

Vantagens instituídas pelo empregador

P A R E C E R

DE

ARNALDO SÜSSEKIND - DÉLIO MARANHÃO

sobre a consulta formulada pela IBM DO BRASIL - Indústria,
Máquinas e Serviços Ltda.

SUMÁRIO:

I	- Da Consulta.....	§§ 01 e 02
II	- Introdução necessária	
	A - Das vantagens instituídas pelo empregador em favor dos empregados.....	§§ 03 a 14
	B - Da inaplicação do limite previsto no art. 17, § 3º, da Lei nº 5.107/66 ao valor do prêmio-aposentadoria.....	§§ 15 a 20
	C - Da renúncia à estabilidade em virtude da opção pelo FGTS.....	§§ 21 a 27
III	- Das questões objetivamente formuladas na Consulta	
	A - Da opção com efeito retroativo pelo regime do FGTS.....	§§ 28 a 35
	B - Do valor do "fundo CLT" e da sua tributação para fins do Imposto de Renda do empregado.....	§§ 36 e 37
	C - Do adiantamento de prestações do "Plano Previdenciário IBM" para situar o "fundo CLT" no piso previsto pelo art. 17 da Lei nº 5.107/66.....	§ 38
	D - Da compensação financeira ao empregado por sua exclusão do "Plano Previdenciário IBM".....	§§ 39 a 48
	E - Dos empregados aposentados antes da instituição do "fundo CLT".....	§§ 49 e 50
	F - Da cessação do contrato de trabalho com acordo para permanecer o empregado no "Plano Previdenciário IBM".....	§§ 51 a 54
IV	- Sugestões dos autores deste parecer.....	§§ 55 a 58

P A R E C E R

I - Da consulta

1. A IBM DO BRASIL - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda. endereçou-nos a seguinte exposição:

"Nos termos da legislação vigente, a rescisão de contrato de trabalho de empregado estável, sem justa causa, implica no direito deste receber indenização, correspondente a dois meses de salário por ano de serviço. É possível a celebração de acordo desde que o empregado receba um mínimo de 60% daquele valor indenizatório. Caso a rescisão se opere por decisão unilateral do empregado, este não fará jus à referida indenização.

Por outro lado, os empregados optantes pelo regime de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço teriam, na mesma situação, o direito de receber quantia correspondente ao saldo de sua conta no respectivo Fundo, acrescido de 10%.

Estudos promovidos pelo nosso Departamento de Pessoal concluíram que existe uma iniquidade entre os empregados da Companhia optantes do FGTS e os não optantes quando ambos se aposentam. A iniquidade se consubstanciaria no fato destes receberem somente o Plano Previdenciário IBM, enquanto os optantes perceberiam o mesmo Plano Previdenciário e o respectivo saldo de sua conta no FGTS.

De acordo com as políticas de pessoal da Companhia, estão sendo examinadas alternativas para eliminação da aludida iniquidade. A principal alternativa pode ser assim descrita:

- a. Por ocasião da aposentadoria, o empregado não optante optaria pelo regime do FGTS, retroativamente à data de admissão, ou à data em que completou 10 anos de serviço, ou a janeiro de 1967;
- b. Calcular-se-ia, então, a razão entre o saldo do FGTS e o último salário do empregado;
- c. Calcular-se-ia, a seguir, a razão entre o resultado de (b) supra e o tempo de serviço coberto pelo FGTS;
- d. Aplicar-se-ia, a seguir, a razão obtida em (c) supra ao tempo de serviço não coberto pelo FGTS, constituindo-se, então, um "fundo" proporcional ao que o empregado já disporia sob o regime do FGTS. Esse "fundo", para efeitos de argumentação, denominar-se-ia "fundo CLT";
- e. Independentemente do direito do empregado, então optante, de levantar os depósitos do FGTS, em decorrência da sua aposentadoria definitiva, ser-lhe-ia pago o "fundo CLT", seja a título de indenização, seja como "suplemento IBM ao FGTS", não se conside-

considerando esse pagamento, em qualquer das duas hipóteses, como tributável para ele;

- f. Iniciar-se-ia, a seguir, o pagamento mensal do Plano Previdenciário IBM, nos termos e condições em vigor, sendo tais pagamentos efetuados pela Fundação Previdenciária IBM (em anexo, regulamento do Plano) ".

2. Em face do exposto, a Consulente formula os seguintes quesitos:

- "a. Quando da opção retroativa do empregado, é juridicamente mandatória a preservação do "decênio" ?
- b. O pagamento do "fundo CLT" seria visto como de natureza indenizatória, portanto sujeito ao mínimo de 60% do valor da "dobrada", ou poderia ser considerado como "suplemento IBM ao FGTS", de natureza não indenizatória? Seria, em qualquer hipótese, não tributável (Imposto de Renda) para o empregado ?
- c. Caso tal "fundo" tenha natureza indenizatória, poderia ser o mesmo pago acrescido de parcela suficiente para atingir o referido mínimo de 60%, parcela essa que seria deduzida por ocasião do pagamento das prestações mensais do Plano Previdenciário IBM ?
- d. Seria juridicamente válida a negociação do Plano Previdenciário IBM, quando da cessação do contrato de trabalho não decorrente de aposentadoria, de modo a que o empregado receba antecipadamente parte das prestações futuras, ou abra mão do direito de participar do Plano em razão de alguma compensação financeira imediata ?
- e. Caso a IBM adote o procedimento em exame, poderia ser obrigada a pagar o "fundo CLT" aos empregados que se aposentaram antes de sua instituição? Em caso afirmativo, ou caso a IBM queira espontaneamente fazê-lo, o pagamento do "fundo CLT" aos empregados já aposentados, teria natureza indenizatória, ou poderia ser feito a título de "suplemento IBM do FGTS" ?
- f. Poderia a IBM rescindir contrato de trabalho de empregado estável, que não tem condições de se aposentar a curto prazo, negociando com ele a inclusão do Plano Previdenciário IBM para fins de indenização? Nesse tipo de rescisão, o empregado tem direito de permanecer vinculado ao Plano Previdenciário IBM, para dele se beneficiar quando de sua aposentadoria?"

II - Introdução necessáriaA - Das vantagens instituídas pelo empregador em favor dos empregados.

3. A relação de emprego resulta de um contrato de direito privado: o contrato individual de trabalho. Esse contrato é disciplinado por um sistema de normas cogentes, que lhe formam uma base legal, contra a qual não vale a autonomia da vontade dos contratantes. Daí a expressão, tantas vezes repetida, de que o Direito do Trabalho é um mínimo de garantias. E daí porque, nos termos do art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, é livre a autonomia da vontade no contrato de trabalho quando vise a conceder maiores vantagens ao empregado - vantagens que poderão ser estipuladas:

- a) por acordo expresse ou tácito dos contratantes, como tal se entendendo o ato do empregador ao qual adere o trabalhador;
- b) por convenção ou acordo coletivo de trabalho;
- c) por sentença normativa da Justiça do Trabalho, proferida em dissídio coletivo.

4. Por isso, a legislação social-trabalhista brasileira corresponde a um intervencionismo básico, que não impede - antes, torna desejável - sua complementação ou ampliação, seja mediante normas regulamentares editadas pelo empregador, seja por ajuste direto entre o empregador e o empregado, seja por meio de negociação coletiva.

5. Com tais propósitos é que muitas empresas têm instituído o prêmio-aposentadoria ou a complementação dos proventos pagos pelo INPS, para beneficiar os empregados que se aposentam em caráter definitivo.

6. A consequência lógica e jurídica da instituição de tais vantagens por normas regulamentares editadas pelo empregador é que estas passam a integrar, como cláusulas, os contratos individuais de trabalho dos empregados. A manifestação expressa de vontade do empregador, pouco importando a forma de que se tenha revestido, veio somar-se a manifestação tácita dos empregados. Se o

próprio contrato pode ser tacitamente ajustado (art. 442 da CLT), evidente a possibilidade de ajuste para que se lhe insiram novas cláusulas, desde que favoráveis ao empregado (art. 468). Cria-se, portanto, para usar a expressão de DUGUIT, uma situação jurídica individual, subjetiva (Cfr. "Traité de Droit Constitutionnel", I, Paris, Boccard, 1927, pág. 327).

7. Não modifica esse quadro jurídico a circunstância de se tratar de normas regulamentares da empresa. Desde que estejam ligadas à própria relação de emprego, decorrendo sua aplicação da execução do contrato de trabalho, é inquestionável que elas passam a integrar o referido contrato. Somente as disposições regulamentares de caráter estritamente técnico ou que tratam da organização e do funcionamento dos serviços da empresa é que não se incorporam nos contratos de trabalho, podendo ser modificadas ou revogadas ao arbítrio do empregador. Daí ter decidido o egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

"As normas regulamentares de cunho jurídico são as que declaram os direitos das partes contratantes. São, por isso, eminentemente contratuais e não podem ser unilateralmente alteradas pelo empregador. Só as normas regulamentares de caráter técnico admitem as modificações unilaterais necessárias" (Ac. do tribunal pleno nos E-RR - 745/73; Ministro COQUELJO COSTA, rel.; D.J. de 13.8.74).

8. Escreve, a propósito, CAMERLYNCK:

"Sem entrar na discussão doutrinária concernente à natureza quase regulamentar ou propriamente contratual do Regulamento de Empresa, verificamos que a jurisprudência não estabelece qualquer diferença quanto ao regime jurídico do contrato de trabalho, seja instituído pelo Regulamento ao qual o trabalhador considera-se ter aderido, seja pelo contrato individual" ("Traité de Droit du Travail", "Contrat de Travail", Paris, Daloz, 1968, págs. 34/35).

9. Neste sentido é pacífica e iterativa a jurisprudência da Justiça do Trabalho:

"O regulamento da empresa - aprovado por ato unilateral do empregador - torna-se cláusula do contrato de trabalho (ato bilateral) por adesão do empregado" (Ac. do TST, 1a.T., no RR-1.349/71; Min. MOZART RUSSOMANO, rel.; D.J. de 3.3.72. Idem, da 2a.T., de 28.4.70, no RR-

RR-244/70; Min. HILDEBRANDO BISÁGLIA, rel.; "Ementário Trabalhista", agosto de 1970. Idem, da 3a.T., no RR - 3.869/72; Min. BARATA DA SILVA, rel.; D.J. de 9.4.73 . Idem do Pleno, nos E-RR-3.158/71; Min. COQUEIJO COSTA , rel.; D.J. de 14.2.73).

10. Ainda que se trate de cláusula benéfica inserida em contrato oneroso, certo é que, traduzindo condição contratual, não poderá ser alterada ou suprimida por ato unilateral do empregador, em prejuízo do empregado (art. 468 da CLT). Não cabe aqui falar-se em expectativa de direito enquanto não realizados todos os requisitos para o deferimento da vantagem. Somente em relação ao sistema legal é que se poderá aludir à expectativa de direito, por que direito contratualmente assegurado será, sempre, desde logo, direito adquirido. Nos termos do § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil consideram-se também adquiridos os direitos cujo começo de exercício tenha

"condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem":

11. Por conseguinte, se tais vantagens estão contratualmente asseguradas, ainda que subordinadas a certa condição inalterável a arbítrio do empregador (art. 468), é inquestionável que constituem direito adquirido, tanto para os que já têm as condições para exercê-lo, como para aqueles em relação aos quais está suspenso o exercício do direito já adquirido. Qualquer alteração ou supressão da vantagem contratual não produzirá efeito senão para os empregados admitidos após a alteração ou supressão, os quais, obviamente, não podem aderir à norma regulamentar que não mais vigora. Daí ter o egrégio TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO sedimentado torrencial jurisprudência a respeito, ao aprovar a SÚMULA nº 51, in verbis:

"as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento".

12. Cumpre sublinhar que, ao instituir vantagem em favor dos seus empregados, a que não estava obrigado por norma jurídica aplicável, o empregador poderá estabelecer os valores e as condições que julgar convenientes; inclusive quanto à vigência do seu

ato, que poderá ser transitória, com termo prefixado.

13. Demais disto, tratando-se de vantagem para cuja concessão não se exija contribuição pecuniária do empregado, terá plena aplicação a regra do art. 1.090 do Código Civil:

"Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente".

Isto é, tais contratos

"Compreendem, exclusivamente, aquilo a que o devedor de modo expresso se obrigou" (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "Curso de Direito Civil", São Paulo, Saraiva, 12a.ed., 1977, vol.V, pág.39).

Por isso, esclarece CARLOS MAXIMILIANO que,

"Quando as regras enunciadas não bastem para solver as dúvidas, interpreta-se a cláusula obscura ou ambígua: a) contra aquele em benefício do qual foi feita a estipulação;

b) a favor de quem a mesma obriga e, portanto, em prol do devedor ou promitente" ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", Rio, 3a.ed., Freitas Bastos, págs. 412/3).

14. Acolhendo as lições da doutrina, firmou-se a jurisprudência dos tribunais no sentido de que:

"A condição estabelecida pelo empregador, em vantagem por ele instituída, acima das condições estatutárias que amparam o trabalhador, deve ser respeitada nos limites de sua instituição" (Ac. do TST, 1a.T., no RR-25217/75; Ministro R. DE SOUZA MOURA, rel.; D.J. de 17.3.76);

"Não cabe ao Judiciário ampliar, ainda que indiretamente, vantagens concedidas, acima do mínimo legal, pelo empregador, pois o regulamento empresarial comporta interpretação restritiva" (Ac. do TST, Pleno, nos E-RR - 4.139/74; Ministro ELIAS BUFÃIÇAL, rel.; D.J. de 14.06.76);

"O benefício específico e voluntariamente instituído pela empresa há de ter interpretação restritiva" (Ac. do TST, Pleno, nos E-RR-2.890/74; Ministro COQUEIJO COSTA, rel.; D.J. de 06.07.76);

"Não ofende o princípio da isonomia a concessão de direitos condicionados à existência de determinada situação, em certa época. E não há falar em alteração ilícita

ilícita quando o benefício, na própria Resolução que o instituiu, estava limitado no tempo, pois foi com essa limitação que se incorporou aos contratos de trabalho " (Ac. do TST, 2a-T., no RR-3.967/75; Min. C.A. BARATA DA SILVA, rel.; D.J. de 14.5.76);

"Prêmio-aposentadoria concedido a servidores que se inativassem em determinados períodos. A não concessão do prêmio aos que se aposentaram antes ou depois desses períodos não ofende ao princípio da isonomia" (Ac. do STF, 1a.T., no AG-62.511; Min. RODRIGUES ALCKMIN, rel.; D.J. de 24.6.75).

B - Da inaplicação do limite previsto no art. 17, § 3º, da Lei nº 5.107/66 ao valor do prêmio-aposentadoria

15. A Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, que instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, estatuiu que:

"Art. 17. Os contratos de trabalho que contarem mais de 10 (dez) anos, na data da publicação desta Lei, poderão ser rescindidos a qualquer tempo, por livre acordo entre as partes. E, na ocorrência desta hipótese, o empregado receberá, diretamente do empregador, a importância que convencionar como indenização.

.....
§ 3º. A importância a ser convencionada, na forma deste artigo, nunca poderá ser inferior a 60% (sessenta por cento) do que resultar da multiplicação dos anos de serviços contados em dobro, pelo maior salário mensal percebido pelo empregado na empresa".

Por sua vez, prescreveu no seu art. 1º que:

"§ 5º. Não poderá retratar-se da opção exercida o empregado que transacionar com o empregador o direito à indenização correspondente ao tempo de serviço anterior à opção",

o que levou a doutrina e a jurisprudência a admitirem que o novo regime legal validou o acordo celebrado entre o empregado optante e o seu empregador visando a liquidar, mediante indenização, o tempo de serviço anterior à opção.

16. Numa autêntica construção jurisprudencial, com base na analogia, a Justiça do Trabalho passou a entender que o limite mínimo de 60% da indenização de antiguidade, previsto no § 3º do art. 17 supratranscrito, deve ser respeitado no acordo entre o em

empregador e o empregado, seja para a liquidação do tempo de serviço anterior à opção, seja para distratar a relação de emprego.

17. Ora, o prêmio-aposentadoria, ou qualquer gratificação a justada, cujo pagamento só se torna devido com a aposentadoria definitiva do empregado, não pode ser confundida com indenização. Como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, a aposentadoria definitiva do empregado extingue o seu contrato de trabalho. Portanto, quando da concessão do prêmio ou da gratificação, não se poderá vislumbrar qualquer acordo, com indenização de antiguidade, para distratar a relação de emprego, visto que esta já se extinguiu com a aposentadoria:

"A aposentadoria extingue o contrato de trabalho, quando o trabalhador não retorna ao serviço. Nessa hipótese, são inaplicáveis o art. 17, § 3º, do FGTS, o art. 500 da CLT e a Súmula 20" (Ac. do TST, Pleno, nos E-RR-3654 / 74; Min. RENATO MACHADO, rel.; D.J. de 6.7.76).

18. Se o prefalado limite de 60% só é aplicável aos casos de indenização de antiguidade ajustada pelas partes para terminarem a relação de emprego ou liquidarem o tempo de serviço anterior à opção do empregado em favor do FGTS, afrontaria o Direito, numa inquestionável heresia jurídica, estendê-lo à vantagem pecuniária paga ao trabalhador cujo contrato já se extinguiu em virtude da concessão do benefício previdenciário. Indenizar o que, se a indenização de antiguidade não é considerada devida na extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria por tempo de serviço ou por velhice, quando resulta de requerimento do empregado? Somente nos casos de aposentadoria por velhice requerida pelo empregador é que a lei lhe impõe a obrigação de indenizar o empregado, no valor de metade da indenização de antiguidade prevista nos arts. 478 e 479 da CLT (art. 30, § 3º, da Lei nº 3.807, de 26.08.60). Mas, ainda nesta hipótese, nada obsta que a norma regulamentar instituidora da vantagem preveja, expressamente, a compensação com a indenização devida.

19. Cumpre informar, a respeito, que dezessete reclamações plúrimas foram ajuizadas contra determinada empresa, que instituiu prêmio-aposentadoria, visando à complementação da vantagem até 60% do valor da indenização que seria devida no caso de extinção do contrato de trabalho por acordo entre as partes. Pois bem, to-

todas as ações foram julgadas improcedentes pelo egrégio Tribunal Superior do Trabalho, em sessão plena. E a jurisprudência se tornou tão iterativa, que o mesmo Tribunal consubstanciou a tese na Súmula nº 72:

"O prêmio aposentadoria instituído por norma regulamentar da empresa não está condicionado ao disposto no § 3º do art. 17 da Lei nº 5.107/66".

20. Na hipótese focalizada nesta introdução não se poderá falar em ato simulado, em fraude à lei, porque a vantagem é instituída em norma regulamentar, que beneficia a todos os que preencherem as condições estipuladas, e não proposta, individualmente, a determinados empregados, para que deixem o emprego. Daí ter decidido o egrégio Tribunal Superior do Trabalho, em sessão plenária:

"O chamado prêmio-aposentadoria foi concedido de forma clara, precisando em que termos seria concedido, a maneira de ser calculado, sem ocultar o seu valor, sem o menor vestígio de induzir a erro o trabalhador, declinando os motivos, e até a pedido do sindicato de classe dos obreiros, ficando tal assertiva sem sofrer o menor reparo pelos AA. Finalmente: indubitoso que foi livre a adesão dos obreiros, para auferirem a vantagem, e que os contrários à proposta não sofreram qualquer discriminação no relacionamento com o empregador.

De consequência, burla à lei também não há." (Ac. de 31.03.76 nos E-RR-3.654/74; Min. RENATO MACHADO, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal);

"Não tem natureza indenizatória o prêmio concedido pela empresa ao empregado que se aposenta.

Nada razoável, antes estranho, d.v., o entendimento de que o prêmio representaria burla, privando os empregados da indenização prevista na lei. Se nada receberiam estes com a aposentadoria, não se vê burla no oferecimento de uma determinada quantia, como um prêmio a que eles que a requeressem.

Não há fraude alguma nisso e é inadmissível falar-se em coação econômica sem existência de prejuízo, evidenciando-se, ao revés, vantagens" (Ac. de 29.09.76 nos E-RR-4.551/74; Min. A. TOSTES MALTA, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal).

C - Da renúncia à estabilidade em virtude da opção pelo F.G.T.S.

21. É indubitoso que o regime jurídico do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foi instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, com o indisfarçável intuito de, mediante

"opção do empregado", substituir o da indenização de antiguidade, com direito à estabilidade no emprego, após dez anos de serviços, de que tratam os Capítulos V e VII do Título IV da CLT.

22. Ao iniciar sua vigência, em 1º de janeiro de 1967, a disposição da Lei nº 5.107 que afastava a aplicação das normas inseridas no precitado Capítulo VII ao empregado optante do novo regime atriava-se com o preceituado no inciso XII do art. 157 da Constituição de 1946. Por isso, procurou-se alterar o preceito na Carta Magna promulgada no dia 24 do mesmo mês:

"estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente" (art. 165, nº XIII).

23. Péssima a redação do novo inciso, vem permitindo que alguns intérpretes, com raros reflexos nos tribunais, sustentem que a norma constitucional assegura, sempre, a estabilidade no emprego, seja com a indenização da CLT devida ao trabalhador despedido, seja com o levantamento ou a preservação dos depósitos alusivos ao FGTS. Mas a maioria das decisões conclui que a Constituição assegura ao empregado não optante "a estabilidade, com indenização, ao trabalhador despedido" e, ao não optante, o "fundo de garantia equivalente".

24. Tendo em vista a Exposição de Motivos do projeto que se converteu na Lei nº 5.107, discutida e votada pelo Congresso Nacional concomitantemente com o projeto da nova Constituição, entende-se o que esta procurou garantir:

"o sistema da CLT, que conduz à estabilidade no emprego e prevê indenização ao trabalhador despedido ou o sistema equivalente do Fundo de Garantia, em que o empregado já não adquire estabilidade no emprego, mas lhe possibilita total e continuada compensação pelo tempo de serviço ("estabilidade econômica").

Os itens 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17 da mencionada Exposição de Motivos enfatizam a alegada "inconveniência" social do sistema da CLT, conduzente à estabilidade no emprego" ("Pareceres sobre Direito do Trabalho e Previdência Social", dos signatários deste parecer, S. Paulo, LTr., vol. II, 1976, pág. 89).

25. Trata-se, portanto, de dois regimes jurídicos paralelos, visando, de formas diferentes, ao mesmo objetivo: garantia do tempo de serviço. E que, no entender da Constituição e da Lei se equívalem. Por isso mesmo, dispôs o art. 1º da Lei nº 5.107:

"Para garantia do tempo de serviço ficam mantidos os Capítulos V e VII do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho, assegurado, porém, aos empregados o direito de optarem pelo regime instituído na presente lei".

26. Feita essa digressão, cumpre concluir que a opção do empregado pelo regime do FGTS importa em renúncia, autorizada por lei, à estabilidade no emprego ou na impossibilidade jurídica de vir a adquirir esse direito:

"A opção do empregado estável pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço deve ser entendida como renúncia formal à estabilidade já adquirida" (Ac. do TST, 3a.T., no RR-3.693/72; Ministro C.A. BARATA DA SILVA, rel.; D.J. de 01.08.73);

"A opção pelo FGTS extingue a estabilidade ou impede a aquisição desta (Ac. do TST, de 24.06.75, no RR-1.225 / 75; Ministro COQUEIJO COSTA, rel., "Dicionário de Decisões Trabalhistas" de Calheiros Bomfim e Silvério dos Santos, Rio, Eds. Trabalhistas, 14a.ed., 1977, pág.334. No mesmo sentido: Ac. do TST, 2a.T., no RR-4.771/70, Ministro MOZART RUSSOMANO, rel.; D.J. de 12.07.71; Ac. do TRT da 1a.R., 2a.T., de 30.09.75, no proc. 2.132/75, Juiz CELSO LANNA, rel., "Dicionário" cit., pág.336; Ac. do TRT da 3a.R., 2a.T., de 16.7.70, no proc. 2.722/69, Juiz TARDIEU PEREIRA, rel., Revista LTr. nº 34, S.Paulo, 1970, pág. 674; Ac. do TRT da 6a.R., no proc. 1.088/74, Juiz J.T. de SÁ PEREIRA, rel., "Dicionário" cit., pág. 334; Ac. do TRT da 7a.R., de 29.07.76, no proc. 92/76, Juiz PLAUTO BENEVIDES, rel., "Dicionário" cit., pág.335).

27. Sublinhe-se, ainda, que a legislação instituidora do FGTS procurou, enfática e explicitamente, favorecer a renúncia do empregado à estabilidade, mediante acordo com o empregador, desde que assistido na forma do art. 500 da CLT e observado o piso prefixado para a indenização (art. 17 da Lei nº 5.109, transcrito no parágrafo 15 deste parecer). Tratando-se de renúncia do empregado optante, o contrato de trabalho pode: a) ter prosseguimento, sem computar o tempo de serviço anterior, que foi liquidado; b) cessar, podendo o trabalhador promover o levantamento dos depósitos referentes ao FGTS que, em seu nome, tiverem sido feitos a partir da opção (§ 1º do art. 17 cit.).

III - Das questões objetivamente formuladas na Consulta

A - Da opção, com efeito retroativo, pelo regime do FGTS

28. A Lei nº 5.958, de 10 de dezembro de 1973, assegurou ao empregado que não tenha optado pelo regime do FGTS o direito de fazê-lo, com efeito retroativo, desde que haja concordância por parte do empregador e a retroatividade fique limitada a datas pre estabelecidas. Não mais se trata de direito potestativo, a ser exercido por ato unilateral do empregado. Atendendo a que os depósitos relativos ao empregado não optante pertencem ao empregador, exigiu a lei a concordância deste para que a opção tivesse efeitos retrooperantes.

29. O art. 1º da referida lei dispõe:

"Aos atuais empregados que não tenham optado pelo regime instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, é assegurado o direito de fazê-lo com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967 ou à data da admissão ao emprego, se posterior aquela, desde que haja concordância por parte do empregador". (Grifos nossos).

Estabeleceu, portanto, dois limites para a retroatividade dos efeitos da opção:

a) 1º de janeiro de 1967

ou

b) data da admissão no emprego para os contratados de -
pois de 1º de janeiro de 1967.

30. O § 2º do mesmo artigo previu mais um termo para o empregado estável, ao qual facultou que a retroatividade dos efeitos da opção alcancem a data em que completou o decênio, desde que, obviamente, essa data não seja anterior a 1º de janeiro de 1967, quando entrou em vigor a lei instituidora do regime do FGTS.

31. Por conseguinte, o § 2º assegura ao empregado estável u ma faculdade que não afasta, posto que completa a aplicação da norma consignada no "caput" do artigo.

32. O Regulamento aprovado pelo Decreto nº 73.423, de 1974, ao enumerar, de acordo com estas considerações, os diversos limites para a opção com efeito retroativo (parágrafo único do art. 2º), nada mais fez do que interpretar judiciosamente as disposições da Lei nº 5.958, de 1973.

33. Sem embargo de opiniões em contrário, entendemos que, em face da lei, não é obrigatório que a retroatividade da opção tenha como limite a data em que o empregado completou dez anos de serviços na empresa. O § 2º, supratranscrito, usa o verbo "poder" e não "dever".

34. O que ocorre, na prática, é que, sendo o ato bilateral, o empregado não concorda, geralmente, com a retroatividade a data anterior ao seu decênio de serviços, pois o período anterior à opção é indenizado, se for o caso, nos termos da CLT (art. 16 da Lei nº 5.107); isto é, em dobro, quando o tempo de serviço anterior à opção for igual ou superior a dez anos (art. 497 da CLT). Mas, não sendo essa indenização devida no caso de extinção do contrato de trabalho resultante de aposentadoria definitiva, pode interessar ao empregado, que pretende se aposentar em curto prazo, a retroatividade da opção à data mais distante possível, a fim de levantar maior soma do FGTS.

35. A Coordenadoria Geral do FGTS tem o mesmo entendimento (Cf. EDMO LIMA DE MARCA, "Questões sobre o FGTS", Rio, BNH, vol. II, págs. 40/1).

B - Do valor do "fundo CLT" e da sua tributação para fins do Imposto de Renda do empregado

36. O "fundo CLT", descrito na Consulta, corresponde, na verdade, a um prêmio-aposentadoria, contratualmente estabelecido em favor de empregados que satisfaçam as condições prefixadas para a sua concessão. Por isso mesmo, não está sujeito ao limite mínimo estatuído pelo art. 17 da Lei nº 5.107, tal como esclarecido na parte II, item B, deste parecer.

37. Por outro lado, ainda que se pudesse considerar a mencionada prestação como equivalente à compensação do tempo de serviço de que cogita o regime do FGTS, e paga como "suplemento IBM

ao FGTS", certo é que, em face da legislação sobre o Imposto de Renda, os correspondentes proventos são tributáveis em relação ao empregado. É que o "Regulamento para a cobrança e fiscalização do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza", aprovado pelo Decreto nº 76.186, de 2 de setembro de 1975, só exclui da tributação a indenização pela rescisão do contrato de trabalho, paga nos limites da lei, e os depósitos do FGTS levantados nos termos da legislação pertinente:

"Art.22. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:
.....
c) a indenização e o aviso prévio pago em dinheiro, por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, que não excedam os limites garantidos por lei, bem como as importâncias recebidas pelos empregados e seus dependentes, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço" (Grifos nossos).

C - Do adiantamento de prestações do "Plano Previdenciário IBM" para situar o "fundo CLT" no piso previsto pelo art. 17 da Lei nº 5.107,

38. O quesito c da Consulta partiu do pressuposto de poder se atribuir natureza indenizatória ao "fundo CLT" que concebeu. Está, portanto, prejudicado.

D - Da compensação financeira ao empregado por sua exclusão do "Plano Previdenciário IBM"

39. A Consulente instituiu o "Plano Previdenciário IBM", que custeia independentemente de contribuição dos empregados e tem por objetivo lhes conceder, se

"preencherem as condições de idade e tempo de serviço previstos neste Plano, quando os mesmos adquirirem direito a aposentadoria por intermédio ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e quiserem afastar-se do trabalho, uma renda vitalícia em adição aos proventos que lhes forem devidos e pagos por aquele Instituto".

40. A Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, que dispõe sobre as entidades de previdência privada, definiu-as como

"as que tem por objeto instituir planos privados de con

concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos".

Deixou claro, portanto, que os planos podem ser custeados exclusivamente pelos empregadores. E, a seguir, denominou de "fechadas" as entidades

"quando acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, as quais, para os efeitos desta Lei, serão denominadas patrocinadoras" (art. 4º, nº I, a).

41. As entidades fechadas de previdência privada devem corresponder a fundações ou a sociedades civis sem fins lucrativos (art. 5º, nº II, da lei cit. e art. 1º do Regulamento ap. pelo Decreto 81.240, de 20.01.78).

42. Em consequência, estatuiu o art. 37 do precitado Regulamento:

"As empresas que mantinham, 1º de janeiro de 1978, fundos contábeis destinados à concessão de benefício complementares aos da previdência social procederão à adaptação desses fundos às disposições deste regulamento através da criação de entidade específica, no prazo de 2 (dois) anos, a contar do início da sua vigência".

43. Consoante informação que nos foi prestada pela Consu - lente, já está sendo promovida a criação, para os fins previstos na referida lei, da fundação que se encarregará da aplicação do "Plano Previdenciário IBM" e continuará a ser custeado exclusivamente pela empresa.

44. Isto posto, afigura-se-nos juridicamente inviável "a negociação do Plano Previdenciário IBM, quando da cessação do contrato de trabalho não decorrente de aposentadoria, de modo a que o empregado receba antecipadamente parte das prestações futuras" ou abra mão do direito de participar do Plano em razão de alguma compensação financeira".

45. Com efeito, a legislação sobre as entidades fechadas de previdência privada só prevê a hipótese do participante continuar vinculado à entidade, depois de deixar o emprego da patrocinadora por causa não geradora da concessão do benefício complementar, se ele contribuir para o custeio dos planos (Cf. o § 3º do art. 23 do Regul. cit.). Daí estabelecer a Lei nº 6.435:

"Art. 42. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados dos participantes das entidades fechadas, dispositivos que indiquem:

.....
V- existência ou não, nos planos de benefícios de valor de resgate das contribuições saldas dos participantes e, em caso afirmativo, a norma de cálculo quando estes se retirem dos planos, depois de cumpridas condições previamente fixadas e antes da aquisição do direito pleno aos benefícios".

46. Destarte, não havendo contribuição financeira do participante, não há que se cogitar de resgate proporcional às contribuições saldas. E não cabe falar-se em recebimento antecipado de "parte das prestações futuras", porque:

a) o direito ao recebimento das prestações previstas no "Plano Previdenciário IBM" está condicionado à concessão de benefício pelo INPS;

b) os planos de benefícios dependem de estudos atuariais, os quais levam em conta, dentre outros fatores, a estimativa de empregados que deixam de participar da entidade antes de completarem as condições para a percepção da prestação complementar do benefício do INPS. Somente quando há contribuição do participante e se lhe assegura o direito ao resgate antecipado, terá a avaliação atuarial de considerar essa circunstância.

47. Pelas mesmas razões registradas no item b supra, não se compatibiliza com a legislação concernente às entidades fechadas, o pagamento de qualquer outra parcela a título de "compensação financeira imediata", quando o empregado que não contribui para o custeio dos planos deixar o emprego na empresa patrocinadora.

48. Nada impedirá, obviamente, que o empregador, por conta

dos recursos da empresa, defira qualquer compensação financeira ao empregado nas condições mencionadas. O que o novo sistema proíbe, a nosso ver, é que a entidade fechada pague tal verba. Por isso, a lei disciplinou a constituição e o funcionamento dos fundos de previdência privada e estabeleceu adequado controle estatal, para assegurar a violabilidade econômica dos respectivos planos de benefícios e propiciar que

"esses fundos se convertam em grandes reservas, para serem investidas, sob limitações atuariais, no desenvolvimento do bem-estar dos contribuintes" (leia-se, no caso, participantes - RIO NOGUEIRA, "Previdência Privada: um estudo", in "Conjuntura Social", MPAS, jan./março de 1978, pág. 26).

E - Dos empregados aposentados antes da instituição do "fundo CLT"

49. Como ficou expresso na parte II, item A, deste parecer, as vantagens instituídas pelo empregador além do "mínimo de garantias" determinado por norma jurídica cogente devem ser concedidas nos estritos termos do respectivo ato, compreendendo, exclusivamente, para repetir palavras do douto WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, apenas "aquilo a que o devedor de modo expresso se obrigou". E neste sentido é tranqüila a jurisprudência, conforme transcrições feitas no precitado item.

50. Por conseguinte, se a Consulente criar o "fundo CLT", não estará obrigada a concedê-lo aos empregados que se aposentaram antes da sua instituição. Se espontaneamente quiser estender a vantagem a tais empregados, não terá a prestação natureza indenizatória, pois de indenização não se trata. O título a ser dado a essa liberalidade poderia ser o mesmo atribuído à vantagem criada para os empregados contemplados pelo "fundo CLT", a qual constituirá, a nosso ver, um autêntico prêmio-aposentadoria.

F - Da cessação do contrato de trabalho com acordo para permanecer o empregado no "Plano Previdenciário IBM"

51. Reportamo-nos, quanto ao quesito F da Consulta aos fundamentos invocados no item D desta parte do parecer.

52. Não obstante a expressão "rescindir contrato de trabalho de empregado estável", subentende-se que se trata de distrato, posto que a resolução do contrato de empregado estável, por iniciativa do empregador, depende de decisão judicial que reconheça a prática de falta grave, comprovada em inquérito, ou da extinção da empresa, estabelecimento ou setor onde aquele trabalhe.

53. A permanência do empregado no "Plano Previdenciário IBM" não se sintoniza com a disciplina da Lei nº 6.435 citada, porquanto não há contribuição financeira do participante desse plano. Cessado o contrato de trabalho por causa não determinante da concessão das vantagens complementares dos benefícios deferidos pelo INPS, o trabalhador deixa de figurar como participante do plano.

54. Pelas mesmas razões, no acordo para pôr fim à relação de emprego, não poderá a indenização devida ser substituída, total ou parcialmente, pela manutenção do respectivo trabalhador no "Plano Previdenciário IBM". Aliás, não faz sentido compensar uma indenização, cujo limite mínimo é garantido por lei e que não se confunde com a complementação dos proventos de ~~aposentados~~ aposentadoria, com o direito de permanecer como participante de plano previdenciário. O direito à indenização legal se configura com o distrato, enquanto que, em relação às vantagens do "Plano Previdenciário IBM" haveria simples direito expectativo, sujeito a condição suspensiva.

IV - Sugestão dos autores deste parecer

55. Na exposição que precede os quesitos ora respondidos, a Consulente assinala que o "fundo CLT" a ser instituído visa a acabar com uma iniquidade. E aduz:

"Estudos promovidos pelo nosso Departamento de Pessoal concluíram que existe uma iniquidade entre os empregados da Companhia optantes do FGTS e os não optantes quando ambos se aposentam. A iniquidade se consubstanciaria no fato destes receberem somente o Plano Previdenciário IBM, enquanto os optantes perceberiam o mesmo Plano Previdenciário e o respectivo saldo de sua conta no FGTS".

56. Ora, implantado o esquema concebido, a iniquidade persistirá, invertendo-se a posição dos seus destinatários:

- a) os empregados que ainda não aderiram ao regime do FGTS manifestariam sua opção retroativa antes de requererem a aposentadoria e, com a extinção do contrato de trabalho resultante da concessão do benefício pelo INPS, levantariam os depósitos do FGTS e ainda receberiam o "fundo CLT" em proporção ao tempo de serviço não alcançado pela opção;
- b) os empregados que já estão sujeitos ao regime do FGTS receberiam, apenas, ao ensejo da aposentadoria, os depósitos feitos nas correspondentes contas individualizadas;
- c) o "Plano Previdenciário IBM" é aplicável a todos os empregados.

57. Parece-nos, no entanto, que solução mais simples e equitativa poderá ser encontrada com a adoção das seguintes regras:

- a) ato expedido pela Consulente manifestando prévia concordância com a opção dos empregados pelo FGTS, com efeitos retroativos a qualquer das datas relacionadas na Lei nº 5.958/73, desde que o requerimento seja formalizado no prazo de seis meses. Com isso, será assegurada aos atuais empregados estáveis a possibilidade de levantarem os depósitos do FGTS quando da aposentadoria definitiva;
- b) instituição, pela Consulente, em favor dos empregados que optaram pelo FGTS antes de se aposentarem, de um prêmio-aposentadoria, cujo valor seria proporcional ao tempo de serviço prestado pelo empregado antes da vigência da Lei nº 5.107/66 (1º de janeiro de 1967).

58. As considerações de ordem jurídica constantes da parte II, itens A e B, deste parecer fundamentam essa proposição.

S.M.J., é o que nos parece.

RIO DE JANEIRO, de de 1979

ARNALDO SÜSSEKIND
(OAB-RJ/ 2995)

DÉLIO MARANHÃO
(OAB-RJ/2100)