quando se sabe que, entre elas, existem o auxílio-suplementar — o primeiro de duração vitalícia (§ 1º do art. 6º da Lei nº 6.367/76) e o segundo concedido praticamente na mesma condição, pois só cessa com a aposentadoria (art. 9º), — durante cuja percepção, não pode haver qualquer restrição à contagem do tempo de serviço para todos os efeitos, uma vez que o empregado voltou, efetivamente, ao serviço.

O mesmo deve entender-se quanto à reabilitação profissional, que também é prestação previdenciária, mesmo quando processada dentro da empresa, para treinamento ou adaptação.

E não se diga que uma ausência prolongada, por motivo de acidente do trabalho, além de onerar demasiadamente a empresa com o pagamento — (porque impossível o gozo) — de sucessivos períodos de férias, criaria uma situação jurídica não alcançável pela prescrição, por ocorrer condição suspensiva, — geradora de uma instabilidade na relação de direito a férias incompatível em princípios gerais de direito, pois a responsabilidade objetiva do empregador no acidente do trabalho é extensa, abrangente pela própria natureza do risco social que aquele evento representa no direito moderno.

De resto, a lei vigente — v.g. FGTS, — obriga a empresa a recolher um percentual sobre o salário, para atendimento a uma “indenização” pelo tempo de casa do empregado, mesmo durante o período em que está afastado por acidente do trabalho, e, portanto, sem receber remuneração.

É uma evidência de que o legislador acolhe aquela tese social, desprezando suas implicações econômicas, quanto a ônus demasiados para a empresa.

De qualquer maneira, conforme veremos melhor ao analisar o art. 277, a duração maior ou menor da enfermidade ou dos efeitos do acidente do trabalho (ou doença profissional e de trabalho), não pode ser levada em conta em função exclusivamente da concessão do benefício previdenciário correspondente quando superior a seis meses.

Inciso IV do art. 275 — Trata-se, aqui, da suspensão para ajuizamento do inquérito destinado à apuração de falta grave do estável.

Julgado improcedente, não há problema a ser discutido, pois a ausência, na reintegração, implica em considerar-se com toda ela computável no tempo de casa, para todos os efeitos.

Na procedência, entretanto, há que considerar se parcial ou total, pois, no primeiro caso, pode ser decretada a readmissão simplesmente, caso em que não flui o tempo de serviço durante o período de afastamento.

Nessa hipótese, é de admitir-se que não ocorreu a falta grave ensejante da resolução do contrato, e, então, ainda que se possa admitir que o período de afastamento excluía a remuneração e as vantagens trabalhistas decorrentes da prestação laboral, integralmente considerada, — há que apreciar a situação quanto o direito a férias, — sejam de período incompleto, sejam elas proporcionais.

E aí cumpre uma remissão ao que se disse a respeito de punição disciplinar, em relação ao conceito higiênico, biológico-social das férias.

O legislador teria de fazer um casuísmo, e admitir o período para efeito da concessão de férias, pois seria quase que uma situação de culpa recíproca e o art. 293 do ante-projeto não exclui o direito a elas, mesmo quando proporcionais, em tal hipótese.

1.1.2. *Exclusão do direito a férias* — A propósito da exclusão, do direito a férias, é, antes de tudo, de considerar-se

injusto o inciso IV do art. 277, condenável sob todos os aspectos, especialmente tendo em vista os fundamentos já consignados, no início deste trabalho.

Com relação à ausência por acidente do trabalho, que a antiga CLT, (hoje revogada nesse particular), considerava como não descontável do período aquisitivo, não há como justificar o entendimento do legislador do ante-projeto, pois o infortúnio trabalhista (acidente ou doença profissional ou do trabalho) sempre foi considerado como uma situação em que o trabalhador deve receber, irrestritamente, a máxima tutela jurídica, por constituir risco social de mais amplo espectro.

Ele é vítima de um contexto sócio-econômico, simplesmente pelo fato de estar vinculado intimamente ao empreendimento, — econômico ou não, — na qualidade de empregado, condição que atrai, para ele todo um ordenamento jurídico tutelar.

O fato de se ter inserido, na legislação moderna de uma quase totalidade das nações, o acidente do trabalho como um dos riscos cobertos pela previdência social, através de um seguro complementar obrigatório como o dos demais riscos, não tira a excepcionalidade de sua ocorrência e conseqüências.

Continua o acidente do trabalho a constituir um risco de responsabilidade objetiva, com as reparações, — de toda natureza, saliente-se, — devidas independentemente da ocorrência de culpa do infortunado ou de caso fortuito ou de força maior.

Assim, afigura-se absolutamente injurídica a exclusão do direito a férias para o empregado que, por acidente do trabalho, esteve afastado do serviço por mais de seis meses (contínuos ou descontínuos), embora em gozo de benefício previdenciário, que, normalmente, suspenderia o contrato do trabalho.

Mas, ainda na linha de considerações sobre a natureza ou fundamento jurídico das férias, há um outro reparo a fazer, quanto à exclusão do direito a elas.

É no que se refere ao gozo de auxílio-doença previdenciário por mais de seis meses durante a fluência do período aquisitivo — aqui já não se considerando mais se a ausência se deve a acidente do trabalho ou a doença a ele equiparada.

Trata-se, de qualquer modo, de uma ausência justificada — e o próprio legislador assim a considera para não afastar a duração das férias (art. 275, II).

A afetação, entretanto, surge — e violentamente, para suprimir o direito total — quando dura mais de seis meses.

De duas, uma. Ou é justificável até cinco meses e vinte e nove dias, ou passa a não ser, absolutamente, se dura mais um dia.

Se o legislador admitiu-o na primeira hipótese, certamente fundado no entendimento de que o empregado enfermo não se encontra em lazer que compense uma redução das férias — por muito mais forte razão deve-se estender o entendimento ao que está *mais* doente, porque se acha há mais tempo afastado, em virtude de uma decisão da própria instituição oficial, que reconheceu a permanência da incapacidade.

Alegar-se-á que existe uma situação de hibernação do contrato de trabalho, — vigente, mas não produzindo efeitos, nem com relação ao empregado, nem em relação ao empregador, — e daí achar-se o segundo desobrigado do pagamento ou dação de qualquer das prestações contratuais a seu cargo.

A supressão, portanto, pura e simples do inciso IV do art. 277 e da exceção contida no inciso II “in fine” do art. 275 importaria numa séria violação do direito patronal, face ao contrato de trabalho.

Ora, uma antiga disposição do hoje revogado Decreto-Lei 7.036/44, que dispunha sobre acidente do trabalho, fixava em um ano a duração máxima da incapacidade temporária, durante a qual eram asseguradas as diárias correspondentes ao salário do dia do acidente, período ao qual se sucedia o pagamento da indenização por incapacidade permanente, e aí cessava qualquer outra relação jurídica entre o empregado e o empregador.

Essa seria, em parte, uma solução para o caso aqui examinado.

O primeiro ano de duração contínua do benefício previdenciário, não motivado por acidente do trabalho manteria o direito a férias, que só ficaria comprometido, no total ou

parcialmente, a partir do segundo ano, se persistisse a incapacidade.

O restante do prazo de afastamento, que não coubesse dentro de um novo período de aquisição, seria, então, considerado como de suspensão absoluta do contrato, não gerando qualquer direito quanto a férias.

No retorno ao serviço, iniciar-se-ia novo período de aquisição.

Esse “ano de graça” — chamemo-lo assim para o empregado corresponderia, em termos atuariais, ao período de graça da lei previdenciária atual.

Os incisos II e III do art. 277 necessitam uma discriminação.

No primeiro, seria aconselhável que a licença fosse explicitada como de interesse exclusivo do trabalhador, — por ele solicitada, para tratar de assuntos estranhos ao emprego.

No caso, por exemplo de uma licença remunerada, ainda que de comum acordo, mas destinada a um aperfeiçoamento profissional, sob qualquer aspecto, ainda que não se revelasse vantagem direta, imediata ou remota para a empresa, — aí, a supressão das férias seria conflitante com o seu fundamento legal, com a sua natureza jurídica, — já analisados neste trabalho, pois referir-se-ia a um período, no qual, embora não estivesse em serviço, o empregado estaria adquirindo maior experiência ou novos conhecimentos, que redundariam em lucro para o empregador.

O outro inciso do artigo em exame — o III — também teria de ter condicionada, a ausência de trabalho, a uma liberdade absoluta do empregado dispor de seu tempo.

O simples fato de “deixar de trabalhar, com percepção do salário”, como consta do texto, não significa que ele estaria desobrigado de qualquer atendimento a um chamado da empresa, e, nesse caso, a rigor ele se encontraria à disposição do empregador, e, portanto, em tempo de serviço fluindo para todos os efeitos legais.

Além do mais, a paralização total ou parcial dos serviços da empresa, como causa da inoccorrência da prestação laboral,

conforme consta, "in fine", no inciso, constitui, sem dúvida, risco empresarial, do qual não poderia participar o empregado.

O legislador parece ter-se apercebido dessas considerações, tanto que elevou, para quarenta e cinco, os trinta de ausência, da CLT atual.

Assim, o dispositivo deveria assinalar a não obrigação do empregado ficar de "sobre-aviso" ou de "prontidão"; ou, — o que seria melhor — excluir-se completamente o inciso, pois aquelas duas situações, embora consagrada na CLT em vigor, relativamente aos ferroviários, sempre mereceu reparos da doutrina, podendo ser admitidas, quando muito, no caso específico das estações de ferrovias situadas em localidades do interior, de fraco movimento, em serviços intermitentes ou de pouca intensidade, como previstos nos artigos 237, letra "d", ou 243 da CLT vigente.

Na verdade, o inciso é, em essência, conflitante com os princípios gerais do direito trabalhista.

1.2. *Férias "indenizadas"*

A ocorrência de dissolução do contrato de trabalho, ou de certos casos de suspensão, pode impedir o gozo de férias, cujo direito tenha sido adquirido, propiciando, por consequência, o pagamento da remuneração correspondente, que pode referir-se a período completo ou a período incompleto.

Esse pagamento, segundo corrente expressiva na doutrina, entende-se que tem caráter indenizatório, embora os próprios adeptos dessa tese façam objeções quando se trata de analisar certos efeitos da "indenização", especialmente no caso do cômputo ou não, do período indenizado, no tempo de serviço do trabalhador; e da incidência ou não das contribuições previdenciárias e depósitos do FGTS sobre a verba.

Daí, a formação de um entendimento intermediário, que, sem afastar o caráter indenizatório do pagamento, passou a considerá-lo como uma espécie de remuneração ou salário diferido, (Martins Catharino), ou, ainda, como compensação (Messias P. Donato).

A discussão ganha maior terreno ao se discutir a natureza do pagamento da dobra das férias, quando aquela deva ser efetuado dentro da vigência plena do contrato, com o gozo concomitante das férias, — aí fora do prazo de concessão, — situação hoje consagrada na CLT.

O certo, porém, é que os artigos 293 e 294 do ante-projeto adotam, como *remuneração*, o pagamento de férias não-gozadas ou não-razoáveis — e daí entendermos que, também, já seria despicienda maior discussão a respeito, ainda que se trate de texto de lei em estudo.

De qualquer maneira, não cabe nos estreitos limites do presente trabalho, — mera contribuição pessoal para discussão, a nível de Congresso, de inovações e correções ao texto de um ante-projeto de lei, — uma especulação doutrinária mais profunda, tendo-se achado preferível a exposição de um simples posicionamento diante dos fatos do contrato de trabalho.

Assim é que analisamos apenas dois aspectos das férias pagas sem gozo; a exclusão do direito a esse pagamento e a integração, do período correspondente, no tempo de serviço do empregado.

Quanto ao primeiro enfoque, é mister, desde logo, pôr de lado o direito ao pagamento de férias de período completo, pois é sempre devido, qualquer que seja a causa da rescisão ou da suspensão do contrato de trabalho, inclusive como crédito do espólio, no caso de morte do empregado.

Deduz-se da lei em vigor, e não há o que acrescentar na lei nova.

Há, entretanto, as férias de período incompleto, distinguindo-se, inicialmente, as devidas a empregado com mais de um ano de casa, das que têm de ser pagas nos contratos de menor duração.

E aqui fazemos remissão a tudo quanto foi aduzido anteriormente, com referência ao critério da conceituação de faltas ao serviço e da exclusão do direito a férias.

Os artigos 293 e 294 do ante-projeto, tratando dos efeitos da “cessação (SIC) do contrato de trabalho”, — que seria melhor entendido como “dissolução” do contrato, ou ainda

melhor, “suspensão e dissolução” do contrato, pois, como se verá mais adiante, há situações de não-rescisão, em que o pagamento deve ser feito independentemente de achar-se ou não em execução o contrato de trabalho, — só admite a remuneração relativa ao período incompleto de férias condicionada às causas de rompimento do vínculo empregatício, restringindo-a mais ainda quando o empregado tenha menos de um ano de casa.

Na primeira situação, ou seja, do contrato com mais de um ano de duração, a exclusão é expressa, quanto a um único fato: dispensa por justa causa.

Na segunda, já não se refere a excludente, mas concede o direito apenas a quem foi despedido sem justa causa, ou teve contrato a termo extinguindo-se no prazo pré-determinado.

Conserva-se, pois, a legislação atual, com uma flagrante contradição no texto dos dois dispositivos, que considerando o pagamento como *remuneração*, coloca-o dentro de um plano de culpa na rescisão do contrato, — culpa, ora conceituada como descumprimento de dever legal ora como simples responsabilidade pelos efeitos do rompimento do ajuste.

E, em ambas as posições, é flagrante o desafino com a natureza jurídica das férias, — natureza que não se altera quando são gozáveis ou não.

Não é lícito, pois, cogitar da causa da dissolução do contrato, em nenhuma hipótese, e, muito menos, em relação ao empregado com menos de um ano de casa, pois é esse que, em regra, merece, socialmente, a maior proteção, da lei trabalhista, dada a sua condição habitual de empregado de baixa qualificação, que o coloca, estatisticamente, numa posição virtual de “chomeur”.

Só uma natureza *premier* emprestada às férias proporcionais poderia colocar em relevo culpa ou responsabilidade do trabalhador, para fazer jus ou não ao pagamento, — se entendimento, — repita-se, — é incompatível com o fundamento legal das férias.

Esse pagamento corresponde, em última análise, a uma espécie de “poupança” para que o empregado tenha condições

financeiras para gozar do descanso anual, que lhe foi subtraído pela dissolução do contrato (ou, em certos casos, de sua suspensão mais demorada).

Recebendo a remuneração dos dias que lhe propiciaram o tempo de casa, poderá ele permanecer inativo o período correspondente, sem comprometer o seu orçamento doméstico — e, mais do que nunca, é essa remuneração alimento, pois ocorre para um período em que não deve trabalhar para sobreviver, para manter a saúde física e mental.

O fato de ter dado causa à rescisão de um contrato, no qual estava inserido o gozo das férias, não pode apagar um direito já adquirido pelo decurso de certo tempo — o mínimo de 15 dias.

Não se trata, pois, de um direito eventual ou de uma expectativa de direito.

Cada mês ou fração de mais de 14 dias já insere, em seu patrimônio, 1/12 da remuneração de férias, que irá gozar ou não, conforme prossiga ou não o seu contrato de trabalho.

Daí, ser até irrelevante examinar se o pagamento é salário ou não, para deferí-lo, qualquer que seja a causa do rompimento do pacto laboral, entendendo-se essa posição, obviamente, para as férias proporcionais que decorram de contrato de trabalho com mais ou com menos de um ano de duração, seja por prazo determinado ou de prazo indeterminado.

Elimine-se, pois, dos artigos 293 e 294 do ante-projeto, as restrições ao direito em exame, podendo-se, mesmo, fundir os dois dispositivos num só.

Quanto à integração, do período de férias proporcionais pagas, no tempo de casa do empregado, parece que é um consectário do reconhecimento supra, uma vez que, se a remuneração é devida e refere-se a um certo período em que o empregado não trabalharia, a obrigação é una e indivisível: tempo de serviço sem trabalho — remuneração correspondente. Os dias de férias proporcionais deviam ser propiciados ao empregado a partir do final do contrato, não sendo legítimo o argumento de que poderia dar-se o caso do empregado não gozá-los, por ingressar imediatamente em novo emprego, uma vez que o

direito a férias se insere, isoladamente, em cada contrato de trabalho, e a relação de emprego dele emergente (ou a ele correspondente) ocorreu entre o trabalhador e uma empresa, não sendo transferível desta a terceiro, salvo os casos de solidariedade ou sucessão.

Sugere-se, por conseqüência, que essa integração seja incluída no texto do ante-projeto.

Finalmente, registre-se que o entendimento aqui oferecido deve ser estendido a casos de suspensão do contrato de trabalho, em que couber, podendo-se exemplificar com a concessão de um auxílio-doença prolongado ou uma aposentadoria por invalidez, benefício este que, segundo a atual legislação previdenciária, em regra não é definitiva, não implicando, a sua concessão, necessariamente, na dissolução do contrato de trabalho.

O REPOUSO SEMANAL REMUNERADO

O art. 262 do Ante-Projeto estabelece, como condição para o recebimento da remuneração do descanso semanal e dos dias feriados, a freqüência e a pontualidade do empregado na semana anterior e no horário a que se obrigou contratualmente.

Mantém, assim, uma disposição da lei atual (art. 6º, da Lei nº 605/49), que contraria, frontalmente, todas as normas de proteção do salário, constantes de nossa legislação trabalhista.

Trata-se de uma restrição condenável a todos os títulos.

Transforma o pagamento do dia de descanso semanal — a conquista de maior importância na história do direito obreiro mundial, a primeira, provavelmente, das reivindicações trabalhistas, a partir da Revolução Industrial, — num prêmio de assiduidade e pontualidade, despido de qualquer sentido social, representando um autêntico retrocesso na avaliação constante a que está sujeito o Direito do Trabalho.

E a incompatibilidade desse dispositivo é flagrante, com o que o antecede, ou seja, o art. 261, que assegura a todo empregado, uma vez por semana e nos dias feriados, civis e religiosos, repouso remunerado de vinte e quatro horas consecutivas.

Deixar de pagar, ao empregado, o dia de repouso, em face de sua inassiduidade ou impontualidade, constitui, por consequência, uma espécie de punição estranha ao direito disciplinar do trabalho, tradicionalmente contrário à multa, à penalidade com efeito pecuniário.

Se o empregado é desidioso, pode ser punido com a advertência, com a suspensão ou com a dispensa por justa causa, — e são essas as únicas penalidades que o próprio ante-projeto veio consagrar em seu art. 43, de acordo, aliás, com a doutrina e a jurisprudência dominantes atualmente.

No caso, por exemplo, de suspensão disciplinar, o empregado é punido duas vezes, de acordo com a legislação atual, que se quer conservar no ante-projeto: é impedido de trabalhar, perdendo, por consequência, o salário do dia ou dos dias de suspensão, e é descontado, ou não faz jus (conforme seja mensalista ou diarista) à remuneração do repouso.

“Bis in idem”, que o próprio ante-projeto condena expressamente no § 2º de seu art. 43.

Na verdade, o descanso semanal tem fundamento biológico, destina-se a uma reparação física e mental do esforço dispendido durante a semana. Condicioná-la à pontualidade e à assiduidade constitui uma violação dos princípios mais elementares de proteção do trabalhador, não sendo lícito, nessa linha de considerações, admitir como compensado o pagamento do repouso semanal obrigatório, com um dia de ausência ao trabalho, ausência que muitas vezes não se relaciona, em nada, com simples lazer.

Na doutrina, registra-se também, — e até com maior ênfase, — o fundamento social do repouso semanal remunerado relevando mencionar aqui o que Rivero e Savatier escreveram, a respeito, como um dos mais expressivos comentários à natureza jurídica do repouso semanal. (“Droit du Travail”, Presses Universitaires, Paris, 1966, p. 377): “La nécessité d’un repos périodique d’une journée correspond à un besoin à la fois physiologique et social. Le repos hebdomadaire, qui permet de vivre pendant vingt-quatre heures hors du cadre et des soucis quotidiens, constitue une détente pour l’organisme, en

même temps qu'il assure les loisirs indispensables au développement de la vie familiais et culturelle et à l'exercice d'activités syndicales, politiques ou religieuses".

De resto, combinando o disposto no art. 261 com o que consta do art. 262, e podendo haver mais de um dia de repouso na semana, pela ocorrência de um feriado além da folga contratual, é de se concluir que o empregado, faltando um dia ou chegando atrasado uma vez na semana, pode perder dois dias de repouso, recebendo, em sete dias, apenas quatro de salário, o que se deve considerar como inconcebível dentro do conceito de salário-alimento, vigente na interpretação da norma trabalhista relativa à retribuição do trabalho prestado.

Registre-se, ainda, a odiosa discriminação do diarista ou horista em relação ao mensalista ou quinzenalista, que têm os seus repousos semanais pagos dentro de um salário fixo mensal ou quinzenal, conforme dispõe o parágrafo único do art. 265 do ante-projeto, — disposição, diga-se de passagem, que, a nosso ver, não permite a aplicação, a esses empregados, da restrição imposta aos outros, isto é, o *desconto* no salário do ou dos dias e repouso, quando, na *semana* anterior, faltaram ao serviço, ou foram imponentais.

Nossa sugestão é de que se excluam as condições contidas no art. 262 do ante-projeto.

Acrescente-se, mais, que é também inadmissível que se limite a uma vez por semana, além dos feriados, o repouso semanal, pois não só há a categoria dos bancários, que já têm, por lei, dois dias de folga por semana (sábado e domingo), como deve ser levado em conta que, por convenção ou acordo coletivo, ou, mesmo, por mera disposição regulamentar interna da empresa, há, igualmente, categorias ou grupos de empregados, que não trabalham aos sábados, sem que isso implique em compensá-los com excesso na jornada dos demais dias úteis da semana.

HORAS EXTRAS HABITUAIS

Parágrafo 2º do art. 167 e art. 239. As horas extras tornam-se habituais, por culpa do empregador, que descuida-se da natureza excepcional do excesso da jornada normal, e passa

a utilizar-se dele em atividades habituais da empresa, furtando-se, dessa maneira, à criação de mais um emprego. É inadmissível, pois, o entendimento de que é lícito suprimir as horas extras habituais, simplesmente porque comprovou-se não serem mais necessárias (art. 239). A manutenção da Súmula nº 76 do TST é um imperativo social, antes de tudo, para desestimular o empregador de usar e abusar do excesso da jornada.

De qualquer maneira a hora extra tornada contratual é risco da empresa, que não pode afetar os proventos do trabalhador. Este não se encontra no comando do empreendimento para evitar a formação do “excesso-de-jornada-contrato”, não sendo admissível, pois, co-responsabilizá-lo nos efeitos danosos que possa causar na economia empresária.

E, como a hora extra, qualquer parcela adicional, cujo pagamento se torne habitual, em face de negligência ou ignorância do empregador na verificação da onerosidade do fato ensejante do pagamento.

É certo que a “hora extra habitual” ficaria obviada com o disposto no inciso II, “in fine”, do art. 234, que limita, em 90 dias para cada ano civil; a prestação de serviço em excesso de jornada.

Mas, de qualquer maneira, há de se entender que, excedido esse limite máximo, revigora-se o “regime” de “hora extra habitual” da atualidade, sem possibilidade de aplicação do disposto no art. 239.

Esse entendimento, — que parece tranqüilo, — torna desejável que aquela ocorrência fosse prevista, no texto legal, com a sanção aqui oferecida, que é a mais consentânea com o princípio do contrato-realidade, de ajuste tácito das normas contratuais.

Lembre-se, contudo, que o ante-projeto exclui a aplicação do limite de 90 horas em cada ano “as profissões e atividades profissionais para as quais vigorar, em virtude de lei ou convenção coletiva, jornada normal de trabalho igual ou inferior a 6 (seis) horas” (letra “b” do § 1º do art. 234), “aos serviços públicos da União, dos Estados e dos Municípios, suas autarquias e empresas públicas” (letra “c”), “as atividades rurais”

(letra “d”), e “ao trabalho dos vigias” (letra “e”); — e daí o entendimento que, quanto a essas hipóteses, voltará a ser lícito admitir-se como habituais as horas extras prestadas, independentemente do tempo que durar a prestação, examinando-se tão somente o elemento subjetivo da habitualidade, que é a desvinculação da hora extra a uma atividade ou a um serviço efetivamente *extraordinário* na vida da empresa, uma vez que, prestadas no dia-a-dia normal, são “extras-habituais”, com os efeitos que a doutrina e a jurisprudência lhes vem conferindo.

Essa questão, por coerência com a disposição já mencionada, contida no art. 239, terá de ser solucionada pelo legislador, se se pretende acabar com a integração da hora extra no contrato de trabalho, como cláusula irrevogável, inserida, tacitamente, pela malsinada habitualidade.

EXCLUSÕES DA TUTELA ESPECIAL DA DURAÇÃO DO TRABALHO

O *parágrafo único do art. 233*, embora seja uma forma prática de excluir ou não, da tutela da duração do trabalho, o gerente e equiparados, acaba por consagrar o salário compressivo, na fixação da malsinada gratificação de função, estipulada em 40% do salário efetivo. (A redação do dispositivo é outra, mais complicada, mas vem a dar nisso).

Convém esclarecer que essa “gratificação” cobriria, mais ou menos, 80 horas extras por mês, calculadas com um adicional de 20%, para quem trabalha uma jornada de oito horas, o que significa mais de três por dia.

Como o disposto no inciso II do art. 233 não é muito esclarecedor sobre quais os empregados que podem ser excluídos da tutela especial de duração do trabalho, pode-se calcular a que abusos se chegará.

Estão equiparados a gerente “os diretores e chefes de departamento e filial”.

Não se sabe se “departamento” é um estabelecimento, como é uma filial, ou se é uma seção dentro do estabelecimento. A imprecisão deve ser corrigida.

O parágrafo único do artigo em epígrafe considera “cargo de confiança” o de gerente e o daqueles a ele equiparados, disposição que vai continuar provocando a polêmica atual sobre a extensão do conceito de “cargo de confiança”.

Parece que a única solução seria a de adotar um pagamento “a forfait” das possíveis horas extras, sem discriminação de cargo; ou, — o que é mais justo, — não excluir gerentes e equiparados das normas gerais relativas à duração do trabalho, ficando a critério da empresa controlar o seu horário e/ou ajustar, individual e previamente, uma importância que cobriria os excessos da jornada normal até certo limite, respeitado, no mínimo, o valor da hora contratual acrescida de 20% ou 25%, e paga as excedentes, eventuais, com 25% de adicional.

É mais ou menos, o que se vem tolerando na jurisprudência.

GRATIFICAÇÃO ANUAL (13º SALÁRIO)

O art. 214 do ante-projeto conserva, como excludente do décimo-terceiro salário, a despedida com justa causa, mantendo-o, entretanto, para “todas as demais hipóteses de cessação do contrato de trabalho” (Sic), e assim afastando todas as discussões em torno da demissão espontânea e mesmo da rescisão por culpa recíproca, como outras situações que poderiam comprometer o pagamento da gratificação anual.

Quanto à rescisão pelo empregado, já era jurisprudência e doutrina tranqüilas que o ato protestativo do trabalhador não constituía infração contratual tipificada como falta grave.

Havia o rompimento imotivado, mas a sanção, no caso, era a obrigação do aviso prévio, conversível em indenização pecuniária quando não concedido pelo trabalhador, ou à “indenização” — multa do art. 480 da CLT para os contratados por prazo certo — penalidade essa a que o optante pelo FGTS não estaria sujeito, segundo doutrina não muito bem acolhida nos tribunais.

Mas, na rescisão por culpa recíproca, a Súmula nº 14 do TST vem consubstanciando uma jurisprudência uniforme, contra a qual raríssimas são as manifestações contrárias, tendo

em vista que ainda predomina o entendimento da natureza *premial* da gratificação natalina, quando se examina o fundamento jurídico da instituição dessa vantagem — entendimento que todavia, entra sempre em contradição com as decisões que lhe emprestam caráter essencialmente retributivo, para todos os fins, — inclusive para a composição da maior-remuneração-base para cálculo da indenização (Prejulgado 20 do TST).

A doutrina, entretanto, consagrou — e os tribunais acompanham-na, sem discrepância relevante, — a natureza salarial da gratificação habitual, inominada, considerando, para isso, a uniformidade e permanência da concessão.

De um modo geral, mesmo, dificilmente as gratificações desvinculadas de um fato gerador específico, — não ocorrente na execução normal do contrato, — perdem aquela característica, e, assim, integram o salário, para todos os fins, insuscetíveis, por consequência, de virem a ser submetidas à condição deduzida da causa da dissolução do contrato.

É o caso das gratificações semestrais ou anuais dos bancários, que perderam, irreversivelmente, qualquer aspecto premial, constituindo um atrativo no recrutamento de pessoal, como um 14º ou 15º salário.

Admite-se, — é verdade, — que, mesmo sem aquele fato gerador específico, possa o pagamento de uma gratificação habitual ou contratual estar jungida a uma condição, mas seria indispensável que o fato excludente viesse consignado desde a instituição da vantagem.

Aí, entretanto, parece que haveria uma espécie de hibridismo na sua natureza jurídica: teria caráter retributivo, pela contratualidade, e uma conotação premial, se estivesse condicionada, por exemplo, no caso de dissolução do contrato, ao não cometimento de falta grave.

Mas essa é uma situação excepcional, que comportaria, — é certo também, — uma discussão sobre a legitimidade de um condicionamento, ainda que prévio, do pagamento de parcela considerada como salário, uma que vez este só é vinculado à prestação do serviço propriamente dita.

No caso, pois, da gratificação anual do ante-projeto, — indubitavelmente, a gratificação natalina da Lei nº 4090/62, — é insustentável qualquer argumento a favor da exclusão na dispensa por justa causa, mesmo porque, historicamente, ficou consagrada como um *décimo terceiro* salário do ano.

Releva, ainda, notar que, a própria instituição de um adiantamento obrigatório dessa “gratificação”, — mantido, aliás, no ante-projeto, no art. 211, — implica na admissão de que se trata de uma parcela que, incondicionalmente, deverá ser paga no fim do ano.

Se esse pagamento pudesse ficar na dependência de acontecimento superveniente ao vencimento da obrigação, — que se considera, indubiosamente, como de natureza continuada, — não o teria o legislador imposto ao empregador uma “satisfação por conta”, antecipada, daquela condição contratual.

Com a legislação atualmente em vigor, essa contradição, não raro, provoca especulações nos tribunais, e é objeto de comentário na doutrina; se o empregado comete falta grave quando já recebeu o adiantamento do 13º salário, deve ser descontado, pelo valor correspondente, do que tiver de receber na empresa?

E, se a falta foi praticada, ensejando a rescisão imediata, em data posterior a 20 de dezembro, quando venceu a obrigação, há licitude na exigência de devolução do valor recebido, por dedução no crédito remanescente se empresa?

A doutrina diverge a respeito, mas há uma expressiva iteratividade no sentido de que, incorporado o valor recebido, a tal título, no patrimônio do empregado, por pagamento já realizado ou crédito trabalhista, — o desconto desse valor seria ilícito, porque não previsto em lei.

Messias Pereira Donato escreve, a esse respeito:

“A falta grave não gera efeito, “ex tunc”, para resolver ou descompor o que se consolidou como ato acabado”.

“... época normal do seu pagamento corresponde ao mês de dezembro de cada ano, até o dia 20. É devido então ao em-

pregado, ainda que sua despedida venha a ocorrer por justa causa”.

(“Curso de Direito do Trabalho”, Saraiva, 1979, pág. 77/78).

No art. 209, o ante-projeto persiste numa disposição que provoca dúvidas, quando estabelece que o valor do décimo-terceiro salário — (gratificação anual, no texto em exame — corresponde a $1/12$ do salário mensal devido em dezembro, por mês de serviço prestado pelo empregado no ano correspondente, considerando-se integral a fração igual ou superior a 15 dias.

De acordo com esse texto, como no da lei atual, se o empregado é admitido no dia 17 de certo mês e dispensado no dia 12 do outro mês do mesmo ano, deixa de receber a fração dozeavada tanto do mês de ingresso como do mês de saída, quando, na verdade trabalhou, nos dois meses, mais do que os quinze dias mínimos para o direito a cada doze avos.

O mais justo seria, portanto, que as frações dozeavadas fossem tomadas em função de todo o tempo de serviço, no ano em referência.

FUNDO PARA PAGAMENTO DE FÉRIAS (DE PERÍODO INTEGRAL OU PROPORCIONAIS) E DO 13º SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO ANUAL)

Essa matéria não é nova na discussão das questões trabalhistas, prendendo-se, entretanto, muito mais à garantia do cumprimento da obrigação de pagar do que, propriamente, a vantagem contratual para o trabalhador.

De qualquer forma, porém, constituiria mais uma espécie de tutela.

A justificação estaria na diluição do pagamento dentro das despesas habituais do mês-a-mês da empresa, embora representasse um desembolso continuado, que se anteciparia ao efetuado na época própria.

Diante do custo financeiro da mão de obra, representaria, provavelmente, uma elevação, — ainda que bem pequena, “per capita, — da despesa com pessoal, que poderia, entretanto, vir a ser compensada com o afastamento de sangrias, mais ou menos vultosas, em determinadas épocas, especialmente quanto ao décimo terceiro salário, cujo pagamento se acumula para todo o pessoal da empresa nas duas épocas correspondentes ao adiantamento e à complementação final, em 20 de dezembro.

O Fundo poderia ser formado com o FGTS, recolhendo-se os depósitos correspondentes a duodécimos de décimo terceiro salário e de férias, mas em conta vinculada da empresa, individualizada em nome do empregado, não se beneficiando este dos juros e correção monetária dos depósitos, pois, indubitavelmente, pertenceriam ao empregador, em face do “adiantamento” parcelado do pagamento.

Essa, aliás, seria a “atração” do sistema, para a empresa; uma poupança, enfim, forçada, mas lucrativa, que compensaria, de certa forma o “adiantamento” parcelado da obrigação.

É evidente que a liberação dos depósitos seria efetuada pelo empregador, na medida do que fosse realmente devido ao empregado, sendo completado, o valor respectivo, com o pagamento diretamente ao empregado da diferença que eventualmente houvesse a seu favor.

SERVIÇOS CONTRATADOS PELA EMPRESA

Parágrafo único do art. 42. O artigo proíbe a contratação de serviços necessários à atividade da empresa com outras empresas, ressalvada a hipótese do trabalho temporário regido pelas normas especiais do Capítulo V do Título V. Mas o parágrafo único exclui a aplicação dessa disposição aos serviços de vigilância, custódia, conservação e limpeza.

A Lei nº 6.019/74, cujas disposições estão presentes no ante-projeto — até com certa melhoria quanto a explicitação de certas regras, — veio, justamente, para acabar com os abusos da contratação de mão-de-obra através de terceiros.

Ainda que bastante imperfeita, mal copiando o modelo francês, a lei do trabalho temporário disciplinou razoavelmente o novo regime, adequando, — até certo ponto, insista-se, — a situação emergencial nas empresas aos princípios gerais de proteção do trabalhador.

Parecia, pois, que o “negócio” da exploração da mão-de-obra estava solucionado.

O ante-projeto, entretanto, no dispositivo em epígrafe, revive a questão e piora a situação, tolerando expressamente o intermediário em certas atividades normais da empresa.

Admite-se que o serviço de vigilância armada, exigindo pessoal especializado, que deve trabalhar sob regulamentação emanada da autoridade competente em matéria de segurança pública, equiparado mesmo ao policial civil, possa ser contratado com empresa também especializada, constituída exclusivamente para tal fim, sujeita à fiscalização constante dos órgãos públicos de segurança.

Nesse sentido até era recomendável a inserção, nos Anexos do ante-projeto, que tratam de certas profissões regulamentadas, de normas específicas para tal atividade.

Mas é indubitavelmente censurável admitir, expressamente, a lei trabalhista, que conservação e limpeza permanentes possam ser contratadas pela empresa com outra empresa, — e, a teor das disposições contidas nos artigos 41 e 42, sem responsabilidade trabalhista sequer subsidiária, o que implica na impossibilidade de se aplicar o princípio constitucional da isonomia salarial, uma vez que o prestador de serviços não é empresa que os recebe.

Conservação e limpeza são serviços essenciais a qualquer tipo de atividade, pois decorrem da necessidade de higiene permanente, que é uma questão de interesse público.

Não há como justificar esse permissivo legal, quando é certo, — ao contrário das atividades de vigilância armada, que inclui a custódia e transporte de valores, — que um grande número de empresas têm serviços próprios de limpeza e conservação, sem que isso apresente problema maior na administração ou na produção.

O certo é que comumente se verifica a inidoneidade financeira e profissional de empresas que se dedicam a essas atividades, sem estar sujeitas a uma fiscalização específica e sem a exigência de garantias para suportar os ônus trabalhistas de seus empregados.

Não raro, firmas comerciais com capital mínimo, bens insuficientes e até instalações precárias, mantêm, trabalhando fora, centenas e mesmo milhares de empregados, auferindo resultados expressivos no negócio.

Recentemente, o impasse mais significativo na greve de pessoal dessa categoria, — inorganizada na maioria das cidades, — foi a dificuldade confessada pelas empregadoras de negociarem aumento salarial e novas condições de trabalho, por não terem recursos para suportar as reivindicações, em face de não saberem se seriam admitidas nos contratos de fornecimento de mão-de-obra à suas clientes.

A sugestão é de que sejam mantidas, no parágrafo único do art. 42, apenas as atividades de vigilância armada e custódia de valores, sujeitas, entretanto, a normas regulamentadoras constantes de Anexo.

O REGIME DE "SOBREAVISO"

Art. 244 — Institui o condenável regime de sobreaviso, que a legislação atual estabelece apenas para ferroviários, tendo em vista as peculiaridades dessa atividade, mas só admissível em localidade do interior, de trabalho de fraca intensidade e intermitente.

Adotá-lo, indistintamente, para toda espécie de serviço, prestado nos grandes centros, é injusto e contrário a princípios gerais de Direito do Trabalho, relativos à tutela na duração de jornada e à proteção do salário.

Nesse regime, o empregado fica à disposição da empresa, "para a eventual substituição em turma com escala organizada, ou para a realização de serviços de emergência", segundo expressamente dispõe o "caput" do artigo, — e perceberá, pelas horas de sobreaviso, 1/3 do salário normal, só recebendo o salário integral se convocado ao trabalho.

O § 1º do artigo diz que “não excederá de 12 horas” o período de sobreaviso, o que significa que será sempre de 12 horas, na prática, e o empregado é obrigado “a ficar em local determinado, fora da empresa ou em dependência apropriada para tal fim, aguardando chamado”.

Basta a leitura do texto, para se constatar a quantos abusos levarão tais disposições:

Não há como mantê-las num código trabalhista.

DEPÓSITOS DO FGTS NA DISPENSA POR JUSTA CAUSA

Art. 124 do ante-projeto — O empregado optante pelo FGTS não deve perder juros e correção monetária dos depósitos, pois esses acréscimos não têm natureza premial, não podendo, pois, ficar na dependência do comportamento do empregado em relação às obrigações do contrato de trabalho. Os depósitos do FGTS não podem ser considerados como indenização da ruptura do contrato. Sua natureza — seja de “salário residual” (Messias Pereira Donato), seja de “salário diferido”, “salário social”, prêmio de antigüidade, poupança, etc., — não é distinguida com referência ao cometimento de falta pelo empregado. Como, portanto, subtrair, do depósito, o acessório necessário, da atualização de seu valor?

Sem juros e correção monetária, os depósitos do FGTS constituem uma insignificância com o tempo, e, na verdade, não correspondem mais a um valor monetário, ou seja, a um poder-de-compra consentâneo com a validade do momento em que venham a ser utilizados, tanto mais quando, no caso da dispensa por justa causa, dificilmente podem ser sacados.

O conflito da disposição aqui repudiada com o sentido social e trabalhista do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço é evidente.