

FIESP orienta aplicação dos direitos sociais

12 DEZ 1988

por Cláudia Trevisan de São Paulo

As empresas ainda têm dúvidas sobre a aplicação de uma série de dispositivos constantes da nova Constituição brasileira. O Departamento Jurídico da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) reuniu as principais perguntas realizadas pelos associados da entidade e do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP), apresentando a interpretação que vem sendo dada por seus advogados.

Aviso Prévio

Em relação ao aviso prévio, a principal dúvida é se continua em vigor o artigo 487, inciso I da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que prevê oito dias de aviso prévio para as empresas que realizam folha de pagamento semanal.

Para a FIESP, o dispositivo da CLT é incompatível com o artigo 7º, XXI da nova Carta, segundo o qual o aviso prévio não poderá ser inferior a trinta dias. No entender da entidade, esse dispositivo é auto-aplicável, não dependendo de legislação complementar. A proporcionalidade do aviso prévio ainda será determinada por lei ordinária, que não poderá definir períodos inferior a trinta dias.

Décimo Terceiro

O artigo 7º VIII da Constituição, determina o pagamento do décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria. O que tem gerado questionamentos é a forma de cálculo do benefício para os funcionários que recebem à base de comissão.

A interpretação que vem sendo dada é que a forma de cálculo vigente antes da promulgação da nova Carta não se alterou.

Trabalhador Avulso

O artigo 7º XXXIV criou a igualdade de direitos entre o trabalhador e o que possui vínculo empregatício permanente. Não está claro, para os empresários, a conceituação de trabalhador avulso frente da nova ordem constitucional.

Para a FIESP, trabalhador avulso é aquele contratado por intermédio de seu sindicato de classe, como ocorre em relação aos serviços portuários, por exemplo.

Férias

As maiores dúvidas das empresas referem-se ao acréscimo de um terço na remuneração das férias. A seguir estão relacionadas as principais questões relativas a esse instituto:

- Aos funcionários que já se encontravam em gozo de férias quando da promulgação da nova Constituição, será devido o acréscimo de um terço na remuneração de férias?

A FIESP interpreta que o dispositivo é auto-aplicável, mas incide somente sobre as relações jurídicas presentes, ainda não definitivamente consumadas. Assim, o período de férias gozado antes da promulgação da nova Carta deve ser remunerado nos termos da legislação anterior (artigo 142 da CLT). O restante, gozado após a entrada em vigor da nova sistemática, deve ser remunerado com o acréscimo de um terço.

- As contribuições de Iapap, FGTS e o Imposto de Renda (IR) na fonte incidem sobre o acréscimo de um terço?

O entendimento da FIESP é no sentido de que sobre as férias remuneradas com um terço a mais do salário há incidência na fonte das contribuições de

Iapap, dos depósitos do FGTS e do IR na fonte. Porém, as férias devem ter sido gozadas normalmente. No caso de férias indenizadas (não gozadas) incidirá somente o IR.

- O direito ao recebimento do acréscimo de um terço independe de haver o trabalhador completado o período aquisitivo?

"Por tratar-se de dispositivo mais benéfico e de aplicação imediata, entendemos que todo o trabalhador que entrar em gozo de férias a partir da vigência da nova Constituição terá direito ao benefício ainda que o período aquisitivo tenha sido completado, ou que as férias se refiram ao período aquisitivo anterior", estabelece o documento elaborado pelo Departamento Jurídico da FIESP.

- Em que momento deverá ser efetuado o pagamento do acréscimo de um terço na remuneração das férias?

O pagamento deve ser realizado até dois dias antes da concessão das férias, como determina o artigo 145 da CLT.

- O "salário normal" expresso no texto constitucional compreende a média das horas extras e outras vantagens, como adicional noturno e insalubridade?

Estes benefícios só integrarão o "salário normal" desde que pagos com habitualidade ou tenham caráter permanente (no caso do adicional de insalubridade). E o que determinam os artigos 457 e 458 da CLT.

- Como poderá ser feito o fracionamento das férias?

Segundo a FIESP, a Constituição não possui qualquer medida expressa neste sentido. Assim, continuam em vigor os artigos 134 e 139, parágrafo 1º da CLT. De acordo com esses dispositivos, as férias coletivas podem ser divididas em dois períodos anuais, nunca inferiores a dez dias. Quanto às férias individuais, a princípio elas não podem ser divididas. Em casos excepcionais, será permitido o gozo em dois períodos, um dos quais não poderá ser inferior a dez dias corridos.

- É possível a conversão do acréscimo de um terço em abono pecuniário?

O Departamento Jurídico da FIESP entende que continua sendo possível a venda, para o empregador, de dez dias de férias, nos termos do artigo 143 da CLT.

- Como deverá ser feito o cálculo do abono pecuniário?

O abono deverá ser calculado sobre as férias já acrescidas de um terço, como prevê a Instrução Normativa nº 01/88 da Secretaria das Relações do Trabalho.

- Em caso de rescisão contratual é devido o acréscimo de um terço?

A resposta é afirmativa. Se por qualquer motivo o funcionário não gozar suas férias, elas deverão ser indenizadas com o acréscimo de um terço, em atendimento à determinação constitucional.

- Quando a dispensa do funcionário ocorreu dias antes da promulgação da Carta Constitucional, e seu aviso prévio foi indenizado (não trabalhado), o funcionário terá direito ao acréscimo de um terço na remuneração das férias?

Como os efeitos do contrato de trabalho são projetados até um período posterior à promulgação da Constituição (com a contagem do aviso prévio), a FIESP entende que o acréscimo é devido. Isto porque o período correspondente ao aviso prévio, mesmo que indenizado, integra o tempo de serviço

para efeitos legais (artigo 489 da CLT).

Anistia

O artigo 47 das Disposições Transitórias da nova Constituição concedeu a anistia da correção monetária das dívidas dos micro e pequenos empresários e produtores rurais contraidas durante o Plano Cruzado e cujo valor seja inferior a 5 mil ONT. As principais dúvidas em relação ao dispositivo são as seguintes:

- Os valores já pagos, referentes a contratos beneficiados pela anistia, poderão ser devolvidos ou utilizados para pagamento das parcelas restantes?

Isto não é possível frente ao parágrafo 4º do artigo 47, que determina que os benefícios não se estendam aos débitos já quitados.

- Contratos renovados durante o ano de 1987 para pagamento de dívidas do Plano Cruzado poderão ser anistiados?

A FIESP entende que sim, desde que seja devidamente comprovada a finalidade do financiamento.

- Quais as ações judiciais cabíveis, caso o banco ou as instituições financeiras se neguem a cumprir o que dispõe a nova Constituição?

O Departamento Jurídico entende que se o interessado não conseguir um acordo com a instituição financeira ele poderá ingressar com uma ação declaratória e uma medida cautelar preparatória, a fim de evitar possíveis cobranças judiciais.

- Qual o juízo competente para a propositura da ação?

No caso de instituições financeiras privadas, a ação deve ser apresentada à Justiça comum. Se for ajuizada contra bancos estaduais, a competência é de uma das Varas da Fazenda do Estado. Finalmente, o julgamento caberá à Justiça Federal se o réu for uma entidade de crédito integrante da administração pública da União.

Assistência aos filhos dos empregados

Nos termos do inciso XXV, artigo 7º da Constituição, deverá ser dada assistência gratuita aos filhos e dependentes dos empregados, desde o nascimento até 6 anos de idade, em creches, e pré-escolas.

Não está claro para os empresários a quem cabe prestar esses benefícios. A FIESP entende que é uma obrigação do Estado e não das empresas. A entidade lembra que o artigo 208, IV, da Carta prevê que o atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a 6 anos de idade é dever do poder público.

Mesmo sendo um dispositivo dependente de regulamentação por lei ordinária, os advogados da FIESP entendem que o encargo deverá caber ao Estado.

Licença-paternidade

Com a nova Constituição, os empregados passaram a ter direito à licença-paternidade de cinco dias. As questões apresentadas ao Departamento Jurídico da FIESP são as seguintes:

- Os cinco dias de licença-paternidade deverão ser pagos pela empresa?

Por ser auto-aplicável, a licença deve ser concedida após a promulgação da Constituição. A FIESP avalia que enquanto lei ordinária não regulamentar o benefício, ele deverá correr por conta da empresa.

- Os cinco dias de licença-paternidade são corridos ou são dias úteis?

O Departamento Jurídico

co entende que são dias corridos.

- A licença-paternidade deve ser paga separadamente do salário normal?

Sim. Isto porque a legislação ordinária ainda deverá definir se esse custo será ou não reembolsado pela Previdência Social.

Licença-Maternidade

A Constituição ampliou de 84 para 120 dias a licença-maternidade. As maiores dúvidas dos empresários são as seguintes:

- As funcionárias que se encontravam em licença-gestante quando da promulgação da Carta Constitucional terão direito aos 120 dias?

Segundo a FIESP, a questão é controversa, pois há aqueles que entendem que o dispositivo depende de regulamentação. Porém, a entidade avalia que o benefício é de aplicação imediata, ressalvada a problemática da indenização dos custos pela Previdência Social. Para a entidade, as funcionárias que estivessem usufruindo da licença na data de promulgação da Carta deveriam ter ampliado seu período da licença.

- A licença-gestante fixada em 120 dias poderá ser deduzida na guia de recolhimento do IAPAS?

As normas anteriormente aplicáveis à licença-maternidade, em termos operacionais, continuam em vigor segundo a FIESP, por não contrariarem a nova ordem constitucional. Mas a entidade lembra que a questão é controversa, já que não se sabe se a Previdência assumirá o pagamento dos 36 dias acrescidos pela nova Constituição.

Jornada de trabalho

Com a nova Carta, a jornada de trabalho foi limitada a oito horas diárias e 44 semanais. Também foi definida a jornada de seis horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento.

Os empresários têm dúvida se as 44 horas referem-se às horas efetivamente trabalhadas ou nesta jornada se incluem intervalos permitidos em lei e convenções coletivas. Os advogados da FIESP lembram que o artigo 71, parágrafo 2º da CLT, dispõe que "os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho". Assim, devem ser consideradas somente as horas efetivamente trabalhadas.

Outra dúvida é quanto à caracterização do turno ininterrupto de revezamento. A Instrução Normativa nº 1 da Secretaria das Relações do Trabalho determina que o turno ininterrupto de revezamento ocorre quando se verificarem as seguintes condições concomitantemente: existência de turno e revezamento de empregados ou turmas de empregados. Além disso, o revezamento deve ser ininterrupto, não podendo sofrer solução de continuidade no período de 24 horas, independentemente de haver ou não trabalho aos domingos.

A FIESP diverge da instrução quanto a esta última condição. Para a entidade, o fechamento da empresa aos domingos descaracteriza o trabalho ininterrupto a que se refere o texto constitucional. Assim, no caso de fechamento aos domingos, a jornada não deveria ser reduzida a seis horas.

A FIESP observa que essas são algumas orientações dadas pelo seu Departamento Jurídico e podem ou não ser acatadas pelas empresas.