

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO E A GARANTIA DO EMPREGO

MESSIAS PEREIRA DONATO

Professor Titular da Cadeira de Direito do Trabalho
e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Minas Gerais

A expressão garantia do emprego, de par com uma outra — garantia de ocupação, constituem duas facetas do chamado direito ao trabalho. O direito ao trabalho é corolário do direito do indivíduo de usufruir do bem-estar material e das vantagens do aprimoramento espiritual, do mesmo modo que o direito à vida reconhecido a todo ser humano traz como corolário a segurança de sua pessoa.

O direito ao trabalho projeta-se por sua irradiação na sociedade moderna cuja força propulsora e cuja riqueza maior está no trabalho. Em sentido genérico, tem em conta o direito ao exercício de uma ocupação. Diz respeito a qualquer trabalho, ofício ou profissão, «observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer», segundo o art. 153, § 23 da Constituição Federal vigente. Capitula-se sob dois princípios de natureza programática da mais alta relevância: o princípio da liberdade de iniciativa e o da valorização do trabalho como condição de dignidade humana (art. 160, I e II da Lei Magna).

Em sentido estrito, o direito ao trabalho mira o direito ao emprego. Aqui igualmente dois princípios de caráter programático servem-lhe de apoio em nosso ordenamento jurídico: o da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção e o de expansão de oportunidades de emprego produtivo (Constituição Federal, art. 160, IV e VI).

É fácil figurar que numa economia de pleno emprego o direito ao trabalho encontra o optimum de sua realização, porquanto abre oportunidades de emulação à atividade independente e de expansão à demanda do trabalho subordinado.

Precisamente este segundo aspecto do direito ao trabalho aqui nos interessa, porque faz realçar o envolvimento do Estado para proporcionar a todo indivíduo condições propícias à obtenção de um emprego.

Com isso não se deseja sustentar ser o indivíduo titular de direito subjetivo a pretender do Estado, via de ação judicial, emprego ou função, cargo ou posto. O que cabe é esperar do Estado que coloque à sua disposição oportunidades para alcançar aquela situação.¹ Nesse sentido corre a Declaração de Filadélfia, de 1944, da Organização Internacional do Trabalho, ao proclamar que todos os seres humanos «têm direito... de promover seu bem estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e de igualdade de oportunidades (II, a). No âmbito da América Latina, a Declaração de princípios sociais da América recomenda se estabeleça na legislação de todo Estado o princípio de igualdade de oportunidades a todos os cidadãos americanos (6º).

Não basta, todavia, a titularidade pelo trabalhador do direito ao exercício de ocupação ou emprego. Essa atitude neutra não condiz com a posição do Estado moderno, acentuadamente intervencionista, nem aos trabalhadores, quando organizados em potentes entidades sindicais. É de mister se confira ao indivíduo a habilitação para aceder ao posto, escolher o posto em consonância com sua capacidade e suas aspirações, garantias para que não venha a perdê-lo e compensação ou ressarcimento, em caso de perda.

O Direito do Trabalho há-de cooperar para o provimento de tais necessidades. Primeiro, como instrumento de proteção ao trabalho; a seguir, na promoção da distribuição de rendas — por

1. Cf. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, A. Giuffrè, 1949, vol. II, pág. 134.

exemplo, através da política salarial, da política previdenciária; depois, na execução da política social, por intermédio do direito coletivo do trabalho.

2. Dentro do amplo esquema contido no direito ao trabalho, a garantia do emprego representa uma de seus aspetos.

Preliminarmente, frise-se que essa garantia está presa ao contexto de uma política econômica e social, por envolver dados de macroeconomia. Por força de conseqüência, será utópica a pretensão de se poder alcançá-la através de legislação por mais florescente ou avançada que seja. Qualquer tentativa nesse sentido, divorciada da realidade, dificilmente escapará à conclusão, de, ou se legislar no vazio, criando decepções, ou de se cumprir uma legislação desajustada que acabará por matar a galinha de ovos de ouro, que é a unidade produtiva. Exemplo marcante disso temos entre nós no meio rurícola: a despeito de toda a rede tutelar da legislação do trabalho, a mão-de-obra ativa, que era de 10,8 milhões, em 1967, revelava 3,9 milhões de **bóias-frias**. Já em 1972, seu número se elevava de 60%, a saber, passara a 6,8 milhões, enquanto o total da mão-de-obra ativa subira apenas a 11,4 milhões, isto é, cerca de 15%.² Atomizado, engolfado no sub-emprego, o **bóia-fria** é entregue à própria sorte e sua proteção jurídica no plano das relações de trabalho não passa de ficção legal.

No meio urbano, medidas efetivas asseguram ampla proteção social ao trabalhador, mas ainda assim fatores de distorção, particularmente conjunturais, como ocorre, por exemplo, com a contratação da mão-de-obra temporária, estão a reclamar ação conjunta governamental e sindical, pena de se relegarem a segundo plano conquistas sedimentadas na legislação e nas reivindicações de classe.

GARANTIA DO EMPREGO E ESTABILIDADE

A própria expressão **garantia do emprego** apresenta conotação especial, posta em confronto com uma outra: **estabilidade do em-**

2. O Estado de São Paulo, de 9-10-1976, fls. 16.

prego. De fato, a rentabilidade da unidade de produção deve atentar de perto para a evolução da ciência e da tecnologia, num mercado de acentuada tendência competitiva. Nessas circunstâncias, a estabilidade representa fator de «esclerose da produção, que impede o aumento da produtividade».³ A fluidez no emprego da mão-de-obra, inclusive para fim de readaptação aos reclamos da vida econômica é mais consentânea com a idéia de garantia do emprego. Se a estabilidade está vinculada à tese da propriedade do emprego, a garantia atenta mais para a idéia de segurança, seja do emprego, seja da continuidade da remuneração, se acaso se vem a perdê-lo e até que se obtenha um outro. A estabilidade apega-se à noção de responsabilidade exclusiva da empresa na manutenção da relação de emprego, independentemente dos riscos que arrosta, não apenas no plano do mercado, mas de fatores que lhe escapam, sejam de origem nacional ou internacional. A garantia do emprego é reflexo da intervenção gradativa do Estado no mercado de trabalho, de modo direto, no oferecimento de oportunidades de emprego e, em colaboração com terceiros, na manutenção do auxílio-desemprego. A estabilidade é ante-véspera de um direito real sobre um bem jurídico incorporal — o emprego, como se dá com a propriedade literária, o **brevet** de invenção ou de desenhos e modelos.⁴ Tudo isso como se o trabalhador pudesse ser proprietário do emprego, que não é produto seu, embora ao desempenhá-lo dedique a maior parte de sua vida. A garantia do emprego envolve idéia de coletivização de cobertura do risco — como se dá, por exemplo, na obtenção de disponibilidades para fazer frente a gastos com salário-família, acidente do trabalho, auxílio-desemprego, com a socialização da remuneração. A garantia do emprego constitui realidade anima-

3. MARIOS PANAYOTOPOULOS, **Le contrôle judiciaire du licenciement dans de droit des pays membres de la Communauté économique européenne et celui de la Grèce**, Paris, Lib. Générale de Droit et de Jurisp., 1969, pág. 46.

4. TOSHIO YAMAGUCHI, **La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des Pays membres de la Communauté européenne**, Paris, Lib. Générale de Droit et de Jurisp., 1963, pág. 47.

dora em certos Estados industrializados e é a tendência universal dos países em vias de desenvolvimento.

Vejamos, pois, como se processa a garantia do emprego.

GARANTIA DO EMPREGO

A garantia do emprego, parece-nos, tende a assentar-se em três postulados. O primeiro deles é o da AMPLIAÇÃO DAS GARANTIAS NO EMPREGO. Aqui, três princípios constituem o sustentáculo dessas garantias: o PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR. Exprime ele, na lição de ALFRED HUECK e H. C. NIPPERDEY,⁵ «o conjunto de normas jurídicas que impõem ao empregador ou ao trabalhador, deveres jurídicos e públicos, com vistas à proteção deste último». Citaria como exemplos o dever de descanso anual por parte do empregado, o de cumprir as regras de prevenção contra acidentes do trabalho, a aplicabilidade das normas de proteção ao trabalho, em caso de contrato nulo, até que sua nulidade se proclame em juízo; a irrenunciabilidade a direitos assegurados por disposições imperativas de lei; os preceitos gerais e especiais de tutela do trabalho.

O segundo princípio ratificador das garantias no emprego repousa na DESPERSONALIZAÇÃO DO EMPREGADOR e na CONTINUIDADE e na MANUTENÇÃO da RELAÇÃO de EMPREGO, em caso de sucessão de empregadores. Sobre a matéria dispõem os artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, que afiançam a intangibilidade do contrato de trabalho, em caso de «mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa».

A permanência do vínculo em sua inteireza em nenhum momento permite a **reformatio in pejus** em relação ao empregado. Ao contrário, à luz do princípio da igualdade de tratamento, fica vedado ao sucessor criar discriminações no tocante aos trabalhadores vindos com a sucessão, a propósito de medidas instituidoras de vantagens à sua mão-de-obra, de modo geral.

5. **Compendio de Derecho del Trabajo**, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 223.

O terceiro princípio em que se assenta a ampliação das garantias no emprego está na suspensão do contrato de trabalho. Com efeito, na suspensão dita parcial, intitulada de interrupção em nosso direito positivo, subsiste inalterável o conjunto de situações jurídicas nascidas com o contrato ou gerado por ele. Na suspensão total do contrato de trabalho sobrevêm eventos os mais variados, em relação à empresa ou ao empregado e que fazem adormecer provisoriamente o contrato. Citem-se: a ocorrência de necessidade imperiosa, a configuração de motivos de força maior, no tocante ao empregador; a superveniência de acidentes do trabalho, de doença, a verificação de acontecimentos de natureza social, de ordem cívica, além de outros. Em tais casos, é sabido, a cessação das relações de trabalho somente se dá em caráter excepcional. Em nome da garantia do emprego, as cláusulas contratuais recuperam sua eficácia, uma vez cessadas as causas geradoras de sua inércia, consubstanciada na suspensão. A suspensão do contrato contribui para a garantia do emprego, porque exclui a possibilidade de se imputar responsabilidade ao trabalhador pelas ausências ao serviço, ainda que oriundas de eventos ligados à sua pessoa. Depois, porque impede a cessação das relações de trabalho, por ato unilateral do empregador e até mesmo passível de anulação, quando decorrente de acordo entre os co-contratantes, enquanto durar o impedimento. De maneira indireta ainda protege o emprego, ao evitar fechamento de empresas por motivos que viessem a perturbar-lhes temporariamente o funcionamento normal das atividades. Sua paralização por curto período, seguida de recuperação do tempo gasto, sem alteração nas condições contratuais impede a mobilidade da mão-de-obra, resultante da dispensa de empregados e de contratação de outros.⁶

O SEGUNDO POSTULADO em que se arrima a garantia do emprego é o da recusa ao reconhecimento de direito ilimitado de rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, no tocante ao contrato por prazo indeterminado ou de rutura do contrato por prazo determinado. Nesse passo, os conceitos civilistas e seus corolários tendem a ser revolvidos, não somente quanto à

6. TOSHIO YAMAGUCHI, op. cit., pág. 26.

sua essência, como quanto ao **onus probandi** dos fatos que os informam.

No âmbito das disposições sobre a matéria, seus parâmetros são fornecidos pela Recomendação nº 119, de 1963, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) concernente ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.⁷

À luz de seus dispositivos, salvas as exceções consistentes na contratação do trabalhador por obra ou período previamente especificados segundo a natureza do trabalho, ou ainda no contrato a prova ou na contratação em caráter ocasional de curta duração, salvas essas exceções, a dispensa somente tem validade quando:

a) haja um motivo válido relacionado com a capacidade ou à condição do trabalhador ou baseado nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço;

b) haja cometido ele falta grave.

Nos dois casos se lhe asseguraria o direito de impugnar, perante um tribunal ou um organismo instituído em convenção coletiva, a causa argüida para a dissolução do contrato de trabalho.

O motivo válido prende-se a fatos, a dados concretos em correlação com cada um dos co-contratantes. Liga-se à aptidão ou condição do trabalhador ou a exigências técnicas e econômicas no tocante à empresa.

Essa circunstância é de alta significação: não mais se deseja pesquisar, como na área do direito civil, o abuso do direito no ato da rescisão do contrato de trabalho pelo empregador. O abuso do direito, como se sabe, caracteriza-se pela intenção de prejudicar, pela negligência, pela ligeireza inexcusável.⁸ O que se vai procurar e verificar na medida unilateral é se viola ou não as condições objetivas previamente fixadas, a fim de se determinar se tem ou não validade.

7. Conferência Internacional del Trabajo, Recomendación 119, de 1963.

8. Cf. DANIEL AUTIÉ, *La rupture abusive du contrat de travail*, Paris, Dalloz, 1955, pág. 101; JUAN CARLOS GOYENA, *Ruptura Abusiva del Contrato de Trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1966, pág. 46.

No âmbito do direito positivo estrangeiro, o ordenamento jurídico alemão e o grego constituem exemplos avançados quanto ao critério adotado na proteção do emprego. O direito alemão tem por juridicamente ineficaz a dispensa não justificada socialmente. E ela se revela anti-social se não se funda em motivos decorrentes da pessoa ou do comportamento do trabalhador ou de necessidades imperiosas da empresa, impeditivas da subsistência da relação de trabalho. Na Grécia, veda-se o exercício do direito quando ultrapassar de modo evidente os limites impostos, ou pela boa-fé ou pelos bons costumes, ou pelo fim, seja econômico, seja social do direito.⁹ No direito holandês, a ineficácia da dispensa ocorre se se consumir com base em motivo «manifestamente desarrazoado». No direito italiano, sua validade está sujeita à configuração de um motivo justificado.

Na França, a dispensa do trabalhador que contar pelo menos um ano de tempo de serviço na mesma empresa e desde que esta empregue habitualmente número de trabalhadores superior a doze, dá-se com o fornecimento ao interessado, quando ele o solicitar, do motivo ou dos motivos reais e sérios que a provocaram.

A natureza de tais motivos, como já se disse, é de ordem econômica ou técnica. Outras vezes de natureza estrutural. Caracterizados eles, poderá dar-se a dispensa com preferência na readmissão, uma vez cessadas as causas que a determinaram ou a cessação definitiva das relações de trabalho. Dizem respeito, por exemplo, «à automação, mecanização e racionalização, modificações processadas nos produtos fabricados, aos métodos de produção e às qualificações necessárias, à cessação de certos serviços». Ou ainda «a dificuldades de escoamento dos produtos ou de obtenção de créditos, à insuficiência dos pedidos, à falta de matérias primas, penúria de carvão ou de eletricidade, queda na demanda, a decisões dos poderes públicos, ao aumento da concorrência no País ou no estrangeiro.¹⁰

9. Cf. **Bureau International du Travail. Etude comparative des procédures de licenciement**, Revue Internationale du Travail, mai 1960, pág. 445.

10. BIT, artigo citado, pág. 459.

Invocados tais motivos, sua existência e sua repercussão sobre a vida da empresa estão sujeitos a controle **a posteriori**, quase sempre por um tribunal e, às vezes por arbitragem, por força de negociação coletiva ou até mesmo de entendimento entre as partes envolvidas.

Em tais casos, como se trata de dispensa dita liberatória, na expressão de LYON-CAEN,¹¹ porquanto o empregador pretende liberar-se de suas obrigações arrimado em justificativa, a tendência é fazer recair sobre ele o ônus dessa prova, como se dá no direito italiano.¹² O julgador estará então «diante de um titular de direito» e lhe incumbe «apreciar se o titular usou ou não de seu direito», dentro de limites pré-estabelecidos.¹³

Mesmo quando o empregador se prevalece de tais liberações, em seis hipóteses podem elas deixar de vingar, conforme o País. Assim:

a) quando se tratar de representante sindical, de membros de conselhos de empresa, de inválidos, da trabalhadora gestante.

No direito pátrio, é vedada a dispensa dita liberatória de empregado sindicalizado, eleito para cargo de direção ou de representação sindical. A proibição de dispensa estende-se desde o momento de registro de sua candidatura até um ano após o final do mandato. Goza de «estabilidade provisória», à luz do entendimento da doutrina e da jurisprudência nacionais. Será reintegrado no emprego, com direitos e vantagens, se despedido por ato unilateral do empregador. Sua dispensa só tem eficácia quando resultar de sentença judicial em ação de inquérito e reconhecedora do cometimento pelo empregado da falta grave que lhe fora imputada em juízo (arts. 544 e 494 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Em decorrência do exercício de seu poder normativo na solução de dissídios coletivos, os Tribunais do Trabalho têm concedido a estabilidade da empregada gestante. Trata-se de estabilidade

11. **Droit Social Européen**, Paris, Les Cours de Droit, 1965-1966, pág. 362.

12. Lei nº 604, de 15-7-1966, art. 5. Série Législative, 1966, It. 1.

13. MARIO PANAYOTOPOULOS, op. cit., pág. 68.

provisória, não somente pelo prazo de quatro semanas anteriores e oito semanas posteriores ao parto, como pelo período subsequente de sessenta dias.

b) Quando envolver discriminação por motivo de raça, cor, sexo, estado matrimonial, religião, opinião política, procedência nacional ou origem social.

c) Quando houver necessidade de se atentar para escala de prioridades nas dispensas, como nas situações em que se deva observar condição de capacidade, experiência, aptidão e qualificação profissionais de cada trabalhador, sua antigüidade no emprego, idade, existência de família ou outros critérios previamente estipulados.

d) Quando o trabalhador se beneficiar de estabilidade. Entre nós é adquirida após dez anos de tempo de serviço na empresa, consecutivos ou não. Aqui a dispensa do trabalhador é precedida de inquérito prévio perante a Justiça do Trabalho. Desatendido esse pressuposto, se vier a ser despedido **manu militari**, poderá ocorrer sua reintegração ou readmissão no emprego. No primeiro caso, com direito e vantagens pelo período de afastamento do emprego. Na readmissão, criação da jurisprudência, a nada fará jus, em relação ao período que vai da dispensa ao retorno. Assegura-se-lhe o tempo de serviço de que dispunha, e seus efeitos, bem como a volta ao emprego. Na readmissão, o tribunal reconhece ter havido falta de certa gravidade no comportamento do trabalhador, mas entende que ela se dilui, à vista de seu longo e excelente passado funcional, jamais tisonado por qualquer falta desabonadora.

e) Quando estiver suspenso o contrato de trabalho.

RESILIÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Provocado o tribunal por iniciativa do trabalhador despedido, pode ocorrer a demonstração pelo empregador da seriedade do motivo que invocara para a dispensa. Na França, se o trabalhador contar tempo de casa igual ou superior a um ano, o motivo sério não exime a empresa de indenizá-lo, em base não superior a um

mês de salário. De modo geral, na legislação mais evoluída, se não ficar comprovada a existência de motivo válido, à dispensa dita liberatório se substitui a reintegração no emprego, sem perda de direitos pelo período de afastamento. Frise-se mais uma vez que a dispensa reputada ineficaz via da reintegração do trabalhador é a liberatória e não aquela extraordinária decorrente de cometimento de falta grave pelo empregado. A dispensa liberatória é fato do empregador, sem imputação de responsabilidade ao outro co-contratante. Se inviável a reintegração no emprego, por haver o tribunal verificado a inexistência de confiança recíproca entre as partes, ele a converterá em indenização ou em perdas e danos. No Brasil, a conversão se dá por indenização em valor dobrado, em relação aos trabalhadores rurais e a insignificante fração de trabalhadores urbanos não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS — quando detentores de estabilidade, por disporem de mais de dez anos de tempo de serviço na mesma empresa. Isto equivale a dois meses de indenização para cada ano de serviço, com base na maior remuneração que o trabalhador haja auferido na empresa. Na Noruega, para se determinar o valor da indenização há-de se ater à perda de ganho do trabalhador, sua remuneração, duração de seus serviços, perspectivas de vir a obter novo emprego na profissão ou em outra, situação pessoal, além de outras passíveis de ser indicadas. Na Itália, se inviável a reintegração, o trabalhador faz jus a indenização, em que se leva em conta o porte da empresa, a antigüidade, o comportamento das partes. Essa indenização não exclui uma outra, também devida: a indenização de antigüidade. À luz do Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores (Lei nº 300/1970), «em lugar de uma estabilidade meramente obrigatória configurada pela Lei nº 604, na qual a falta de reintegração dá lugar ao pagamento de uma pena, o Estatuto introduziu uma estabilidade real. Tal estabilidade... não determina a reinserção material do trabalhador na organização empresarial, mas comporta o prosseguimento formal da relação de trabalho. Com efeito..., da observância da obrigação de reintegrar o trabalhador ilegitimamente despedido, dá nas-

cimento à obrigação de pagar-lhe remuneração desde a data da sentença, até quando a reintegração efetivamente se processar.¹⁴

Na França, a reintegração abrange apenas os trabalhadores dispensados sem justa causa e com tempo de serviço igual ou superior a dois anos. Se inviável, em virtude de recusa por um ou outro dos co-contratantes, o tribunal concede-lhe indenização não inferior aos salários dos seis últimos meses e sem prejuízo de outra indenização por dispensa, quando se tratar de contrato por prazo indeterminado.¹⁵

RESOLUÇÃO DO CONTRATO

Na resolução do contrato de trabalho tem-se a dispensa do trabalhador por falta grave que lhe é imputável. Trata-se de dispensa sancionadora, na expressão de LYON-CAEN. Nos países em que subsiste a estabilidade, somente a decisão judicial é autorizativa, como no Brasil, ou sancionadora, como, por exemplo, no caso da categoria de bancários, na Argentina. Não comprovada a falta grave, opera-se a reintegração do trabalhador no emprego, com direitos e vantagens. No México, dar-se-á a reintegração ou a indenização, à escolha do trabalhador. A opção da parte do empregador no sentido de indenizar é possível, quando o trabalhador dispõe de tempo de serviço inferior a um ano, ou quando ocupa cargo de confiança ou é ocasional.¹⁶ É sabido que na maioria dos países, não comprovada pelo empregador a falta grave que argüir, sujeita-se ele ao pagamento das reparações pré-estabelecidas.

DISPENSA DO TRABALHADOR

Já se viu que a garantia do emprego envolve a idéia de coletivização da cobertura do risco, de modo que, dentro de critérios tendentes à socialização da remuneração, a perda eventual do

14. LUIZA RIVA SANSEVERINO, A Regulamentação da despedida no ordenamento italiano, in **Revista Legislação do Trabalho**, 1973, São Paulo, pág. 21.

15. Lei nº 755, de 3-01-1975.

16. Lei Federal do Trabalho, arts. 49 e 50. Série Législative, 1969, Méx. 1.

emprego deve acionar os meios necessários à obtenção de novo emprego, sem prejuízo para o trabalhador de recebimento, no interregno de pelo menos o salário-base. Nesse sentido, a constituição de um fundo, a instituição do seguro-desemprego, a articulação da empresa com o Estado ou mesmo com a participação do trabalhador, ou «outras formas de segurança social» ou ainda «uma combinação de prestações segundo a legislação nacional, as convenções coletivas ou a política de pessoal adotada pelo empregador» constituem formas sugeridas pela Recomendação nº 119/1963, da OIT, para obviarem dificuldades momentâneas por que poderá passar o trabalhador e sua família. AQUI ESTÁ O TERCEIRO POSTULADO sobre a garantia do emprego e que consiste na garantia da SOBREVIVÊNCIA, em razão do **status** do trabalhador subordinado e em razão da projeção direta dos efeitos do contrato dissolvido.

GARANTIA DO EMPREGO: OBJETIVO DE POLÍTICA ECONÔMICA E SOCIAL

A exposição que se vem fazendo procura realçar como a garantia do emprego acarreta medidas de longo alcance, dentro de uma política econômica e social de cada país. O aporte do Direito do Trabalho na sua solução representa parte desse todo, para que também contribui. Com mais intensidade do que nos demais ramos da ciência jurídica, ao Direito do Trabalho cabe «confrontar constantemente fórmulas jurídicas e realidades econômicas e sociais e manter coerência entre essas fórmulas e essas realidades».¹⁷

Assim, não é apenas ao nível da empresa que procurará encontrar a harmonização das solicitações feitas pelo progresso técnico com as que visam à segurança do emprego. De par com iniciativas de política macroeconômica do governo, esse Direito tende modernamente a articular as garantias no emprego e a garantia do emprego com a garantia da existência.

A política econômica e social do Governo Brasileiro tem-se valido com freqüência de **fundos** de que o Estado às vezes par-

17. TOSHIO YAMAGUCHI, op. cit., pág. 470.

ticipa: FIT, Fundo de Indenizações Trabalhistas, hoje extinto; PIS, Programa de Integração Social, PASEP, Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, hoje unificados; Fundo de Assistência ao Desempregado; FAAP, Fundo de Assistência ao Atleta Profissional; FGTS, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Particularmente no PIS-PASEP e no FGTS há conotação que marca a tônica da política governamental: exprimem uma contribuição com vistas à participação na vida e no desenvolvimento nacional. A esperança é de que esse esforço comum, no caso do FGTS, seja capaz de dar flexibilidade à atuação da empresa, no resguardo da produtividade e de velar para que a imobilidade da mão-de-obra não falseie o interesse maior do trabalhador e igualmente da sociedade, que é o da garantia do emprego.

O FGTS E AS GARANTIAS NO EMPREGO

As garantias no emprego, com vistas à segurança do emprego, são quase todas comuns ao regime da estabilidade e ao do FGTS. Já mencionamos no rol delas a despersonalização do empregador, pela vinculação do contrato à empresa; a não prejudiciabilidade do contrato em caso de sucessão de empregadores; a continuidade da vinculação à empresa, não obstante a mudança na sua propriedade ou outras alterações em sua estrutura jurídica; a permanência do contrato nos casos em que sofre suspensão total ou parcial.

O FGTS, como se sabe, obriga a empresa a abrir no Banco de sua preferência, desde que autorizado, uma conta constituída de depósito mensal de 8% sobre a remuneração de cada um de seus empregados. Será ela vinculada ao nome do empregado, se este **optar** pelo FGTS (ficção legal, porquanto em regra, a empresa lhe impõe a contratação sob esse regime). Será individualizada, em nome da empresa, quando se tratar de não optante. É gerida pelo Banco Nacional de Habitação. Por aí se vêem desde logo duas das facetas do FGTS: incrementa a poupança da parte do trabalhador e prende a sorte do regime a um setor vital para o País, que é o habitacional. Aberto esse parênteses, vejamos como o FGTS amplia as garantias no emprego: em caso de afastamento

sob licença não remunerada do emprego por parte do trabalhador para o desempenho de mandato sindical, o FGTS lança à responsabilidade do sindicato o recolhimento dos depósitos à conta vinculada. Preceitua deva haver recolhimento de depósitos em relação ao empregado que venha a exercer cargo de diretoria na empresa. A própria conta vinculada rende juros e se beneficia da correção monetária, além de possuir a garantia total do Governo. No curso do contrato, é possível venha o trabalhador a dela utilizar-se na aquisição de moradia própria. Ou ainda no atendimento a necessidade grave e premente, pessoal ou familiar, em caso de doença, observadas as limitações de saques nos depósitos. Sendo o empregado titular dos depósitos da conta vinculada, com destinação social, duas conseqüências advêm dessa circunstância:

- a) ao governo cabe apenas regulamentar o momento e o valor de cada saque, sem atingir o direito em si;
- b) com a cessação das relações de trabalho, seja por fato do empregador, do empregado ou por motivo alheio à vontade de ambos, ao titular da conta, ou a seus dependentes, sempre se assegura, pelo menos, o valor dos depósitos mensais.

Nesta segunda situação (b) incluem-se modalidades de dissolução do contrato em decorrência de falta grave do empregado, de motivo de força maior, de morte do empregado, de sua aposentadoria, de advento do termo do contrato por prazo determinado, na demissão espontânea (resilição) por parte do trabalhador. Verifica-se, destarte, que os efeitos do contrato se prolongam além de sua vigência. O FGTS produz, pois, conseqüências pós-contratuais.

EFEITOS PÓS-CONTRATUAIS DO FGTS

Pelo exposto, verifica-se que o FGTS assegura direitos pecuniários ao trabalhador, quer na chamada dispensa ordinária, quer na despedida extraordinária, enquanto em certas legislações a dispensa ordinária torna-se ineficaz pela reintegração no emprego ou excepcionalmente se converte em indenização e a dispensa extraordinária nenhuma reparação gera ao dispensado.

Ora, vimos que um dos aspectos sob que se revela a garantia do emprego está na projeção para o futuro dos efeitos do contrato

dissolvido, com o fim de se resguardar a sobrevivência do trabalhador e de sua família. Emprego e desemprego estarão ligados por uma ponte representada pela remuneração social e que serve de passagem para o reemprego, a que o Estado se obriga, através de abertura de oportunidades. Entre nós, esta ponte, embora frágil, consiste no FADE, Fundo de Assistência aos Desempregados, alimentado pelas disponibilidades da conta EMPREGO E SALÁRIO, oriunda da contribuição sindical. O FGTS constitui outra opção, sabido como é ser impossível a acumulação de rendas nas duas situações. Com efeito, ao trabalhador desempregado é dado sacar mensalmente de sua conta, até alcançar outro emprego, respeitado o limite do prazo de seis meses, quantia equivalente e até $2/3$ da remuneração que auferia à data da dissolução do contrato.

É bom lembrar a filosofia que anima a estabilidade ordenada na CLT e em franca decadência e a que inspira o regime do FGTS, em ascensão, mas necessitado de aperfeiçoamento. A estabilidade visa a garantir o emprego, dentro de um esquema rígido, com desprezo das interferências, interrelações e imposições a que se sujeita a empresa, em um mercado acentuadamente competitivo. A ótica é de um olho só, pelo que soa como o canto da sereia: embevece, mas é fugaz e fugidio. Quem logra alcançá-la e vem a perdê-la, sem fato que lhe seja imputável, beneficia-se de sua conversão em indenização dobrada, à razão, pois, de dois meses para cada ano de tempo de serviço, com base na maior remuneração, pois, de dois meses para cada ano de tempo de serviço na empresa.

Já pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço a responsabilidade da empresa está na patrimonialização do tempo de serviço do trabalhador. Essa garantia começa com o início da relação de emprego, através de depósitos mensais, que constituem salário residual, nas situações a que já fizemos referência.

Se na estabilidade a garantia é a do emprego, quando ela é ocasionalmente alcançada entre nós, aqui pelo FGTS, a garantia do tempo de serviço é sempre reconhecida e corresponde, pelo menos, a 90% da indenização forfetária da Consolidação das Leis do Trabalho, qualquer que seja a causa da dissolução do contrato,

independentemente do acréscimo de 10% da conta vinculada, quando a rescisão provém do empregador, ou de 5%, da mesma conta, quando a dissolução do contrato resulta de culpa recíproca e de força maior.

O FGTS estabelece assim uma ponte de ligação entre o emprego e o desemprego, ainda que se trate de ponte de um vão só, porque diz respeito à patrimonialização do tempo de serviço e não à propriedade do emprego. Não limita, nem regulamenta a rescisão do contrato por iniciativa de qualquer das partes, pois ela é livre. Essa liberdade repercute junto ao trabalhador, que é constantemente tentado a mudar de emprego, a fim de obter periodicamente uma injeção de ingressos em seus rendimentos; o empregador, por sua vez, não se constrange em desembaraçar-se do empregado, sobretudo quando não qualificado, sem fornecer-lhe qualquer justificativa, deslembrado de que pode estar a prejudicar a produtividade, com reflexos desfavoráveis a seus negócios. A mobilidade descontrolada da mão-de-obra traz conseqüências nocivas à rentabilidade e constitui fator de insegurança. Não basta a garantia do salário residual consubstanciada no valor da conta, porque continua a faltar o segundo vão da ponte, que é a garantia completa do emprego.

GARANTIA COMPLETA DO EMPREGO

É verdade que a garantia parcial da subsistência, após a perda do emprego exprime, em termos sociais, um avanço sobre a maioria das legislações, inclusive de vários países industrializados, onde as reparações legais não cobrem todos os casos de dissolução do contrato de trabalho, como na demissão espontânea, na resolução, na aposentadoria e onde inexiste tão pouca vedação ou limitação à rescisão contratual.¹⁸

Precisamente porque nosso direito positivo acode o trabalhador, quando o contrato chega ao fim e pelo fato de que o FGTS possua destinação social específica — execução de programa habitacional, gerido pelo Banco Nacional de Habitação — BNH —

18. Cf. Università degli studi di Trieste, *Problèmes d'actualité du droit travail*, Padova, Cedam, 1973.

cremos que um plano sensato de garantia do emprego beneficia o Programa, a empresa e o trabalhador.

Quais os meios legais para se conseguir essa garantia?

À luz da distinção lembrada por RAFAEL CALDEIRA entre estabilidade imprópria assentada na indenização do tempo de serviço e que **procura** assegurar a permanência no emprego e a estabilidade **própria** que a assegura,¹⁹ cumpre situar o FGTS no meio termo. E isto porque, em QUALQUER HIPÓTESE de dissolução do contrato de trabalho, propicia, no mínimo, o salário residual, representado pelos depósitos da conta vinculada do empregado optante. E isto sem se falar na situação especial da estabilidade provisória relativa aos mandatários eleitos para cargos de direção e de representação sindical.

Qual seria o próximo passo na evolução para a garantia do emprego?

Creemos que o paternalismo legal em vigor, dada a fragilidade da negociação coletiva, deveria ater-se à **limitação** e não à vedação ao poder de rescisão do contrato por iniciativa do empregador. A limitação repousa no ônus do ressarcimento, ao passo que a vedação se apóia na reintegração no emprego. Dificultar-se-ia a despedida imotivada, pela carga de responsabilidade indenizatória. Uma vez assumido o risco pela empresa, a dispensa teria eficácia, observadas as formalidades legais.

Como se processaria a limitação. Dar-se-ia através de dois mecanismos: o mecanismo da indenização de antigüidade, nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho. Na despedida sem justa causa, teria o trabalhador direito à indenização de um mês por ano de serviço (ou fração igual ou superior a seis meses), com base na maior remuneração por ele auferida na empresa (art. 477 da CLT).

O segundo mecanismo seria o do FGTS: garantia, em qualquer caso, do direito à conta vinculada. Articular-se-iam os dois

19. Relação de Trabalho, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1972, pág. 269, HORACIO D. J. FERRO, El Derecho a la Estabilidad, in **Estudios de Derecho del Trabajo** en memoria de ALEJANDRO M. UNSAIN, Buenos Aires, Lib. El Ateneo, 1954, págs. 145/146.

mecanismos: FGTS-CLT, quanto ao tempo de serviço do trabalhador.

Em conseqüência, a Constituição Federal, que assegura «estabilidade com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente» (art. 165, XIII), passaria a assegurar «indenização ao trabalhador despedido e fundo de garantia equivalente», sem prejuízo da estabilidade decenária, em decadência.

Ainda no plano legal, seria de se fazer recair sobre a empresa o ônus da prova de que a dispensa do empregado se processara por motivo de ordem econômica ou técnica, isto é, por motivo válido. Aliás, esse ônus já existe no tocante às justas causas dadas pelo empregado e previstas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que o empregador as invoque como causas geradoras da dissolução do contrato.

É sabido que em vários Países se adotam medidas limitativas da rescisão contratual pela empresa. Uma delas consubstancia-se na consulta a órgão alheio à influência do empregador: conselho de empresa, sindicato ou autoridade administrativa. A consulta a órgãos de representação do pessoal é acolhida na Alemanha, a tal ponto que, se entenderem eles demonstrada a conduta anti-social do empregador, poderão provocar a manifestação dos tribunais do trabalho. Na Suécia, da dispensa do trabalhador com pelo menos nove meses de tempo de serviço há-de ser preavisado o comitê de empresa, que terá apenas voz. Se a decisão do empregador correr em contrário a seu parecer, é facultado ao sindicato levar a matéria a exame do Conselho do mercado de trabalho.²⁰ No Japão e no Reino Unido, a regra é a consulta a entidades sindicais, em casos de dispensa coletiva. Na França, requer-se autorização de autoridade administrativa, quando se tratar de despedida individual ou coletiva, com base em motivo econômico, conjuntural ou estrutural.

Na situação particular do Brasil, única talvez em que ao trabalhador se asseguram reparações independentemente da causa dissolutória do contrato; único país, ao que nos conta, em que os

20. JACQUES AUDINET, Le licenciement du salarié en droit comparé *Revue Internationale de Droit Comparé*, avril-juin, 1966, pág. 878.

depósitos para esse fim possuem destinação social, por meio de sua gestão por órgão do Estado, seria talvez necessário que se regulamentasse indiretamente a rescisão do contrato de trabalho por parte do empregado, através de controle de saques. Acumular depósitos para sua utilização num futuro longínquo — na aposentadoria, por exemplo, afigura-se ao trabalhador uma espécie de miragem. Permitir que sejam levantados todas as vezes em que é despedido sem justa causa, ou é ficticiamente despedido sem justa causa, ou é despedido só com o objetivo de proceder ao levantamento da conta vinculada, com imediata readmissão no emprego, representa, de um lado, estímulo à mobilidade desgobernada de pessoal, de outro, desfalques sensíveis nos recursos para o programa habitacional, em decorrência de saques sucessivos. É sabido não ser baixo o custo operacional dos recursos postos à disposição do BNH, se se atentar para os encargos relativos a juros, correção monetária, administração, institucionalização.

Por que não limitar o **quantum** a ser levantado, em vez de se permitir liberação total da conta? Por que não se estudar a possibilidade de se facultar a liberação anual de depósitos, no curso do contrato, sem prejuízo para as aplicações no programa habitacional? Essa medida desestimularia a fluidez da mão-de-obra e traria ao trabalhador um rendimento certo a mais, em cada ano, a exemplo do que se dá com o acréscimo advindo ao PIS-PASEP — Programa de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público. Além do 13º salário, o trabalhador passaria a contar anualmente com esses dois ingressos em sua receita.

De tudo o que vem de ser dito, cremos que o exemplo do direito comparado deve servir de inspiração a toda tentativa com vista a uma maior garantia do emprego. A mobilidade sem controle da mão-de-obra prejudica-lhe a segurança, é nociva à produtividade e perturba a programação de estabilidade nos saques junto às contas vinculadas. De par com a experiência alienígena, nossa própria experiência há-de ser pesada, para correção das distorções existentes no mecanismo do FGTS, ao ensejo do décimo aniversário de sua instituição.