

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

**FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO E A
PROTEÇÃO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA:
ANÁLISE CRÍTICA**

Silmara Almeida Quintão Oliveira

Rio de Janeiro
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Silmara Almeida Quintão Oliveira

**FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO E A
PROTEÇÃO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA:
ANÁLISE CRÍTICA**

Dissertação apresentada à Coordenação de Pós-Graduação e Atividades Complementares da Universidade Gama Filho como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito e Economia.

Orientadora: Doutora Zoraide Amaral de Souza

Rio de Janeiro
2007

Dissertação intitulada “Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a Proteção Contra a Despedida Arbitrária: Análise Crítica”, de autoria da mestrande Silmara Almeida Quintão Oliveira, para aprovação pela banca examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dra. Zoraide Amaral de Souza

Prof. Dr. Aryon Saião Romita

Prof. Dra. Maria Lúcia Freire Roboredo

Coordenador do Programa de Pós-Graduação

Rio de Janeiro
25 de maio de 2007

DEDICATÓRIA

Ao meu marido e aos meus filhos, que tornaram esta conquista possível de todas as formas. Aos meus pais pela dedicação e o ensino da perseverança e, aos meus irmãos pelo incentivo, especialmente à Francine, minha colaboradora.

AGRADECIMENTO

À mestra Zoraide, pela acolhida prodigiosa,
pelos ensinamentos e orientação verdadeira,
minha eterna gratidão.

A Deus, por não me faltar durante todo esse
percurso.

Toda arte e toda a investigação, bem como toda escolha, visam a um bem qualquer, e por isso foi dito não sem razão, que o bem é aquilo a que as coisas tendem.

RESUMO

A proposta deste estudo é analisar o surgimento do FGTS, a finalidade primitiva da sua implantação em substituição progressiva a estabilidade, a sua estrutura e a sua finalidade como atual sistema de proteção ao emprego no Brasil. Situar o FGTS numa conjuntura de equiparação com os atuais sistemas de proteção ao emprego no Direito estrangeiro, bem como a questão da aplicabilidade da Convenção 158 da OIT no Brasil. Delinear sua composição por meio da apreciação das suas desvantagens desencadeantes de problemas ligados ao Fundo e a crise que o atinge hoje, sob os prismas da globalização do mercado, influenciador da ordem econômica nacional na produção e na efetivação das normas do trabalho. A partir do levantamento das questões temáticas que comprometem o instituto, segue-se uma perspectiva que aponte para a necessidade de se propor uma forma mais eficiente de proteção e garantia ao trabalhador, por meio da reestruturação do modelo proposto pelo FGTS.

Palavras-chave: FGTS; proteção ao empregado; necessidade de reestruturação.

ABSTRACT

This paper analyses not only, the creation of the FGTS including its early goals and progressive implementation instead of work stability, but also its structure and purpose as the current system of employee's indemnity. FGTS is compared to other systems rooted in the International Law (Law of Nations) as well as the applicability of the 158 Convention from OIT in Brazil. This paper also presents the growing disadvantages related to the Fund and its crisis, based on Market's globalization which interferes with the domestic economic order, not only on its production but also on the accomplishment of professional standards. The system is compromised by data collected on them questions; this research suggests an outlook leading to the creation of a new and more efficient system for employees' indemnity which shall be based on the current model.

Key-words: FGTS (Government Severance Indemnity Fund for Employees); Employee's right; Restructuring necessities.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. HISTÓRICO.....	14
3. O FGTS E O DIREITO ESTRANGEIRO.....	20
3.1. Organização Internacional do Trabalho – OIT.....	21
3.1.1. A denúncia da Convenção 158 pelo governo brasileiro.....	26
3.2. A legislação internacional e a proteção do emprego.....	28
3.2.1. Alemanha.....	29
3.2.2. Itália.....	30
3.2.3. Espanha.....	31
3.2.4. Holanda.....	32
3.2.5. França.....	32
3.2.6. Suíça.....	33
3.2.7. Portugal.....	33
3.2.8. Inglaterra.....	34
3.2.9. Estados Unidos.....	35
3.2.10. México.....	35
3.2.11. Uruguai.....	36
3.2.12. Chile.....	36
3.2.13. Bélgica.....	36
3.3. Os sistemas internacionais de proteção ao emprego e o FGTS.....	37
4. REFLEXÃO SOBRE O SISTEMA DE PROTEÇÃO DO EMPREGO.....	40
4.1. A legislação trabalhista e a estabilidade.....	44
4.2. Legislação trabalhista: implantação do FGTS.....	48
4.2.1. A exposição de motivos do anteprojeto do FGTS.....	52
4.3. A criação do FGTS.....	55
4.3.1. Natureza jurídica do FGTS.....	58
4.3.2. Estrutura do FGTS.....	62
4.3.3. Objetivos do FGTS.....	64
4.4. Fluxo de recursos do Fundo.....	65
4.4.1. Critérios para a movimentação do FGTS.....	69
5. O FGTS E A POLÍTICA ECONÔMICA ESTATAL.....	71

6. O FGTS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO	72
6.1. Vantagens e desvantagens do FGTS.....	75
6.2. Distorções dos objetivos do FGTS.....	78
6.3. Desconstrução das relações de trabalho.....	82
6.4. Favorecimento da rotatividade nas relações de emprego.....	83
6.5. O FGTS e a flexibilização do mercado de trabalho.....	86
6.6. Favorecimento do desemprego estrutural.....	90
7. A DESPEDIDA ARBITRÁRIA NO BRASIL E PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO EMPREGO	93
8. O FGTS E A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	99
8.1. A utilização do FGTS em planos habitacionais e de saneamento básico.....	100
8. 2. A manipulação das reservas do Fundo pela Caixa Econômica Federal, na defesa dos seus interesses.....	105
8.3. A rentabilidade dos depósitos do FGTS.....	106
9. OS NOVOS RUMOS DO FGTS	106
10. CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS	122
ANEXO	126

1. INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS – surgiu na conjuntura da contra-revolução de 1964, sendo seu primeiro certificado legal a Lei nº. 5.107, de 13 de setembro de 1966. Produzido pelo Governo Federal, o FGTS é mantido por depósitos mensais efetivados pelos empregadores, em nome dos empregados, no valor correspondente a 8% (oito por cento) da sua remuneração, representando cerca de um salário por ano.

Esse Fundo, inicialmente, era efetuado pelas empresas, que depositavam, mensalmente, 8% de tudo o que fosse pago ao empregado, excluindo-se as verbas de natureza indenizatória. Quando dispensado sem justa causa, o trabalhador tinha o direito de movimentar essa conta vinculada, isto é, de retirar o valor ali existente. Recebia, ainda, do empregador, um percentual de 10% sobre tudo o que estivesse depositado na data da dispensa. Sobre o valor depositado pela empresa, incidiam juros capitalizados, que aumentavam conforme os anos em que o trabalhador permanecesse na firma (art. 3º da Lei nº 5107/66).

Os recursos do Fundo, durante o período em que o empregado continuava trabalhando, eram utilizados com fins de conceder empréstimos, visando à construção de moradias e execução de obras de saneamento básico. Frise-se que os juros cobrados dos mutuários eram superiores àqueles pagos aos titulares das contas vinculadas.

O Fundo tem como finalidade assegurar ao trabalhador a formação de um pecúlio relativo ao seu tempo de serviço, garantir os meios para as empresas efetuarem as indenizações necessárias a trabalhadores não optantes, bem como formar fundo de recursos para o financiamento de programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana. É regido por normas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador do FGTS, colegiado composto por representantes do Governo, dos trabalhadores e dos empregadores.

Em suma, o FGTS é o fundo de valores administrados pela Caixa Econômica Federal, com o fim de assegurar a compensação do tempo de serviço do trabalhador e viabilizar recursos ao poder público para a realização de sua política habitacional, saneamento básico e infra-estrutura.

Do modelo proposto na década de 60 à estrutura atual vigente, com base na Lei nº 8.036/90, é imprescindível discutir, já decorridas quatro décadas da implantação desse instituto, a sua relevância e a avaliação do seu alcance, bem como os seus efeitos “colaterais”.

Pode-se destacar uma série de desajustes decorrentes desde então:

- A desconstrução das relações de trabalho;
- O incentivo ao revezamento, favorecendo a rotatividade;
- O favorecimento do desemprego estrutural;
- O fim da estabilidade no emprego;
- A obrigação de depósitos bancários, proporcionando o benefício dos banqueiros e o favorecimento do aumento do capital especulativo;
- A manipulação das reservas do Fundo pela Caixa Econômica Federal, usando-o para favorecer o aumento da sua credibilidade e em defesa dos seus interesses;
- A tão pouca utilização dos recursos do Fundo em planos habitacionais e de saneamento básico;
- O rendimento ínfimo dos depósitos feitos no Fundo.

O debate atualmente está focado em questões substantivas, envolvendo a própria natureza do Fundo. As críticas e as propostas para a sua reformulação devem envolver questões relacionadas aos diversos papéis do FGTS, como: os encargos sobre a folha de pagamento como um impediente do emprego formal e de enrijecimento do mercado de trabalho; a ineficácia dos saldos das contas individuais como amparo ao trabalhador de baixa renda, devido ao restringido valor sacado a cada demissão; extenuação do fundo como meio para financiar a habitação e o saneamento básico.

Este estudo perseguirá a trajetória histórica precedente à criação do FGTS, os objetivos traçados pelo anteprojeto que antecedeu sua implantação, no propósito de avaliar se eles foram alcançados em toda a sua plenitude, fazendo jus aos processos dispendiosos e até um tanto sacrificantes para a economia nacional.

É mister aproximar sua natureza jurídica, atentando para o contexto que narra o seu surgimento, para então, enveredar-se por um caminho que carece ser trilhado com cautela, pois põe em questionamento a viabilidade e a eficácia do instituto do FGTS. Não que esse estudo objetive desconstituir por inteiro a sua relevância jurídico-social, mas levantar o seu perfil verdadeiro. Procurando assim, se verificada a sua desconformidade com o sistema atual, apontar para a necessidade da reestruturação do instituto, para que garanta mais eficazmente os créditos ao trabalhador dispensado sem uma razão efetiva.

Acima de tudo, é imperioso que se verifique que efeitos têm este instituto sobre a política de amparo ao trabalhador demitido e a política de destinação social. O conhecimento dos efeitos positivos e dos efeitos negativos propiciará que se faça um balanço que verifique a desproporção do desequilíbrio existente entre ambos os pólos.

Este trabalho discute os principais problemas que envolvem o FGTS, tendo em conta as diferentes implicações decorrentes de sua natureza. Compõe-se de nove capítulos, além desta Introdução.

O Capítulo 2 percorre brevemente a trajetória da legislação trabalhista com vistas à proteção ao emprego, desde a Constituição Federal de 1824 até a Lei Complementar nº 110/01.

O Capítulo 3 traça um cenário internacional dos instrumentos de proteção do trabalhador contra o risco de demissão, de modo a situar a questão do FGTS em uma perspectiva mais ampla.

O Capítulo 4 faz um retrospecto do sistema de proteção do emprego com ênfase na lei da estabilidade, passando pela sua substituição progressiva a partir da criação do instituto do FGTS.

Os Capítulos 5 e 6 discutem a política econômica onde esta incursa as relações de trabalho e o FGTS, trazendo à tona as questões que deram origem a este estudo como: vantagens e desvantagens e as distorções dos objetivos do FGTS.

O Capítulo 7 trata da despedida imotivada vigente no Direito Trabalhista nacional, contrariando a disposição contemporânea do Direito estrangeiro de adoção ao princípio da justificação, como fundamento da terminação do contrato.

O Capítulo 8 questiona a viabilidade da aplicação dos recursos do FGTS nos planos de habitação e saneamento e sua manipulação pela Caixa Econômica Federal.

O Capítulo 9 traz para a discussão hipóteses já apresentadas acerca de possíveis rumos que poderiam ser traçados no propósito de mudar a trajetória do FGTS atual, tornando-o mais verdadeiramente do trabalhador.

No último Capítulo são apresentadas as conclusões, em conjunto com uma apreciação crítica dos últimos 40 anos de existência do FGTS e sua real situação como sistema de amparo ao trabalhador.

2. HISTÓRICO

A Lei nº. 5.107 instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em 13 de setembro de 1966, substituindo, na prática, o regime de indenização por rescisão do contrato de trabalho então vigente¹. A sua criação foi motivada, em tese, pela necessidade social crescente de mecanismos mais eficientes de proteção aos trabalhadores do setor privado nos casos de demissão involuntária, bem como dar melhor adequação desses mecanismos às necessidades das empresas. Por isso faz-se necessário uma breve retrospectiva das formas de proteção ao emprego no Brasil, bem como das leis atualmente em vigor.

O quadro abaixo traz esse retrospecto cronológico.

Período	Legislação	Objeto
1824	Constituição Federal	Estabilidade dos oficiais do Exército e Armada estabelecida no art. 149.
1891	Constituição Federal	Vitaliciedade aos juizes federais conferida pelo art. 57.
1915	Lei nº. 2.924	Estabilidade aos servidores públicos, proibida a dispensa após 10 anos de serviço.
1923	Decreto nº. 4.682 – Lei Eloy Chaves	Estabilidade relativa aos empregados de empresas ferroviárias com 10 anos de serviço, sendo que a demissão só seria possível em caso de falta grave do empregado, apurada em inquérito administrativo.
1926	Lei nº. 5.109	Estabilidade estendida aos empregados de empresas de navegação marítima ou fluvial e aos ferroviários dos Estados e Municípios.
1927	Decreto nº. 17.940	Estendeu o benefício da estabilidade aos portuários.
1931	Decreto nº 20.465	Estabilidade estendida aos empregados de empresas de transportes urbanos, luz, força, telefone, telégrafo, portos, água e esgoto.
1933	Decreto nº 22.872	Criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos.

¹ Criado o FGTS, tinha o empregado o direito de optar pelo novo fundo ou pelo regime da estabilidade, porém, a prática das empresas revelava a contratação de trabalhadores somente pelo regime do FGTS. O direito formal à opção pelo regime anterior deixou de existir apenas quando a Constituição de 1988 fixou o direito à indenização exclusivamente na forma do FGTS.

1934	Decreto nº 24.615	Estabilidade estendida aos bancários aos dois anos de serviços.
1935	Lei nº 62	Estabilidade estendida às demais categorias profissionais, aos 10 anos de serviços, exceto aos trabalhadores rurais e domésticos.
1937	Constituição Federal	Determinação de indenização proporcional aos anos de serviço nos casos de cessação das relações de trabalho sem que o empregado tenha dado causa e quando a lei não lhe garante estabilidade.
1943	CLT - Decreto Lei nº 5.452	Disciplinou a estabilidade nos arts. 492 a 500, estendendo-a a todos os empregados com 10 anos de serviços.
1946	Constituição Federal	Reconheceu estabilidade ao trabalhador, na empresa ou na exploração rural, e indenização em despedida do empregado nas condições previstas na lei e sistematizou todas as providências legais, referentes à garantia da estabilidade.
1958	Lei nº 3.470	Criação do FIT (Fundo de Indenizações Trabalhistas), constituído pela dedução do Imposto de Renda do lucro real das empresas, de caráter facultativo, desde que aplicados em títulos da dívida pública (ORTN – Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional), com resgate imediato para pagamento das indenizações.
1964	Decreto nº 53.767 Lei nº 4.357 Lei nº 5.406	Determinou que o FIT passasse a ser aplicado em títulos da dívida pública federal, com emissão especial de resgate imediato para pagamento das indenizações. O FIT assume o caráter de obrigatoriedade para as empresas. Estendeu as obrigações de indenização do fundo em relação aos empregados estáveis
1966	Projeto da Lei do FGTS Lei nº 5.107	Facultava ao empregado optar pelo regime da estabilidade ou pelo novo regime do FGTS. Instituiu o FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) com a finalidade de constituir um fundo de reservas do empregado, sacado em caso de despedida involuntária ou em hipóteses previstas na lei; outra finalidade era financiar a

		aquisição de imóveis pelo Sistema Financeiro de Habitação. Também extinguiu o FIT.
1967	Constituição Federal	Mudança na redação do inciso XIII do art. 158, com previsão de um sistema alternativo da estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente.
1968	Lei nº 5.480	Estendeu o direito ao FGTS ao trabalhador avulso
1973	Lei nº 5.958	Determinou a opção retroativa do empregado pelo FGTS a 01 de janeiro de 1967 ou à data de admissão se esta fosse posterior ao àquela.
1980	Lei n.º 6.858	Trata do FGTS dos dependentes ou sucessores do empregado falecido.
1981	Lei n.º 6.919	Estendeu o regime do FGTS aos diretores de empresas não empregados, porém em caráter facultativo para as empresas.
1988	Lei n.º 7.670 Constituição Federal	Foram estendidos alguns benefícios relativos ao FGTS aos portadores de AIDS. Disciplinou o FGTS, retirando do empregado o direito de opção entre este regime e o da estabilidade, no inciso III do art. 7º.
1990	Lei nº 8.036	Regulamentada pelo Decreto nº. 99.684/90, revogou a antiga Lei n.º 5.107/66. Esta lei regula atualmente o regime do FGTS.
1994	Lei nº 8.844	Dispôs sobre fiscalização, apuração e cobrança judicial das contribuições e multas.
2001	Lei Complementar nº. 110	Criou uma contribuição social mensal de 0,5%, passando a ser de 8,5% o valor do recolhimento mensal feito pelo empregador. Aumento de 10% sobre o montante do FGTS em depósito, a título de contribuição social, “devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa”.

O FGTS é um fundo contábil, de natureza financeira, constituído pelo saldo das contas vinculadas e individuais, abertas pelos empregadores em nome de seus empregados².

² BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, art. 2º.

Já na década de 40, a legislação trabalhista brasileira³ garantia a estabilidade aos empregados que prestassem serviços por mais de 10 anos consecutivos para o mesmo empregador. Para os trabalhadores demitidos com menos de 10 anos (e mais de um ano) de vínculo empregatício, a legislação garantia uma indenização equivalente a um mês de salário para cada ano trabalhado⁴.

A criação do FGTS aspirava, em tese, atingir um tríplice objetivo⁵:

I - Seguro social: o fundo intentava a geração de uma reserva pecuniária para o empregado, que lhe auxiliasse no período de inatividade permanente e também funcionasse como indenização por dispensa do emprego sem justa causa; ou seja, o FGTS foi criado para ser, antes de tudo, patrimônio do trabalhador;

II - Eficácia no direcionamento de verba do mercado de trabalho: a criação do fundo procurava facilitar a demissão dos trabalhadores pelas empresas, instituindo o provisionamento compulsório da indenização e acabando com a estabilidade aos 10 anos de serviço, com o que se eliminavam dois elementos apontados como principais agentes do encarecimento do passivo trabalhista das empresas e de enrijecimento do mercado de trabalho⁶.

III - Financiamento da habitação: os recursos do fundo seriam agregados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e, a cargo do Banco Nacional da Habitação (BNH), financiariam a construção de habitações⁷.

O empregador, para defender-se do vínculo eterno do contrato de trabalho, dissolvia o vínculo empregatício antes de completar dez anos de vigência. De fato, na eventualidade de

³ A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943 - estabelecia a indenização ao trabalhador demitido, na base de um salário mensal por ano trabalhado ou período acima de seis meses (art. 478), e determinava que o trabalhador adquirisse estabilidade ao completar 10 anos na mesma empresa, só podendo ser demitido "por falta grave ou circunstâncias de força maior, devidamente comprovadas" (art. 492), com direito à indenização por tempo de serviço em dobro, no caso de extinção da empresa (art. 497).

⁴ Sobre a questão da estabilidade e dos direitos trabalhistas da época, há uma discussão mais extensa em Vera Lúcia Botta Ferrante, *FGTS: ideologia e repressão*. São Paulo: Ática, 1978. pp. 55-72.

⁵ Sobre a criação do FGTS, Vera Lúcia Botta Ferrante, op. cit., pp. 35-132, aborda a questão de uma posição crítica, incluindo um longo histórico do tratamento dos direitos trabalhistas nas décadas anteriores.

⁶ Em 1964 e 1965 foram criados os Fundos de Indenização Trabalhista (FIT) (Decreto nº 53.787, de 20/03/64, art. 2o) e os Fundos de Amparo ao Desempregado (FAD) (Lei nº 4.923, de 23/12/65, art. 60), substituídos em 1966 pelo FGTS.

⁷ O SFH e o BNH foram criados pela Lei nº 4.380/64, que conferiu um tratamento sistêmico ao financiamento da construção habitacional no país, criando instituições, fontes de financiamento e estabelecendo normas para a aplicação dos recursos nessa área.

o contrato de trabalho viger por mais de 10 anos, o processo de despedida se tornaria mais oneroso e de difícil exequibilidade, em função dos seguintes fatores:

a) O empregado somente poderia ser despedido por justa causa, e o empregador, neste caso, teria que comprovar, mediante inquérito, perante a Justiça do Trabalho a falta grave cometida pelo empregado. Caso ficasse comprovada, o mesmo perderia o direito a qualquer tipo de compensação financeira, sendo que absenteísmo e baixa produtividade não caracterizavam falta grave.

b) Nos casos de dispensa por qualquer outra razão diferente da justa causa, o trabalhador teria direito a uma indenização equivalente a dois meses de salário para cada ano trabalhado, sendo que, mesmo que o empregador concordasse em pagar este montante, ainda assim a dissolução do vínculo empregatício ficaria condicionada à aquiescência do próprio empregado.

É necessário ressaltar, entretanto, que existiam também brechas legais que possibilitavam a ruptura da estabilidade após 10 anos de serviço, tais como a falência do empregador e outras excepcionalidades devidamente comprovadas em juízo.

Não é preciso mencionar que o marco institucional das relações trabalhistas daquela época acarretava distorções na produtividade dos trabalhadores que lograssem a estabilidade.

Ainda assim, a proteção formal aos trabalhadores oferecida pela lei nem sempre tinha contrapartida na prática, especialmente quando envolvia algum tipo de indenização pecuniária. Deste modo, fazia-se necessário a criação de mecanismos aptos a assegurar a capacidade de pagamento para as empresas que se dispusessem a cumprir as cláusulas indenizatórias contidas na legislação trabalhista, uma vez que a ausência formal de reservas, legalmente constituídas, acarretava incertezas quanto à liquidez dos direitos trabalhistas.

Em fins de 1958, o governo instituiu um mecanismo embrionário de incentivos para a constituição de provisões destinadas às indenizações trabalhistas. A Lei nº 3.470/58 estabelecia que fosse dedutível do lucro bruto das empresas o montante de recursos destinados à constituição de reservas para pagamento de débitos trabalhistas decorrentes de rescisões de contratos de trabalho, desde que esses recursos fossem aplicados em títulos da dívida pública de emissão especial. Essa mesma medida legal estabelecia que o montante destinado à constituição daquelas reservas não poderia exceder 7% da folha de salários e, ainda, que o total desta rubrica não poderia ultrapassar o total da folha de pagamento do último ano.

A regulamentação desses dispositivos, no entanto, só foi possível por meio do Decreto nº 53.767, de 1964, que estabeleceu o Fundo de Indenizações Trabalhistas (FIT), onde ficou determinado que os títulos da dívida pública federal, usados na formação de reservas para indenizações, além de serem inegociáveis e de não renderem juros, seriam nominativos e inalcançáveis por penhora. Na prática, as características destes papéis deixavam os empregadores prisioneiros do seguinte dilema: se não constituíssem as reservas competentes, acabariam por oferecer um maior lucro à tributação; se constituíssem as reservas adequadamente, a aplicação compulsória das mesmas não garantiria a manutenção do valor real do montante imobilizado.

Ainda em 1964, os mecanismos de indenização, rescisão por tempo de serviço, foram aperfeiçoados por meio da Lei nº. 4.357, que determinava a constituição obrigatória do FIT em cada empresa e estipulava um novo ativo financeiro para aplicação dos recursos das reservas: a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN). As provisões necessárias para a constituição do FIT foram fixadas em 3% da folha mensal de salários, e estes recursos contariam com uma rentabilidade real mínima estabelecida por lei de 6% a.a. As aplicações em ORTNs realizadas no FIT seriam nominativas e intransferíveis, contando ainda com garantia de liquidez imediata para o pagamento das indenizações devidas⁸.

A preocupação com a questão do desemprego mobilizou as autoridades de então, levando-as a instituir o Fundo de Assistência ao Desempregado (FAD) em 1965, cuja arquitetura financeira foi composta com o aporte de um terço dos recursos originalmente destinados ao FIT.

Foi dentro deste ambiente que o governo instituiu o FGTS em 1966, fazendo com que o instituto da estabilidade fosse compensado pela criação de um fundo provedor de recursos a serem sacados pelo trabalhador quando seu vínculo empregatício fosse dissolvido sem justa causa. Esta política pretendia, pelo menos em tese, não apenas melhorar as relações entre empregados e empregadores, acabando com o estímulo às demissões antes dos 10 anos de serviço, como também oferecer novas possibilidades de promoção do bem-estar econômico-social para os trabalhadores, além de atender a uma demanda por maior flexibilidade do mercado de trabalho.

⁸ AZEREDO, Beatriz. *Fundo de garantia do tempo de serviço: análise retrospectiva e impacto da nova legislação*. Texto para discussão 19. Brasília: Ministério do Trabalho e da Previdência Social, 1990. p.19.

3. O FGTS E O DIREITO ESTRANGEIRO

Recorre-se neste Capítulo ao direito estrangeiro como meio de equiparação entre as legislações garantistas do emprego de diversos países e a legislação nacional, e destes em relação a organismos internacionais.

O que se verifica é a necessidade de garantia da segurança no emprego, reconhecida por instrumentos internacionais na condição de um direito fundamental da pessoa humana. O art. 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁹; o art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰ e as Convenções e Recomendações da OIT, são instrumentos de alcance mundial nos quais é notória a defesa da questão da segurança no emprego.

Nesse viés, a busca de referências externas para a avaliação do FGTS requer não apenas a comparação com a regulamentação vigente em outros países, mas também a identificação de algum conjunto de princípios ou regras referentes aos direitos sociais, com base no qual se deve avaliar o que está estabelecido em termos de proteção social no Brasil. Sob este enfoque, a referência deve ser a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Trata-se de uma referência bastante autorizada, pelo seu caráter abrangente e supranacional, embora suas normas não sejam obrigatórias, já que os países aderem voluntariamente aos seus convênios e resoluções.

⁹ Art. 23 - 1. “Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. 4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses”.

¹⁰ Art. 6º - 1. “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. 2. As medidas que cada Estado-parte no presente Pacto tomará, a fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais”.

3.1. Organização Internacional do Trabalho – OIT

A Organização Internacional do Trabalho – OIT – desenvolve importante trabalho de controle e proteção das relações de emprego em âmbito mundial.

Sobre a questão da justificação da despedida do empregado, a Repartição Internacional do Trabalho, durante uma conferência em 1981 a respeito da *Terminação da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador*, apontou a existência de legislação sobre o tema em diversos países. Deve-se atribuir esse feito, em grande parte, ao fato da Conferência Internacional do Trabalho (1963) ter adotado a Recomendação 119¹¹.

Conforme parágrafo 2.1 da referida Recomendação:

Não se deve proceder à terminação da relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou a conduta do trabalhador ou se baseie nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço.

De acordo com a Recomendação 119¹² da OIT, toda dispensa do empregado deve obedecer a critérios necessários, quais sejam: justa causa fundada na capacidade ou na conduta do empregado, ou ainda que a dispensa se mostre necessária à atividade da empresa. A Recomendação utiliza para esse feito, mecanismos de controle de dispensas¹³. Este mesmo artigo deixa a solução do que seja definir “causa justificada”, a cargo de cada país. Entretanto, posiciona-se terminantemente a respeito do que não possa ser invocado nesse sentido, como

¹¹ GRECO, Leonardo. *Ensaio sobre a proteção contra a Despedida Imotivada no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Ed. da UGF. p. 7.

¹² A Conferência sobre a *Protección contra el despido injustificado*, apontou a Recomendação 119 como “*primer instrumento internacional del trabajo dedicado específicamente a la cuestión. Este instrumento recomendó ciertas normas fundamentales relativas a la justificación de la terminación de la relación de trabajo, el preaviso, el derecho de recurso, el derecho a percibir una indemnización y la protección de los ingresos del trabajador, y se incluyeron también disposiciones en materia de reducción de personal. Constituyó, en el plano internacional, el punto culminante de la evolución del concepto según el cual el trabajador debería estar protegido contra la terminación arbitraria e injustificada de la relación de trabajo y contra las dificultades económicas y sociales que entraña la pérdida del empleo*”. OIT 1995: *Protección contra el despido injustificado*, §3º. Disponível em: < http://training.ilo.org/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/ILO_S_B/general_surveys/25951.htm>. Acesso em: 20 abr. 2006.

¹³ Para Sérgio Pinto Martins, “Deve haver controle das dispensas, especialmente as de caráter retaliativo, como a instituição de comissões internas nas empresas, órgãos da administração estatal, mediação, arbitragem ou justiça especializada. Os órgãos devem ter autorização para determinar a reintegração do empregado se julgarem injustificada a dispensa. Legítima a dispensa, tem o empregado direito a aviso prévio e indenização compensatória. Garante o emprego contra atos abusivos do empregador”. *Manual do FGTS*, 2º ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 42.

em casos de empregados candidatos a representantes de trabalhadores ou filiados a sindicatos, e ainda qualquer despedida que denote discriminação de cor, sexo, raça, estado civil, religião, política, nacionalidade ou condição social (§ 2, n. 3).

Tais critérios estabelecem que todo trabalhador demitido deva ter direito, além do período de aviso prévio, a uma indenização pela despedida e a outros mecanismos de proteção de sua renda (na forma de seguro-desemprego ou outro modo de pagamento de assistência social), ou a uma combinação entre elas. A OIT, no que se refere à demissão por motivo justificado, estabelece que o motivo, apresentado pelo empregador, deve ser de forma transparente, cabendo ao trabalhador o direito de recorrer a um organismo neutro ou à Justiça, com a possibilidade de obter indenização específica ou readmissão obrigatória.

Esta forma singular de garantia de emprego em afronta a atos abusivos do empregador, dá à Recomendação 119 um caráter de estabilidade relativa¹⁴.

Os efeitos positivos da Recomendação 119, relativos principalmente a despedidas mediante causa justificada, foram sentidos com a consagração desse princípio nas legislações de vários países. A avaliação desses efeitos fez com que a OIT adotasse, em 22 de junho de 1982, a Convenção sobre *“la terminación de la relación de trabajo”* (Convenção 158) e uma nova *“Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo”* (Recomendação 166).

A Convenção 158 trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, prevendo que este não poderá dispensar o empregado sem que haja uma causa relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (art. 4º), como por motivo econômico, técnico, disciplinar, financeiro etc. Foi a referida norma internacional complementada pela Recomendação nº. 166, de 1982, na qual são previstas diversas regras, como sobre a conveniência da adoção de medidas para evitar as dispensas e participação da autoridade competente para tentar conseguir as soluções.

Estes dois documentos constituem a base das posições atuais da OIT. Dois artigos da Convenção 158 merecem destaque:

¹⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentário à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 72.

Artigo 4º

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Artigo 12º

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

a) a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre outras coisas, do tempo de serviço e do valor do salário, pagos diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregados; ou

b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou

c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

2. Quando o trabalhador não reunir as condições de qualificação para ter direito aos benefícios de um seguro desemprego ou de assistência aos desempregados em virtude de um sistema de alcance geral, não será exigível o pagamento das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a), do presente artigo, pelo único fato do trabalhador não receber benefício de desemprego em virtude do item b) do parágrafo mencionado.

3. No caso de término devido a falta grave, poder-se-á prever a perda do direito a desfrutar das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a), do presente artigo pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

Com relação ao artigo 4º, a OIT definiu que não pode ser alegada justa causa em demissões determinadas¹⁵ por representação sindical, opções religiosas e questões étnicas, entre outros. Não há, porém, definições precisas sobre causas de demissão relacionadas com necessidades do funcionamento da empresa. Aparecem em geral definições muito abrangentes, embora sempre com a ressalva de que não devem estar referidas à pessoa do trabalhador, às suas competências ou conduta. Segundo o mesmo documento, os requerimentos de comprovação variam muito entre os países (art. 3º).

¹⁵ “Os artigos 5º e 6º enumeram algumas causas que não podem ser consideradas justificadas, entre as quais a participação em atividades sindicais, a apresentação de queixas contra o empregador, a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a nacionalidade ou a origem social e as faltas ao trabalho por motivo de maternidade, enfermidade ou lesão.” GRECO, Leonardo. *Ensaio sobre a proteção contra a Despedida Imotivada no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Ed. da UGF. p. 9.

A OIT recomenda claramente, porém, que a dispensa injustificada não deve ser uma prerrogativa livre do empregador, devendo este estar sempre obrigado a apresentar justificativas para a demissão. O trabalhador deve ter direito de recurso (art.8º) a um órgão judicial ou de arbitragem, tendo também o direito de pleitear sua reintegração se os motivos de demissão não forem considerados válidos (art. 10). Caso a readmissão seja considerada indesejável ou impossível, por motivos de ordem econômica ou de necessidade gerencial da empresa, pode ser substituída por indenização específica.

Quanto ao artigo 12º, a OIT recomenda a convivência dos três sistemas de proteção (aviso prévio, indenização por demissão e seguro-desemprego).

Os prazos do aviso prévio variam muito entre os países. Em geral há critérios de tempo de trabalho, idade ou outros. Em muitos países há a possibilidade de trocar o direito ao período de aviso prévio por indenização compensatória e em alguns há a possibilidade de o trabalhador exigir a troca por essa indenização, se for do seu interesse.

Segundo a OIT são de quatro tipos as razões válidas para despedida dos empregados encontrada na maioria dos países¹⁶:

I – relacionada à conduta do trabalhador, envolvendo falta ou indisciplina deste;

II – relativa à capacidade do trabalhador no que se refere à sua desqualificação ou incapacidade;

III – atinente à ausência ou incapacidade do trabalhador provocada por enfermidade ou acidente; ou

IV – determinada por motivos de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou similar.

Em relação às normas legais de outros países, o sistema do FGTS quanto ao montante da indenização, é um múltiplo do salário médio anterior à demissão e do tempo de serviço na empresa (em torno de um salário mensal por ano trabalhado), e também quanto à atribuição do encargo ao empregador. Na maioria dos países, porém, a exemplo do que ocorria no Brasil antes do FGTS, o provisionamento dos recursos é feito livremente pelo empregador (Alemanha, França, Itália). Nos casos em que existe um fundo ou outra forma de cotização compulsória (Chile e Espanha), não existe destinação obrigatória dos recursos para

¹⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. V 1, 21. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 697.

algum tipo de atividade econômica ou programa social. Na maior parte dos casos o direito à indenização passa a existir depois de um período de “experiência”, variando de poucos meses até dois anos, com uma tendência ao alargamento desse prazo¹⁷.

Em um número considerável de países, esses dispositivos fazem parte de uma legislação nacional única (um código ou lei do trabalho), enquanto em outros, prevalecem as regras estabelecidas nos contratos coletivos, as quais valem apenas para os trabalhadores envolvidos, como nos Estados Unidos. Nesse país, porém, o direito consuetudinário (*common law*) tem assegurado na jurisprudência a defesa legal do trabalhador diante de determinadas situações, inclusive no que se refere ao requerimento de indenizações e de comprovação de causa justificada para a demissão, apesar de não haver legislação clara a respeito.

Há dificuldades consideráveis para se desenvolver uma comparação das regras do FGTS e da legislação brasileira com as que vigoram em outros países. Não estão disponíveis quadros-síntese ou resumos das regras vigentes para um número grande de países.

Não tem a OIT uma convenção ou recomendação específica sobre a constituição de um fundo para garantir o tempo de serviço do empregado. O que a Convenção nº. 158 da OIT faz é remeter à legislação e à prática nacionais a possibilidade da instituição de um sistema de indenização ou constituição de um fundo para reparar a dispensa do empregado.

Leonardo Greco¹⁸ assinala que, mesmo tendo sido a Convenção 158 votada em concordância e reproduzido o nível de adiantamento igualitário obtido por vários países, o seu índice de ratificações é pequeno.

O Brasil aprovou a Convenção nº. 158 da OIT por meio do Decreto Legislativo nº. 68, de 16-09-92 e foi promulgada pelo Decreto nº. 1.855, de 10-4-96. Denunciou a mesma Convenção pelo Decreto nº. 2.100, de 20-12-96, tendo sido a denúncia registrada em 20-11-96, e deixado de ser aplicada a partir de 20-11-97¹⁹.

¹⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. cit. p. 698.

¹⁸ “Parece que as exigências de reconversão industrial e de flexibilização do mercado de trabalho verificadas na década seguinte, reagiram contra a ratificação da Convenção 158 e que os países interessados em estimular investimentos estrangeiros e manter satisfatórios os níveis de ocupação da mão-de-obra pressentiram que a Convenção criaria um desestímulo à criação de novos empregos e reduziria a capacidade de modernização empresarial. Assim, até janeiro de 1991 somente três países da Europa Ocidental (França, Suécia e Espanha) e um do Continente Americano (Venezuela), haviam ratificado a mencionada Convenção Internacional”. GRECO, Leonardo. *Ensaio sobre a proteção contra a Despedida Imotivada no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Ed. da UGF. p. 11.

¹⁹ Sobre denúncia da Convenção 158 ver item 3.1.2 deste estudo.

A OIT, em estudo feito por uma comissão própria, assinala o *princípio da justificação* como forma de fundamentar o desfecho da terminação da relação de trabalho.

A legislação em matéria de terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador modificou-se radicalmente em muitos países. Deixou de constituir-se, essencialmente, em regras sobre períodos de pré-aviso e indenizações por despedida e sobre as condições em que não são devidos, passando o requisito de justificação por parte do empregador a corresponder ao centro jurídico das análises de decisões dos tribunais, principalmente como consequência do freqüente recurso à sua proteção, por parte dos trabalhadores que estimam ter perdido o emprego sem motivo justificado. Assim, pois, o *princípio da justificação* se converteu em fundamento de muitos países sobre a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador²⁰.

Com o propósito de assegurar a relação de emprego ou de imprimir mecanismos obstativos às despedidas imotivadas, Sussekind entrevê a “nulidade da despedida arbitrária como uma tendência do direito comparado”²¹.

3.1.1. A Denúncia da Convenção 158 pelo governo brasileiro

O governo brasileiro ratificou a Convenção 158 e a denunciou em 20 de dezembro de 1996, sob a alegação da existência de inconstitucionalidade formal. A leitura conjunta do artigo 4º da Convenção 158 e do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, revela que a matéria objeto do primeiro é análoga a do segundo. Veja-se a transcrição de ambos os dispositivos para efeito de comparação:

Artigo 4º

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço

Artigo 7º

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

²⁰ Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, “Informe III, Parte 4-B”, da 59ª. Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, 1995, pág. 7.

²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. et al *Instituições de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 693.

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

O artigo 7º, inciso I, supra citado, versa a respeito da despedida arbitrária ou sem justa causa, e ambas as modalidades de dispensas são por iniciativa do empregador, sendo que a primeira ocorre sem se basear em motivos econômicos, financeiros, técnicos da empresa ou disciplinares, enquanto que a dispensa sem justa causa está desamparada de fundamentação legal. Porém, tanto a despedida arbitrária quanto a sem justa causa são dispensas injustificadas.

O artigo 4º da Convenção 158 também estabelece que somente será extinta a relação de trabalho se houver causa justificada. Interpreta-se no sentido da proteção da relação do trabalho, compreendendo o emprego, contra dispensa injustificada, nela incluídas as despedidas arbitrária e sem justa causa.

A justificativa para a denúncia se assenta na inconstitucionalidade formal da Convenção 158, posto que a matéria disposta no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal deve ser regulamentada por lei complementar²².

Tendo em vista o princípio da supremacia constitucional, uma convenção, por ter status de lei ordinária, não pode regulamentar matéria reservada à lei complementar e, por esta razão, o Brasil denunciou a Convenção 158 haja vista a patente inconstitucionalidade formal. Esta tese foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn²³ 1.480/DF, em sede de medida liminar (rel. Min. Celso de Mello, em 04 de setembro de 1997).

Ademais, a Convenção 158, em seu artigo 10º, versa sobre a possibilidade de reintegração do trabalho que foi dispensado injustificadamente. Tal posicionamento revela tema que vai ao encontro da Constituição Federal brasileira, posto que a reintegração, excepcionalmente, é prevista para os temporariamente estáveis quando, após inquérito administrativo ficar demonstrada a inexistência de falta grave do empregado. Em outras

²² MALLET, Estevão. A Convenção 158 em face do Direito Brasileiro. *Trabalho & Doutrina Processo e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, n. 1. 1996, p.14.

²³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480. Julgada em 26 de junho de 2001 – [...] “Vê-se, portanto, que a convenção nº 158/OIT não mais se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro, eis que, com a denúncia, deixou de existir o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos estatais - Decreto Legislativo 68/92 e 1855/96 - questionados nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade, não mais se justificando, por isso mesmo, a subsistência deste processo de fiscalização abstrata, independentemente da existência, ou não, no caso, de efeitos residuais concretos gerados por aquelas espécies normativas. [...] Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, julgo extinto este processo de controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da perda superveniente de seu objeto”. Publicada no DJ de 08 de agosto de 2001.

circunstâncias, a reintegração é vedada. Inclusive a indenização compensatória proíbe indiretamente a possibilidade de reintegração ao emprego. E essa disposição contida no inciso I, artigo 7,º da Constituição é inalterável e insubstituível por outra forma de reparação.

Sendo este o entendimento prevalecente, resta esperar que sejam aproveitadas as normas previstas na Convenção 158 na futura lei complementar que, um dia, será promulgada, a fim de regulamentar o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal. Enquanto isso não acontece, ficará valendo a regra provisória do artigo 10, inciso I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em contrapartida, existem alguns doutrinadores que acreditam ser a Convenção 158 constitucionalmente formal como Amauri Mascaro do Nascimento²⁴, Cássio de Mesquita Barros Júnior e José Alberto Couto Maciel²⁵.

A matéria sobre a validade da denúncia, apesar de encerrada, é sempre controversa. Esse é o entendimento de Arion Sayão Romita²⁶, que também considera ineficientes os argumentos que sustentam a invalidade da denúncia.

3.2 - A legislação internacional e a proteção do emprego

Este item ocupa-se de verificar como procede a legislação de países como: Alemanha, Itália, França, Espanha, Portugal, Holanda, Suíça, Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, México, Chile e Uruguai, em relação ao sistema de proteção contra dispensa de empregado²⁷.

²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Reflexos da Convenção 158 da OIT sobre as dispensas individuais Trabalho & doutrina processo e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1996. n. 1, p.6.

²⁵ MACIEL, José Alberto Couto. *Vigência da Convenção 158 da OIT. Trabalho & doutrina processo e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1996 n. 1, p. 23.

²⁶ “Em resumo e em conclusão: a denúncia da Convenção n. 158, tornada pública pelo Decreto n. 2.100, de 20.12.1996, constitui medida de natureza *política*, a respeito do qual o Poder Judiciário, acaso provocado (CF, art. 5º, XXXV), deveria manter prudente comedimento. De acordo com a prática internacional generalizada e segundo reiterada experiência brasileira, essa denúncia não atenta contra qualquer preceito constitucional. Em consequência, não pode ser validamente acoimada de ineficaz”. ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003. pp. 469-475.

²⁷ Dos países mencionados, ratificaram a Convenção 158: França em 1989, Espanha em 1985 e Portugal em 1995. Além destes, mais 31 países ratificaram essa Convenção.

3.2.1 - Alemanha

A reforma legislativa alemã de 1951 (lei de proteção contra o despedimento) instituiu que, antes que se verifiquem outras circunstâncias, “só é lícita uma *despedida socialmente justificada*”. Cuida da extinção do contrato de trabalho o Código Civil (BGB) e a Lei de Proteção contra a despedida no emprego de 25 de agosto de 1969.

Roberto Brás²⁸ acentua que “define a lei como *despedida socialmente injustificada* aquela para o qual não há motivo justificado, que não vem nem condicionada pela pessoa, nem pela conduta do trabalhador, nem por necessidades imperiosas da empresa”.

Este princípio ampara a nulidade da despedida arbitrária.

A justaposição desse princípio atinge empregados com um mínimo de seis meses de prestação de serviços contínuos a um mesmo patrão, com idade mínima de 20 anos. Ainda assim, o empregador poderá por termo ao vínculo de emprego sob a forma de aviso prévio ou se sobrevier justa causa. Ato este que poderá ser anulado pelo tribunal competente, por suscitação do empregado a quem é dado o direito de fazê-lo em até 03 semanas. Caso o pedido defira a favor da nulidade do ato, amparada pelo princípio de que a despedida é inválida se não for *socialmente justificada*, dar-se-á a reintegração do trabalhador, sendo que este poderá, ainda, receber uma indenização²⁹ em lugar da reintegração. Também ao empregador, é lícito solicitar que a reintegração se converta em indenização em situações previstas pela legislação.

Conforme Leonardo Greco³⁰, este princípio não se sobrepõe à empresa com um número máximo de cinco empregados, aos empregados ocupantes de cargos diretivos, aos empregados com tempo inferior a seis meses de serviço na empresa e às demissões ocasionadas por uma lide entre empregado e empregador. E mais, nas empresas com um número superior a 20 empregados existe um *Comité de Empresa* com a finalidade de ser

²⁸ MACEDO, Roberto Brás Matos; CHAHAD, José Paulo Z. *FGTS e Rotatividade*. São Paulo: Nobel, 1985. p. 24

²⁹ “Se apesar da procedência da reclamação o tribunal entender ter desaparecido o espírito de cooperação entre empresário e empregado, poderá se substituir a reintegração por indenização não excedente a 12 vezes os ganhos mensais do trabalhador, que pode ser elevada até 18 vezes se o trabalhador tem mais de 55 anos de idade e 20 de serviço à empresa. Estes limites são máximos, mas os tribunais alemães em geral arbitram a indenização à razão de um mês de salário por cada dois anos de antiguidade”. GRECO, Leonardo. *Ensaio sobre a proteção contra a Despedida Imotivada no Direito Comparado*. Op. cit., p. 13:

³⁰ GRECO, Leonardo. *Ensaio sobre a proteção contra a Despedida Imotivada no Direito Comparado*. Op. cit. p. 13.

informada antes da demissão do empregado, tendo esta o poder de manifestar sua oposição, motivadamente, no prazo de uma semana, em cuja omissão se assenta a aceitação.

Ainda sob o enfoque do mesmo autor, em empresas com mais de 20 empregados existem regras sobre demissões coletivas³¹.

De certa forma, existe uma estabilidade de emprego, adquirida após um período de experiência, que só admite a dispensa do empregado caso o empregador comprove razões econômicas ou sociais justificadas. Em caso de dispensa de empregado com mais de 55 anos de idade, este tem direito ao recebimento de um salário por ano de serviço, que será de até 18 salários.

Em resumo, não há compatibilidade com o atual sistema brasileiro.

3.2.2 - Itália

A Itália regulou o despedimento justificado e a justa causa em 15 de julho de 1966, pela Lei nº 604. Considerou-se desnecessária tal justificação para empresas com um máximo de 35 empregados, os trabalhadores com direito a pensão por velhice ou com mais 65 anos de idade, os trabalhadores no exercício de cargo de confiança³². As razões que deram causa à dispensa do empregado devem ser a este informada por escrito, sendo consideradas nulas as relativas a aspectos políticos, sindicais ou religiosos. Por essa lei, a reintegração do empregado à empresa não poderia ser forçada pela justiça.

Já a Lei nº 300 de 30 de maio de 1970 (Statuto dei Lavoratori), inseriu neste país o regime da estabilidade no emprego. O artigo 18 deste diploma conferiu ao magistrado o poder de anulação de qualquer dispensa sem motivo que a justifique, com a possibilidade de reintegração do empregado ou pagamento total dos salários a partir do desligamento deste. Verifica-se que o sistema italiano permite a dispensa do empregado por justa causa ou por motivo justificado. No período de 60 dias o empregado pode pleitear junto ao Tribunal a sua reintegração, que será acatada em caso de dispensa injusta.

³¹ Sobre a regra da dispensa considerada como coletiva, ver Leonardo Greco, *Ensaio sobre a proteção contra a Despedida Inmotivada no Direito Comparado*. Op. cit., p. 14.

³² “A justa causa passou a englobar, a critério da jurisprudência, qualquer inadimplemento de obrigações contratuais, por culpa do trabalhador. Já o motivo justificado é a causa objetiva, que independe da culpa do empregado, necessária à sobrevivência ou ao progresso da empresa, por razões inerentes à atividade produtiva, à

No entanto, a lei nº. 108 de 1990 permitiu que o empregado pleiteasse do empregador a conversão da reintegração em indenização pecuniária no valor de quinze salários.

3.2.3 - Espanha

A Lei nº 16 de 8 de abril de 1976, em seu artigo 31, instituiu na Espanha o Fundo de Garantia Salarial. Atualmente, o sistema de proteção ao emprego fica a cargo do Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março, que veio aprovar o texto refundido da Lei do Estatuto dos Trabalhadores. O artigo 49 do Real Decreto Legislativo autoriza os despedimentos coletivos desde que fundamentado em motivos econômicos, técnicos ou organizacionais da empresa³³. Ou ainda a despesa fica sujeita à motivação que a justifique: razões objetivas³⁴, força maior ou razões de origem tecnológica ou econômica ou por motivos disciplinares (art. 54).

O Fundo de Garantia espanhol tem seu funcionamento sustentado por contribuições dos empregadores, fixadas pelo Executivo ao molde da estabelecida para a Seguridade Social. Não há verdadeiramente uma contribuição depositada em conta individualizada de cada trabalhador.

Em caso de despedida por motivos objetivos ou por motivos disciplinares, o empregado deve receber comunicação por escrito, constando as causas do despedimento, sendo assegurado ao mesmo uma indenização de 20 dias de trabalho por ano de serviço e um período de aviso prévio de 30 dias (art. 53). Pode a despedida ser declarada nula, caso o empregador não cumpra os requisitos estabelecidos. Neste caso o empregado será readmitido ao trabalho, sem prejuízo dos salários que deixou de receber (art. 55).

Pode a despedida ser declarada improcedente (art. 55, inc. 4). Neste caso o empregador, no prazo de 5 dias após a notificação da sentença, poderá optar entre a readmissão do empregado, com direito aos salários não recebidos a partir do momento da

organização do trabalho e regular funcionamento da empresa (art. 3º da Lei nº 604)”. Leonardo Greco, *Ensaio sobre a proteção contra a Despedida Imotivada no Direito Comparado*. Op. cit. pp. 17 e 18.

³³ O artigo 51 do real Decreto Legislativo determina as condições para o despedimento coletivo.

³⁴ Considera-se causas objetivas, Conforme artigo 52 desse mesmo decreto, a inadaptação do empregado às modificações técnicas operadas em seu posto de trabalho. Para tanto, é necessário que tenha transcorrido dois meses desde que se introduziu a modificação. A empresa deve oferecer curso de aperfeiçoamento para capacitar

notificação da despedida, até o pronunciamento da sentença ou até que o empregado esteja novamente trabalhando em outra empresa, se o evento se der antes da sentença. Em caso contrário, receberá do Fundo até um ano de salários, que terá como valor limite o máximo salarial de contribuição à Seguridade Social. Neste caso, terá ele direito a receber indenização na razão de 45 dias de salário por ano de serviço, com o limite de até 42 salários (art. 56).

3.2.4 - Holanda

A legislação deste país prevê os motivos que determinam a supressão do contrato de trabalho. O aviso prévio pode ser de até seis meses conforme a causa da despedida.

A dispensa do empregado na Holanda deve seguir o procedimento formal descrito na lei e motivada por justificativa. Caso ocorra de modo diverso, caberá ao juiz o poder de decretar que o empregador indenize o empregado.

3.2.5 – França

A Lei nº. 680, de 13 de julho de 1973, trouxe a obrigatoriedade da justificação do despedimento ao Direito trabalhista francês. Segundo o Código do Trabalho, art.L.122-14-3, que define o despedimento individual do empregado por razões pessoais, estas devem ser legítimas. Para a aplicabilidade desse regime, devem as empresas possuir um mínimo de 11 empregados e estes terem pelo menos um ano de tempo de serviços prestados. As razões que determinaram a dispensa devem ser informadas ao trabalhador. O *Comité de Empresa*, com atribuição de ser ouvido, está presente em empresas com mais de 50 empregados. Para o exame da legitimidade da demissão, poderá ser acionado o Tribunal do Trabalho, que, em caso de nulidade ou de não procederem as razões apresentadas, o trabalhador será reintegrado à empresa se as partes estiverem de acordo. Se não houver aceitação por parte do empregador, a reintegração transforma-se em indenização de no mínimo 6 meses de salário.

O aviso prévio varia por um período de um mês para empregados entre 6 meses e 2 anos de serviço, e dois meses para empregados acima de 2 anos de serviço.

o empregado para a adaptação requerida, ficando o contrato suspenso durante este período, sem prejuízo da remuneração com base no salário médio a que tem direito o empregado.

Em 3 de janeiro de 1975, a Lei nº 5 regulou as demissões fundadas em razões econômicas³⁵ da empresa, abarcando também as demissões por motivos pessoais³⁶ e as coletivas.

3.2.6 - Suíça

Há plena liberdade na dispensa do empregado, considerando o prazo estipulado para que o empregador anuncie o aviso prévio. Pode, no entanto, o empregado recorrer à Justiça do Trabalho em até seis meses após ter sido dispensado, para provar dispensa injustificada, sendo que a indenização nesses casos fica a critério do juiz.

3.2.7 – Portugal

A Constituição portuguesa garante ao trabalhador o impedimento de demissões sem motivo justo ou por motivos políticos ou ideológicos³⁷. A Lei nº 99/2003 de 27 de agosto que aprovou o Código do Trabalho, também revogou o Decreto-Lei nº. 64-A de 27 de fevereiro de 1989, que tratava do regime de cessação do contrato de trabalho.

O artigo 382 do Código do Trabalho proíbe os despedimentos sem justa causa ou por motivos ideológicos ou políticos. Possibilita o despedimento por extinção de postos de trabalho, desde que fundados em motivos econômicos relativos à empresa (art. 402). Em razão de ação considerada grave, praticada pelo empregado, que dificulte sobremaneira a continuidade da relação empregatícia, possibilita ao empregador romper esta relação. É de se considerar que o empregador deverá provar as razões alegadas como motivo justo para o despedimento do empregado, cuja precedência ou nulidade é apreciada judicialmente (art. 411).

³⁵ “O procedimento da despedida por motivos econômicos, de modo geral, é o seguinte: a) informação e consulta ao comitê de empresa; b) entrevista prévia e obrigatória do empregado com o empregador; c) autorização da administração pública depois de constatar a veracidade da alegação da empresa”. SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentário à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995 p. 74.

³⁶ “A indenização nos casos de despedida por motivos pessoais é de 20 horas de salário por ano de serviço”. SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.74.

³⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.75.

O artigo 429 do mesmo diploma considera ilícito o despedimento que não tenha sido precedido do respectivo procedimento; ou se fundado em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ou ainda os que tiverem os motivos justificativos invocados para os despedimentos declarados improcedentes. Caso seja o despedimento declarado ilícito, o empregador é condenado a indenizar o trabalhador por todos os danos patrimoniais e não patrimoniais causados e a reintegrá-lo no seu posto de trabalho sem prejuízo da sua categoria e antiguidade (art. 436).

Uma vez considerada a despedida improcedente, tem o trabalhador direito ao recebimento dos salários a partir de seu desligamento (art. 437) até o instante em que a sentença lhe confira a reintegração ao trabalho (art. 438). Esta reintegração pode ser convertida em indenização pecuniária a requerimento do trabalhador, cabendo ao tribunal fixar o montante, entre 15 e 45 dias de retribuição base (art. 439).

A lei portuguesa considera, também, como motivo que justifique a despedida do trabalhador, a extinção de postos de trabalho (art. 402) por razões previstas na legislação, o que poderá acarretar despedidas de carácter coletivo (art.397).

3.2.8 - Inglaterra

A legislação trabalhista britânica encontra amparo na Lei de Proteção ao Empregado instituída em 1975. Segundo este documento, é razoável a dispensa do empregado em circunstâncias que envolvam assuntos de ordem financeira ou técnica, ou ainda em razão de má conduta deste.

Em qualquer das circunstâncias, pode o empregado exigir que o judiciário examine a veracidade das razões apresentadas pelo empregador para dispensar o empregado. Declarada a improcedência, tem o empregado o direito de ser reintegrado ao trabalho com recebimento de todos os salários retroativos à data da dispensa. Em contrapartida, o empregador por sua vez poderá se opor à reintegração, desde que indenize o empregado no valor equivalente a duas semanas de salários, somados a uma indenização compensatória de cerca de 4 semanas de

salário. Existe ainda, neste caso, a possibilidade de uma terceira indenização, constituída pelo judiciário, no valor estimável entre 13 a 26 semanas de salários³⁸.

3.2.9 - Estados Unidos

O sistema norte-americano delega aos estados federados o poder de regulamentar distintamente as regras trabalhistas, obedecida a regulamentação federal. É interessante ressaltar que nem a legislação federal ou as estaduais asseguram a estabilidade no emprego. As verdadeiras regras de proteção ao emprego são produzidas pelos sindicatos³⁹.

O sistema norte-americano de proteção a dispensa de trabalhador em casos de recessão ou por motivos econômicos, considera o tempo de serviço como determinante para o critério de escolha. O direito de antiguidade, *seniority*, privilegia os trabalhadores em casos de demissões e admissões; os empregados com menor tempo de serviço são os primeiros a serem demitidos. Fatores como aptidão física, qualificação, conhecimento e desempenho no trabalho, só contam como critério de demissão em caráter secundário. Nas hipóteses em que o empregador incorrer em práticas consideradas desleais nas relações de trabalho, a Junta Nacional de Relações de Trabalho tem o poder de determinar que o empregado seja reintegrado ao trabalho.

3.2.10. México

O art. 123, inciso XXII da Constituição mexicana dispõe: “O patrão que despedir um trabalhador sem causa justificada, ou por haver ingressado numa associação ou sindicato, ou por haver tomado parte numa greve lícita, ficará obrigado, à escolha do trabalhador, a cumprir o contrato ou a indenizá-lo com a importância de 3 meses de salário”.

³⁸ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentário à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 76.

³⁹ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.77.

3.2.11. Uruguai

É a Lei nº 14.188, de 5 de abril de 1974, o diploma que assegura indenização até o limite máximo de seis salários para os empregados em qualquer despedimento injustificado.

3.2.12. Chile

O Chile possui um sistema de proteção ao trabalhador chamado Fundo Econômico, instituído em 1925, posteriormente alterado pela Lei nº 6.020, de 1937, caracterizado por depósitos compulsórios feitos pelos empregadores com o propósito indenizatório a empregados demitidos, excetuados desse benefício às categorias de trabalhadores braçais, industriais e transportes.

As indenizações, nos casos devidos, são feitas pelo Fundo⁴⁰, sendo esse sustentado por depósitos realizados por todos os empregadores em uma conta coletiva, com o fim meramente indenizatório, o que distancia esse instituto do brasileiro, já que o FGTS além ser constituído por depósitos individualizados, encontra-se comprometido com o programa habitacional.

Segundo Saad, em caso de dispensa arbitrária, o fundo é quem arca com as conseqüências, pagando ao empregado⁴¹.

3.2.13 - Bélgica

A Lei belga de 3 de março de 1978 determina que circunstâncias como: vencido o tempo determinado, concluída a atividade objeto do trabalho, falecimento do empregado ou caso de força maior são suficientes para o término do contrato de trabalho.

⁴⁰ “É um sistema coletivo, pois a indenização é devida pelo Fundo, e não por um depósito isolado”. MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 36.

⁴¹ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p. 77.

Não há nenhum tipo de indenização pela perda do trabalho, mas sim uma obrigação do empregador de, em caso de dispensa, de fornecer aviso prévio ao empregado 03 (três) meses antes. Os meses de aviso prévio que antecedem a dispensa do empregado seguem uma progressão aritmética de razão três, conforme tenha o empregado mais de 05 (cinco), 10 (dez) ou mais anos de serviços prestados à mesma empresa. Ao que parece, o aviso prévio é o meio de que dispõe o direito belga para obstar a despedida do trabalhador.

3.3. Os sistemas internacionais de proteção ao emprego e o FGTS

Ementa-se os comentários a respeito da legislação internacional sobre o sistema de “proteção ao emprego”, circunscrevendo-os sob os comentários de Eduardo Gabriel Saad⁴²:

O direito comparado, ou o estudo comparativo de sistemas jurídicos, é de extrema utilidade quando e onde se conjugarem, harmoniosamente, os fatores propícios à unificação do direito, fatores que não respeitam as fronteiras dos estados nacionais. No mundo moderno, é perceptível, aos olhos de qualquer um, a forte tendência à uniformização internacional do regramento jurídico do trabalho subordinado. São cada vez mais semelhantes, entre si, as condições de trabalho em todos os países, graças à adoção das mesmas máquinas ou dos mesmos processos de produção. Nessa ótica, temos de proclamar a relevância que o papel da Organização Internacional do Trabalho representa na crescente universalização do direito do trabalho.

Na Alemanha existe certa estabilidade no emprego proporcionada pelo respeito ao princípio de que a despedida é válida se for *socialmente justificada*, o que determina a reintegração do trabalhador ou indenização equivalente.

O Fundo espanhol de amparo ao trabalhador despedido é mantido com contribuições das empresas, e sua única objetividade é oferecer recursos financeiros a quem é lançado na inatividade forçada, seja por dispensa ou por falência da empresa. A base de cálculo da contribuição é fixada com base no teto máximo da Previdência, determinando limites aos valores que o empregado tem a receber do Fundo a título de indenização. O despedimento fica sujeito à motivação justificada, podendo o empregado pleitear judicialmente a anulação deste.

⁴² SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p. 71.

Deferida a anulação, o empregador poderá optar pela reintegração do empregado ou indenizá-lo.

Na Itália vige a estabilidade no emprego, onde a dispensa do empregado só é permitida se for verificada a justa causa ou por motivo justificado, tendo o judiciário a competência de anular a dispensa sem motivo justificado, possibilitando a reintegração do empregado ou sua conversão em indenização.

A obrigatoriedade da justificação do despedimento é uma característica do direito trabalhista francês. Pode ser acionado o Tribunal do Trabalho, para que se verifique a nulidade ou a improcedência das razões apresentadas e apontar para a reintegração do trabalhador se as partes concordarem, ou a conversão em indenização. São lícitas também as demissões por razões econômicas da empresa ou por motivos pessoais. Os sindicatos na França são os principais responsáveis pelo surgimento de mecanismos mais rígidos de impedimento e amparo ao trabalhador em casos de despedidas abusivas.

A lei holandesa parece oferecer poucas barreiras que limitam o direito do empregador na despedida do empregado.

De todas as legislações de amparo ao trabalhador despedido, a chilena guarda uma maior semelhança com a Lei do FGTS. O Fundo Econômico é caracterizado por depósitos compulsórios feitos pelos empregadores com o propósito indenizatório a empregados demitidos. Muito embora, o Fundo chileno não garanta estabilidade aos dirigentes sindicais e nem tenha finalidade de atendimento a programas sociais e ainda exclua algumas categorias profissionais.

A apreciação das legislações revela que, na perspectiva de obstar as dispensas injustificadas dos empregados, os mecanismos mais comuns são a obrigatoriedade de justificativa para a demissão, o tempo prolongado de aviso prévio, antecedido ainda por notificação cogente da dispensa aos organismos competentes e, na quase totalidade, a obrigação de indenizar o trabalhador pelo tempo de serviço.

A legislação trabalhista de boa parte desses países adota uma postura mais flexível, capaz de adaptar-se às especialidades das diversas empresas (conforme o ramo de atividade, o porte, etc.) e as regiões onde estas se encontram. As normas, ao abrirem espaço para negociações entre a empresa e classe trabalhadora, parecem estar dispostas de forma a acomodar as modificações e oscilações econômicas.

Junta-se a essas medidas, a eficácia de sindicatos mais ativos, e menos subservientes aos interesses políticos dos Estados. Sindicalismos plurais, ao contrário do Brasil, e dotados de uma “liberdade genuína”, como verifica Saad⁴³, que em países como Itália, Inglaterra e Estados Unidos, “os sindicatos são atuantes de verdade, empenham-se na defesa de regalias e vantagens concedidas aos trabalhadores, principalmente, pelos pactos coletivos”.

Como ensina Sussekind, a atual tendência do direito comparado, em parcela significativa dos países, é a “nulidade da despedida arbitrária”, visto que a estabilidade no emprego vem se consolidando a partir de prazos menores, mas porém abrindo possibilidades para que razões de ordem técnica ou financeira possam também ser determinantes para a dispensa do empregado.

Se de um lado encurta-se o prazo para a aquisição de um direito, qual seja a estabilidade, de outro, não a torna tão inflexível ao ponto de não curvar-se as especificidades e transtornos pelos quais podem passar as empresas.

Pode-se dizer que a justificação da despedida por iniciativa do empregador tornou-se nas últimas décadas um princípio nas legislações de vários países. A inobservância desse princípio tem culminado em uma concessão ao empregado, de recursos a tribunais para análise de despedida arbitrária ou imotivada, que deságua na reintegração do empregado ou na conversão desta numa indenização como forma de reparação.

A partir da legislação alemã de amparo ao trabalhador, de 1951, em que “só é lícita uma despedida socialmente justificada”, sendo este mesmo princípio adotado pela Recomendação 119 da OIT em 1963, referendados pela Convenção 158 e Recomendação 166, diversos países assumiram posicionamentos legislativos neste mesmo sentido.

O que se verifica entre as legislações em apreciação, são posicionamentos que determinam a justificação da despedida com possibilidade de recurso por parte do empregado despedido. A continuidade da relação de trabalho é impressa como forma de reparação em caso de despedida injustificada, delegando quase sempre aos tribunais a anulação da despedida e/ou a determinação da reintegração, com a possibilidade de escolha entre reintegração ou indenização pelo trabalhador, ou ainda delegam aos tribunais competentes estipular o quantum indenizatório.

⁴³ “De 1930 a esta parte, no Brasil, as normas cogentes de Direito do Trabalho cresceram desmensuradamente, Implantou-se o sindicalismo único atado à estrutura estatal e concedeu-se, decorrentemente, o monopólio de representação dos trabalhadores”. SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentário à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 79.

Faz-se necessário assinalar o quão o instituto do FGTS é quase que uma exclusividade do Direito pátrio, visto que não se constata similaridade entre esse sistema e os sistemas eleitos pelas legislações internacionais, e quando se constata não se pode dizer que tenha a mesma característica do instituto brasileiro.

4 REFLEXÃO SOBRE O SISTEMA DE PROTEÇÃO DO EMPREGO

Há menos de um século, o Estado brasileiro vem imprimindo “esforços” na procura de instaurar uma melhora no quadro de regulamentação de direitos dos trabalhadores.

No início do século XX, parcela considerável dos trabalhadores nas capitais brasileiras era estrangeira⁴⁴. Fato importante a ser considerado, quando se questiona a grande dificuldade ou a demora em se iniciar uma peleja por reivindicações que atendam mais dignamente o proletariado desse país. O alto índice de trabalhadores imigrantes, dificultou em muito o período de manifestações com vistas à melhorias de condições de trabalho, salários e a regulamentação de direitos e garantias.

No século XIX, pouco se conquistou a respeito de leis reguladoras das atividades trabalhistas. A partir da Constituição de 1824, algumas leis surgiram nesse sentido. Como as reguladoras de serviços agrícolas em 1837, a concessão de férias aos funcionários públicos da Estrada de Ferro Central do Brasil em 1889, a permissão de greve pacífica em 1890, a regulação do horário e da idade mínima de 12 anos para o trabalhador menor em 1891, a aposentadoria aos funcionários públicos e montepio aos funcionários da Marinha em 1892, organização sindical rural para custeio e defesa da terra em 1903 e a concessão pelo governo mineiro de 8 horas de trabalho nas fábricas em 1912⁴⁵.

Durante algumas décadas antecedentes à República, o operariado já procurava alguma forma de organização político-trabalhista, tendo como marco a fundação do Partido Operário no Rio de Janeiro e em Fortaleza, em 1890. A fundação do Partido Socialista alavancou um período de atuação política e reivindicações de classes operárias.

⁴⁴ Sobre porcentagem de imigrantes operários no estado de São Paulo de 1901 a 1920, ver Vera Lúcia B. Ferrante, op. cit., pág. 36.

⁴⁵ FERRANTE, Vera Lúcia B. Op. cit., pp. 37 e 38.

O período de influência socialista sobre a classe operária, no início do século XX, não foi duradouro. O movimento operário carecia de atitudes, e foi encontrar na ideologia anarquista trazida de países da Europa, a forma anarco-sindicalista de associação espontânea, que tinha como característica acentuada a solidariedade entre a classe operária e o apoio recíproco.

Os sindicatos de organização operária nesse período (1906 a 1920), sob a influência da ideologia anarquista, usavam de greves e protestos nada pacifistas para afrontar as idéias opressoras do capitalismo da época. Em 1908 é organizada a Confederação Operária Brasileira, com ascendência do segmento anarquista defendendo o ideal de resistência ao patronato, a aversão econômica e a primazia de um sindicato unificado.

O operariado vivia uma situação de exploração⁴⁶ que afetava absolutamente as condições de vida da classe, principalmente no setor industrial. A situação exigia que a classe pressionasse no sentido da aquisição de certas reivindicações. As greves e manifestações do movimento operário clamavam por uma regulamentação urgente de direitos ao mesmo tempo em que combatiam a exploração do trabalho como um todo.

Das manifestações surgiram várias associações de classe operária, que requereram ao Congresso Nacional a promulgação de uma lei sobre sindicatos profissionais. Somente em 1907, pelo Decreto nº. 1.637, aperfeiçoa-se a primeira lei sindical, que dá abertura a todos os profissionais de se constituírem sob uma forma sindicalista que objetive o amparo e o desenvolvimento dos interesses da categorial ou do indivíduo.

A partir daí, em 1917 surgem os primeiros projetos para um Código do Trabalho, com propostas para Conselhos de Arbitragem, delimitação de 8 horas de trabalho para operários estatutários, industriais e na mineração, regulamentação das condições de trabalho da mulher, etc.

Eclode uma greve geral na cidade do Rio de Janeiro em 1918 e no mesmo ano é criado o Departamento Nacional do Trabalho com o propósito de tratar da legislação trabalhista, o que de plano foi inaplicável.

⁴⁶ Vera Lúcia B. Ferrante, op. cit., p. 45, aponta como problemas sofridos pelo operariado neste período: “Um sistema de trabalho precário, as conseqüências de um contínuo aumento do custo de vida não acompanhado pelo índice baixo dos salários, a instabilidade de emprego, o problema da moradia, a inexistência de uma assistência médico-hospitalar ou de qualquer medida preventiva contra acidentes de trabalho, a falta de uma garantia de indenização, a exploração na situação de trabalho e o nível salarial a que se sujeitavam as mulheres e os menores, a não fixação de um limite uniforme para a jornada de trabalho, a imposição de um regime rígido de disciplina e coerção que garantia aos empresários a maximização dos lucros, etc.”.

O período segue com aumento de movimentos grevistas que ganham novo fôlego após a vitória da revolução russa. A filiação do Estado brasileiro à OIT obriga o governo a dar repostas legislativas às questões trabalhistas, e em 1919, a Lei nº 3.724 passa a regular os acidentes de trabalho.

Sob a influência do partido comunista⁴⁷ em 1918, suas ideologias confrontam e enfraquecem os movimentos anarquistas. Os ideais comunistas incitam as reivindicações políticas pela classe operária por meio de movimentos grevistas que emergem em repúdio à grande exploração econômica. Como tática de abatimento dos movimentos, além da repressão policial, o governo determina a expulsão de anarquistas e estrangeiros.

Segue-se um período de greves, cujos alvos estavam mais voltados para o aprimoramento das condições de trabalho do que propriamente direcionados em oposição aos alicerces do sistema econômico da época. De maneira mais ou menos pressionada, as negociações privadas vão acontecendo e produzindo a regulamentação de determinados direitos trabalhistas.

Finalmente, em 1923 é instituída a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários (Lei Eloi Chaves, nº 4.682) e o Conselho nacional do Trabalho (Decreto nº 16.027). Em 1926, os benefícios da Lei Eloi Chaves foram estendidos aos portuários, e a Reforma Constitucional neste mesmo ano inova com a menção à legislação trabalhista.

Com a Revolução em 1930, a investidura da legislação na esfera social brasileira foi motivada ao ponto de se criar o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto nº 19.443/30). Nos anos que se seguem, uma série de medidas e regulamentações da legislação trabalhista acontece⁴⁸.

A partir da instituição do Estado Novo em 1937, a legislação trabalhista foi dotada com uma série de concessões sociais em que passou a ser livre a associação sindical e a

⁴⁷ Sobre a influência do partido comunista ver Vera Lúcia B. Ferrante, op. cit., pp. 55 a 59.

⁴⁸ Vera Lúcia B. Ferrante, op. cit., pp. 68 e 69, descreve as conquistas na legislação como conseqüências da Revolução de 1930: 1931 -Criação do Departamento Nacional do Trabalho; extensão dos serviços da Caixa de Aposentadoria e Pensões a empregados de serviços dados em concessão pública, nacionalização da marinha mercante, etc. 1932 – criação dos institutos de convenção coletiva de trabalho, igualdade de salário sem distinção de sexo, duração de 8 horas da jornada de trabalho no comércio e para industriários; Comissões Mistas de Conciliações; Carteiras Profissionais. 1933 – regulamentação da concessão de férias para comerciários, bancários e industriários; surgiram os primeiros Institutos de Previdência Social. 1934 – Instituto dos Marítimos, dos Bancários e Comerciários; a legislação do trabalho integra o texto constitucional de 1934, com a criação da Justiça do Trabalho e garantia de indenização ao trabalhador despedido sem justa causa. 1935 – extensão da estabilidade a todas as classes que ainda não gozavam de seus benefícios; regulação da rescisão do contrato de trabalho assegurando aos empregados da indústria e comércio uma indenização por despedida sem justa causa; instituição do salário mínimo.

instituição da unicidade sindical. Porém, o Estado aumenta consideravelmente o controle sobre os sindicatos, retirando a autonomia das associações profissionais e o direito de greve.

A Justiça do Trabalho é instalada pelo Decreto-Lei nº 1.237 em 1939, e, oficialmente, em todo país, em 1941, com o fim de restringir o excesso atentado por patrões quanto ao descumprimento das obrigações trabalhistas. Em 1943, é promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, imprimindo à classe operária um maior aparelhamento.

Este é o retrospecto do progresso legislativo trabalhista no período de mais de um século de pressão e luta da classe operária no Brasil. A instituição da CLT marcou um novo período na história do direito trabalhista, e veio, sob certos aspectos, camuflar os reais objetivos estatais de manutenção das relações de produção determinadas pelo desenvolvimento econômico do capitalismo⁴⁹. Ao mesmo tempo, o Estado, busca acatar as questões trabalhistas e as questões de ordem social no desígnio de impedir possíveis insatisfações das massas, conseguindo, assim, manter o seu projeto de expansão industrial.

Sem dúvida, as medidas sociais de amparo aos trabalhadores atendiam aos interesses das classes dominantes e principalmente do governo, que à medida que conquistava o apóio das massas, conseguia, também, uma maior interferência e manipulação das organizações profissionais do operariado.

Durante esse período de avanço no sistema de proteção social ao trabalhador, a lei da estabilidade, de 1923, estendeu-se durante a década de 30 às demais categorias profissionais, sendo sistematizada posteriormente pela CLT. A Consolidação das Leis do Trabalho surgiu, em maio de 1943, como concessão, produto de uma política que flexibiliza para assistir ao trabalhador. Com isso, o Estado pretendia de uma vez por todas formalizar as relações da classe trabalhadora com todas as esferas afins – ela própria, empregadores e governo – e principalmente, evitar conflitos que pudessem causar danos de ordem social e patrimonial.

Na contramão destes objetivos pretendidos com a instauração da CLT, surgiram argumentações de que “a legislação trabalhista teria prejudicado a industrialização brasileira, dependente do capitalismo internacional, na medida em que a sobrecarga de ônus trabalhista teria afugentado os capitais estrangeiros”⁵⁰. Até mesmo a economia nacional teria se ressentido com o aumento dos encargos trabalhistas impostos pela CLT, uma vez que a

⁴⁹ Sobre os efeitos políticos-ideológicos da CLT, ver Vera Lúcia B. Ferrante, op. cit., pp. 75 a 91.

⁵⁰ FERRANTE, Vera Lúcia B. Op. cit., p. 98.

elevação do custo da mão-de-obra acarretava a redução do nível de emprego, onde a consequência indireta seria o desestímulo do acúmulo de capitais.

Segundo Vera Lúcia Ferrante, apesar das críticas, a regulamentação da CLT trouxe efeitos político-sociais favoráveis. Durante o período de implantação da CLT e nos governos posteriores, o Brasil abriu-se ao capital estrangeiro, e para atrair estes investimentos era preciso baixar os gastos da produção à custa de uma reforma na legislação trabalhista.

A face desta nova política trabalhista tinha objetivos evidentes de impedir a classe operária de participar das decisões políticas, devolvendo esse controle à classe dominante. As consequências são sentidas no enfraquecimento da força sindical e no controle a lei de greve.

A reformulação da legislação trabalhista era medida cogente ao processo de internacionalização pelo qual atravessava o país na década de 60. Nesse panorama, o instituto da estabilidade mostrava-se incompatível com a proposta de modernização, uma vez que o vínculo permanente de emprego e os encargos fixos determinavam entraves à adequada utilização da mão-de-obra. Então, a regulamentação de um novo instituto em 1966, o FGTS, mostrava-se compatível com o momento e adequado à política de modernização do Estado⁵¹.

Antes de tratar da trajetória do FGTS, faz-se necessário um retrospecto do instituto da estabilidade como forma de garantia de emprego e o seu significado político.

4.1. A legislação trabalhista e a estabilidade

A Lei nº. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, Lei Eloi Chaves, deu origem à figura da estabilidade no emprego em que, “depois de dez anos de serviços efetivos, o empregado das empresas ferroviárias só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por engenheiros da Inspetoria e Fiscalização da Estrada de Ferro”.

A raiz do novo instituto estava assentada na proteção às leis previdenciárias, ou melhor, nas instituições de previdência social. Àquela época, o empregado que contribuísse para a aposentadoria, associando-se às Caixas de Previdência, ao ser demitido perdia direito

⁵¹ Vera Lúcia B. Ferrante, op. cit., p. 128, argumenta que “por trás do objetivo governamental de unicamente aperfeiçoar a legislação trabalhista, aparece a intenção de orientar os poderes político e econômico em direção contrária ao projeto nacionalista de desenvolvimento”.

às contribuições. Por essa razão o número de associações a essas Caixas era pequeno, fazendo-se necessário uma medida que solucionasse a questão. O trabalhador carecia, então, de ter uma garantia de continuidade no emprego para se associar com maior segurança às Caixas de Previdência.

A proliferação do regime de Caixas por empresas instituiu pequenos regimes de Previdência que tinham por inconveniente o número mínimo de segurados imprescindível ao funcionamento em bases securitárias. Sem contar com o amplo número de trabalhadores que permaneciam à margem do amparo previdenciário, por não ocuparem postos de trabalhos em empresas protegidas⁵².

A estabilidade dos ferroviários foi instituída, então, como forma de estabilização das finanças das Caixas de Aposentadoria e Pensões, por meio de descontos mensais da empresa, obrigatórios em folha de pagamento. Essa garantia foi assegurada após dez anos de serviços efetivos, pelo artigo 42 da Lei nº 4.682 de 1923.

Até a implantação da CLT em 1943, uma série de decretos e leis surgiram com a função de estender as prerrogativas da estabilidade a diversas categorias profissionais⁵³, salvo aos trabalhadores rurais⁵⁴ e domésticos. Ao mesmo tempo foi acontecendo a evolução previdenciária, passando de Caixa de Aposentadoria e Pensões para Institutos de Aposentadorias e Pensões, de caráter mais geral e de abrangência nacional. Diversos Decretos, à medida que iam se criando tais institutos, garantiam aos seus integrantes a estabilidade⁵⁵.

O artigo 492 da CLT define a estabilidade como sendo uma garantia legal ou contratual em razão da qual o empregado, salvo os que ocuparem cargo de confiança e os que trabalhem para profissionais liberais, que computar dez anos de serviço ininterruptos na mesma empresa, somente poderá ser dispensado mediante a existência de justa causa, judicialmente comprovada. Conseqüentemente, a despedida sem motivo justo, acarretava o

⁵² SÜSSEKIND, Arnaldo. et al *Instituições de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2004, pág. 379.

⁵³ Quanto aos decretos e leis que cuidaram da extensão da estabilidade, ver p.p. 14 e 15 deste estudo.

⁵⁴ Estes trabalhadores obtiveram direito à estabilidade pela Lei nº 4.214/63 – Estatuto do Trabalhador Rural – que foi revogado pela Lei nº 5.889/73 – Lei dos Trabalhadores Rurais. Posteriormente, o artigo 7º da Constituição de 1988 garantiu a essa categoria de trabalhadores os mesmos direitos já assegurados aos trabalhadores urbanos.

⁵⁵ A Lei nº 62/37 desfez o vínculo da estabilidade com a previdência social, estabelecendo que todos os trabalhadores a possuirão após 10 anos de serviço, exceto trabalhadores domésticos e rurais. Quanto aos trabalhadores não estáveis, a Constituição de 1937, em seu artigo 137, para restringir a liberdade do empregador em demiti-los, estabeleceu que: “a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta estabilidade no emprego, cria-lhe direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço”.

direito à reintegração do empregado. E, se houvesse uma completa incompatibilidade no trabalho, o empregado receberia em dobro uma indenização, calculada à base de duas vezes a maior remuneração multiplicada pelos anos de serviço prestados à determinada empresa.

A partir da CLT, a legislação sobre a estabilidade aos dez anos de serviço assume caráter mais uniforme. A sua regulamentação veio atender ao interesse político do governo e à necessidade de segurança do trabalhador⁵⁶.

Vera Lúcia Ferrante aponta duas correntes de opiniões acerca da estabilidade⁵⁷.

Os defensores argumentavam que a regulamentação do instituto fora responsável pela tranqüilidade, segurança e ao aprimoramento profissional do trabalhador, que diante da perspectiva de alcançar a estabilidade imprimia maiores esforços, ou seja, o fator segurança estaria funcionando como um elemento motivacional. Além do que, a segurança era indispensável, principalmente, entre os trabalhadores de idade mais avançada e àqueles de mão-de-obra não especializada.

Uma outra argumentação paira sobre a antiguidade do trabalhador que, segundo pesquisas, quanto mais próxima estava a aquisição da estabilidade, maior era o grau de satisfação do empregado e, sob a ótica do empregador, a antiguidade traduzia-se em eficiência, uma vez que restringia a rotatividade da mão-de-obra, e conseqüentemente tornava-se um lastro de economia com a preparação de novos empregados.

Do ponto de vista da corrente contrária à estabilidade, esta se afastou da sua definição constitucional, por considerar precária a segurança efetivamente oferecida e em desatenção ao que era legalmente pretendido. Na prática, a aplicação da estabilidade não possuía um controle que supervisionasse a sua vigência, fato este que permitia a manipulação das questões trabalhistas pelos grupos economicamente dominantes. As manipulações traduziam-se em distorções por parte dos empregadores que, na grande maioria das vezes, forçava o empregado a assinar acordos antes que alcançasse a estabilidade ou praticavam a despedida obstativa antes que o empregado atingisse os 10 anos de serviço.

⁵⁶ Os bancários, que antes da CLT gozavam da estabilidade aos 2 anos de serviço, passaram a adquiri-la aos 10 anos de serviço.

⁵⁷ FERRANTE, Vera Lúcia B. Op. cit., pp. 142 a 145.

Mesmo tendo o artigo 499, parágrafo 3º, da CLT oferecido mecanismos de controle à despedida obstativa por parte do empregador, estudos mostravam que a prática das empresas continuava e o dispositivo em questão não era aplicado⁵⁸.

Por outro lado, em muitos casos, os empregados forçavam a própria dispensa com o objetivo de receber a indenização.

A classe empresarial era quase unânime em considerar a estabilidade como fator determinante de prejuízos à produtividade, provocados por desempenho deficiente e indisciplinas de empregados desejosos de serem dispensados visando a obtenção de indenização. No entanto, o artigo 482 da CLT determina que a diminuição da produtividade constitui-se em justa causa para a rescisão do contrato pelo empregador, sem direito a indenização, conforme os artigos 493 e 494.

O crescente descontentamento com o instituto da estabilidade por parte do próprio governo, que outrora fora seu defensor, surgiu no instante em que o plano de ação governamental tinha como fundamento a introdução de investimentos estrangeiros no país, e naquele instante a estabilidade se apresentava como elemento limitador e retentor desse processo.

O instituto da estabilidade declinava à medida que a política governista se inclinava rumo ao capitalismo, como o mais novo modelo de produção vigente nas empresas, importado de países que aspiravam parte da economia brasileira.

Tudo parecia comungar com os interesses da nova política estatal. Pelo menos o governo fazia transparecer certa fragilidade do sistema de garantia de emprego que se configurava na fraude à estabilidade ou, na possibilidade dessa ocorrência, por parte das empresas e numa suposta acumulação do passivo trabalhista destas. Porém, o que realmente estava oculto, por traz de toda essa manobra ideológica, era a abertura do mercado para o capital internacional.

Tomando-se de uma perspectiva angular imparcial, depois de transcorrido o episódio acima citado e os que o sucederam, percebe-se que o governo preparava o “território” para lançar o que ele considerava solução para as incongruências da estabilidade: a institucionalização do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

⁵⁸ Artigo 499, parágrafo 3º: “A despedida que se verificar como o fim de obstar ao empregado a aquisição da estabilidade, sujeitará o empregador o pagamento em dobro da indenização prescrita nos artigos 477 e 478”.

4.2. Legislação trabalhista: implantação do FGTS

Antes de dar início a uma arremetida investida no discurso em defesa do FGTS em supressão à estabilidade, o executivo apresentou proposta de substituição desta pelo seguro contra o desemprego de maneira gradativa. O Programa de Ação Econômica do Governo para o biênio 1964-1966, elaborado pelo Ministério do Planejamento, apresentou, de forma evidente, a intenção do executivo de modificar o sistema de proteção ao emprego.

A proposta da substituição do instituto pelo seguro-desemprego seria um amparo financeiro oferecido ao trabalhador numa situação de demissão. Esse atrativo financeiro, funcionaria como um mecanismo de maior persuasão da classe trabalhadora de que era preciso uma revisão da legislação trabalhista em prol da classe operária.

As palavras do Presidente da República refletiam o discurso da então política governista, preocupada em oferecer estímulos que motivassem a classe trabalhadora a apoiar seus interesses⁵⁹:

[...] a estabilidade assim garantida por um fundo de economia permitirá criar uma consciência crescente de igualdade e de oportunidade para todos os empregados, dar-lhes-á confiança e flexibilidade para pesquisar, no mercado, as melhores oportunidades de trabalho, e eliminará a sensação de injustiça, toda vez que, por problemas de relações humanas, seja o operário dispensado.

Já a essa altura, era insofismável a pretensão governista de tirar da cena do direito trabalhista o instituto da estabilidade, muito embora não estivessem convictos de qual seria o sistema usado em substituição ao atual.

Conforme revela-nos Saad⁶⁰, a proposta inicial do seguro-desemprego não fora de fato levada adiante pelo Governo.

⁵⁹ Trechos do discurso do Presidente Humberto Castelo Branco em fevereiro de 1966, na Assembléia Legislativa de Minas Gerais, publicado na folha de São Paulo em 4 de março de 1966.

⁶⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. Ob. cit., pp. 46 e 47.

Em 28 de fevereiro de 1966, o Presidente da República, Humberto Castelo Branco, em discurso na Assembléia Legislativa em Belo Horizonte, deixava clara a intenção de por de lado o instituto da estabilidade⁶¹:

Burlado pelos patrões e deformado pela escassa minoria dos trabalhadores que o alcançam, o instituto da estabilidade tornou-se um autêntico instituto de inquietação. A situação atual estimula o empregador a usar artifícios e a buscar, de qualquer modo, a dispensa por justa causa a fim de se livrar do ônus latente, ou, então, a evitar que o empregado atinja os 10 anos, indenizando-o antes de completar esse tempo, pelo receio de indisciplina e descaso pela produtividade do trabalhador que atinge a estabilidade.

Em março deste mesmo ano, o Governou divulgou um Anteprojeto com a proposta de eliminação do instituto da estabilidade, com o seguinte teor⁶²:

a) obrigação de os empregadores, sujeitos às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, recolherem, mensalmente, à conta bancária em nome do empregado, 8% da sua remuneração;

b) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço constituído de tais contas bancárias;

c) indenização, a empregado dispensado sem justa causa, equivalente a 10% dos depósitos feitos em sua conta bancária;

d) faculdade de opção pelo novo regime legal por parte dos empregados estáveis, à data da publicação da lei;

e) restrições à movimentação da conta bancária.

O Anteprojeto extinguiu a estabilidade, protegendo o direito adquirido pelos empregados já estáveis. Porém, tal disposição contrariava a Constituição Federal de 1946, em seu artigo 157, que resguardava o instituto. Diante do quadro de insatisfação que se instaurou entre a classe trabalhadora e suas representações, e a inconstitucionalidade do dispositivo

⁶¹ Trechos do discurso do Presidente Humberto Castelo Brando em fevereiro de 1966, na Assembléia Legislativa de Minas Gerais, publicado na folha de São Paulo em 4 de março de 1966.

⁶² SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., pp. 47 e 48.

constante do Anteprojeto, um novo Anteprojeto foi elaborado e enviado ao Presidente da República em 15 de julho daquele ano.

O então, Anteprojeto trouxe em seu teor os seguintes aspectos:

a) a existência conjunta do FGTS e da estabilidade, com a possibilidade de opção pelo trabalhador, estável ou não, por um dos dois sistemas;

b) a obrigatoriedade de depósitos mensais efetuados pela empresa, mensalmente, em contas vinculadas, em nome do empregado, no valor correspondente a 8% do salário recebido por este. Esse montante funcionaria como uma garantia do tempo de serviço do trabalhador, que poderia ser por este logo movimentada, mediante comprovação da dispensa.

c) a continuidade do valor da indenização na razão de um mês de salário por ano de serviço, uma vez que, como assinalado, o depósito mensal corresponde a esse valor, e sua atualização é constantemente assegurada pela correção monetária e pela capitalização de juros, garantidas as contas vinculadas.

d) o direito ao recebimento da indenização, pertinente aos casos de dispensa sem motivo justificado, estende-se aos casos de: saída espontânea do empregado; em caso de aposentadoria por tempo de serviço, por velhice ou por invalidez definitiva; aos dependentes do trabalhador, em caso de morte deste;

e) o direito ao pagamento de indenização, ao empregado, no valor correspondente a 10% dos depósitos efetuados em sua conta durante o período em que trabalhou na empresa, em casos de dispensa sem justa causa;

f) a extensão do direito ao montante depositado na conta vinculada do trabalhador, mesmo quando despedido por justa causa, com exceção da correção monetária e a capitalização dos juros;

g) o estabelecimento de limites à utilização da conta pelo trabalhador em casos de despedida com justa causa e de saída espontânea;

h) a imediata disponibilidade da conta bancária vinculada do empregado nos casos de despedida injusta, e de aposentadoria; o mesmo quanto a seus dependentes no caso de morte;

i) a garantia do direito à integralidade do montante existente na conta em nome do trabalhador que não se enquadre em um dos casos que permita o saque, sendo aquele somado inteiramente aos próximos depósitos feitos pela empresa na qual vier a se empregar;

j) a possibilidade de utilização da conta vinculada, após completar o empregado cinco anos de serviço na mesma empresa ou em diversas empresas, para aquisição de moradia ou para atender a necessidade grave e permanente, pessoal ou familiar, ainda que vigente o contrato de trabalho;

k) a manutenção sem alteração dos dispositivos legais em vigor, relacionados com o contrato de trabalho e sua rescisão, como sejam: aviso prévio, férias, 13º salário, conceitos de justa causa etc.;

l) a garantia da “estabilidade provisória” ao empregado candidato ao cargo de direção ou representação sindical, até o final de seu mandato, caso seja eleito;

m) a extensão do direito a uma indenização e férias proporcionais ao empregado despedido durante o primeiro ano de serviço na empresa. Os depósitos efetuados em nome de empregados não optantes, reverterão para o próprio empregado ou para o FGTS, conforme a existência, ou não de justa causa na despedida.

Em mensagem publicada no Diário do Congresso Nacional em 06 de agosto de 1966 (p. 4685), o então Presidente da República, Humberto Castelo Branco apresentou, em 5 de agosto deste mesmo ano, o Projeto de Lei que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, seguida da Exposição de Motivos (anexa ao final deste estudo) dos Ministros do Trabalho e Previdência Social e Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica.

4.2.1 - A exposição de motivos do Anteprojeto do FGTS

Os Ministros do Trabalho e Previdência Social e Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, ao remeterem o Anteprojeto para apreciação, fizeram considerações elucidativas, constantes da exposição de motivos⁶³.

Na exposição de motivos, é manifesto o quão majoraram o instituto em apreciação, no afã de diminuir o instituto da estabilidade, ao pronunciar que “Cuida o anteprojeto de aspectos muito mais amplos que os da estabilidade, visando, antes de tudo, a um verdadeiro e positivo aperfeiçoamento do atual sistema de “indenização por tempo de serviço”. Ao que parece intencionaram, tão somente, criar uma forma de indenizar pelo tempo de serviço o trabalhador, sem dificultar a dispensa.

Um dos motivos que levou à propositura do segundo Anteprojeto foi o desrespeito do Anteprojeto anterior ao art. 157, item XII, da Constituição Federal de 1946, que assegurava a estabilidade decenal. O primeiro Anteprojeto desconsiderou o direito à estabilidade, porém o segundo, procurou corrigir essa falha, pelo menos naquele instante, mantendo o preceito legal atinente à estabilidade no emprego, já que era preciso aprovação dos trabalhadores.

Para afastar o espectro da inconstitucionalidade, os autores do Anteprojeto elucidaram que:

Fica, assim, integralmente respeitado o preceito do art. 157, item XII, da Constituição Federal, de vez que aos empregados é assegurada ampla e permanente opção entre o atual e o novo sistema consubstanciado no anteprojeto de lei. Estará, pois, sempre vigente o preceito da estabilidade, a que se refere o inciso da Constituição acima referido, ficando livre tão somente a preferência, ou não, por seu amparo, tendo em vista o outro regime agora proposto.

Amparados em levantamento realizado pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, os Ministros consideraram “preciso”, de que após três décadas de existência do instituto da estabilidade, apenas 15% dos empregados eram estáveis, mesmo assim, em sua maioria, nas empresas mais antigas. Verificando-se um percentual inferior a 1% entre as empresas com menos de 15 anos.

⁶³ Diário do Congresso Nacional. Exposição de motivos do Anteprojeto do FGTS. Brasília: 6 de agosto de 1966. pp. 4689 e 4690. Anexo, 126.

Esse argumento, embora relevante, corroborava as intenções governistas em banir a estabilidade no emprego. Portanto, não seria o próprio Governo quem iria por em dúvida os resultados da pesquisa de seu ministério. O resultado era providencial.

Para imprimir maior evidência da incompatibilidade do sistema da estabilidade com as condições sociais e econômicas da época, os Ministros insistiram em argumentar dizendo que⁶⁴:

Verdadeiros como são, esses dados indicam que o instituto da estabilidade, nas atuais condições sociais e econômicas brasileiras, longe de corresponder a uma vantagem efetiva para os empregados, voltou-se contra eles, pelo menos para a grande maioria, deixando assim de preencher a finalidade inicialmente pretendia, quando de sua generalização há mais de trinta anos, para transformar-se em um obstáculo à sua própria segurança no emprego.

Sob essa argumentação, tripudiaram os ministros dizendo que a estabilidade, ao invés de uma garantia contra o desemprego, tornara-se aliado deste. Em contrapartida, a proposta do FGTS também não oferecia um escudo contra a dispensa do emprego.

Para combater a proposta de fortalecimento do instituto da estabilidade por meio da redução, para seis meses ou menos, do tempo de sua aquisição, os Ministros argumentaram que tal “solução viria a resultar numa inversão de posições, agravando mais o problema, pela procura de novas formas, por parte das empresas, para contornar o impedimento da dispensa, já aí com relação praticamente a todos os seus empregados”.

Da exposição, fica evidente a disposição daqueles em insistirem que a aceitação e a conseqüente vigência da Lei do FGTS afastariam decisivamente a situação indesejável de imposição, repulsa e uso de métodos ardilosos para impedir a estabilidade do empregado, capazes de gerar situações de constantes desconfianças e hostilidades entre estes e seus patrões. A Lei proposta seria, então, o fim da procura por uma solução para o problema suscitado.

Para alimentar ainda mais o caráter de preeminência delegado ao novo instituto, seus idealizadores acentuaram a inquietação deste em manter as situações de direito adquirido quanto ao tempo de serviço e quanto à estabilidade. A manutenção integral da “indenização pelo tempo de serviço”, com mudança na sua forma de liquidação, que passaria a ser

⁶⁴ Itens 13 da exposição de motivos do Anteprojeto do FGTS, de 6 de agosto de 1966, Brasília, Diário do Congresso Nacional, p. 4.689. Anexo, p. 126.

garantida por parte da empresa, por depósitos mensais no valor de 8% do salário pago ao empregado, em uma conta vinculada em seu nome e que poderá ser movimentada, mediante comprovação da dispensa. E mais, o compromisso era de que o valor da indenização não seria inferior, “de modo algum”, ao já praticado, podendo até “superar o *quantum* correspondente às indenizações pelo sistema vigente”, por meio de atualização assegurada pelos juros e correção monetária às contas vinculadas.

Para completar este quadro de atributos conferidos ao instituto, ainda foram apresentadas circunstâncias de expectativas prematuras⁶⁵ como as que se referiam à aplicação dos recursos no Plano Nacional da Habitação, a criação de novos empregos, o aumento da estabilidade no emprego, a diminuição do ônus excessivo para as empresas, o fim da alta rotatividade de mão-de-obra não qualificada e o desestímulo às dispensas numerosas.

Como ressalta Saad, “Os idealizadores do FGTS imaginavam que, por meio dele, iriam reduzir ou neutralizar os efeitos negativos de uma espécie de estabilidade que trazia, na sua esteira, a inquietação”⁶⁶.

De fato, mudanças sucederam-se, percussoras de diversos efeitos. Estes serão objeto desse estudo posteriormente. Destarte, é imperioso esse retrospecto para desvendar os objetivos que suscitaram a necessidade de se substituir um instituto por outro que amparasse as relações de emprego.

É bem verdade que no quadro de compatibilidades estava a possibilidade que o FGTS oferecia de elaborar um mecanismo interno de poupança. Este mesmo mecanismo incitou a classe trabalhadora a abrir mão de um direito conquistado – a estabilidade – na expectativa de auferir certa quantia depositada em sua conta vinculada, e que esta quantia acenava com a possibilidade de trazer melhorias significativas.

⁶⁵ Itens 26, 27 e 28 da exposição de motivos do Anteprojeto do FGTS, de 6 de agosto de 1966, Brasília, Diário do Congresso Nacional, p. 4.690: “Em termos econômico-financeiros, a economia do país deverá ainda beneficiar-se largamente pelas aplicações no Plano Nacional da Habitação, permitindo que este disponha dos recursos na escala necessária ao atendimento da demanda habitacional existente, decorrente do aumento da população e do déficit acumulado há longo tempo. Estas, e as demais aplicações, dirigidas em consonância com o planejamento econômico, ao desenvolvimento do país, deverão, além disso, contribuir substancialmente para a criação de novos empregos, elevando-se a demanda de mão-de-obra e proporcionando-se, assim, aumento da real estabilidade dos empregados [...] Cumpre acentuar que o anteprojeto não representará, para as empresas, um ônus excessivo, uma vez que certas contribuições que se tornaram desnecessárias ou prescindíveis pela adoção do novo sistema, são extintas consoante o disposto nos artigos 22 e 23 do anteprojeto. [...] Desaparecerá, assim, a alta rotatividade de mão-de-obra não qualificada, tão indesejada sob todos os pontos vista. [...] Esta forma, combinada com o sistema de depósitos do anteprojeto servirá para desestimular as dispensas numerosas, presentemente verificadas, de trabalhadores, para evitar que completem o primeiro ano de serviço”

⁶⁶ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p. 53.

O Estado usava como argumento para manipular a opinião e aumentar o número de optantes uma série de vantagens, como a possibilidade do trabalhador se desligar a qualquer tempo de determinada empresa e mudar para outra, a possibilidade da aquisição da casa própria por meio do plano de financiamento do BNH (Banco Nacional de Habitação), as novas oportunidades de emprego a partir da aplicação do FGTS em áreas de construção civil, as várias condições de saque do depósito na conta vinculada do trabalhador e a expectativa de participação nos lucros da empresa pelo Programa de Integração Social criado pelo governo.

O propósito do governo certamente comungava com os anseios da classe economicamente dominante. Se de um lado, a diminuição dos problemas trabalhistas refletia num menor número de manifestações sindicais e movimentos grevistas, o que deixava o governo numa posição confortável para suas investidas no projeto de internacionalização da economia, de outro, o empresariado, investido de uma maior liberdade de recompor o seu quadro de operários, manejando a eficácia produtiva dos trabalhadores e ainda garantindo uma maior lucratividade, atendia seus próprios anseios e os da política governista de acelerar, sem maiores problemas, o ritmo da produção no país e majorar o valor das exportações. Enfim, os interesses do governo e da classe empresarial, principalmente das empresas estrangeiras pareciam estar em sintonia.

A política econômico-financeira do governo estava preocupada em criar condições que estimulassem o fluxo de capital estrangeiro e em adaptar suas diretrizes de maneira a não contrariar os interesses multinacionais em jogo.

A fórmula apresentada no Anteprojeto pelos Ministros era a promessa de novos tempos para a política de empregos no Brasil. Porém, a variável dependente era seguramente a classe trabalhadora.

4.3. A criação do FGTS

Conforme visto anteriormente, o processo de implantação do FGTS nasce com o Programa de Ação Econômica do Governo para os anos de 1964 a 1966, em cuja pretensão estava a substituição lenta e gradativa do sistema da estabilidade por um sistema seguro de desemprego.

O presidente da República daquela época, Humberto Castelo Branco, considerou que o instituto da estabilidade estava sofrendo profunda desconsideração por parte dos empregadores, que o logravam com o propósito de não pagar indenizações ou de evitar que o empregado atingisse 10 anos de serviço tornando-se estável, produziam, assim, meios de dispensar por justa causa.

Esse foi o seu principal argumento para que se procedesse à criação de um fundo de estabilidade e habitação combinado com um sistema de seguro contra desemprego, onde se efetivaria um depósito mensal, por conta do empregador, com fins de indenização, em conta vinculada, em nome do trabalhador conforme assinala Sérgio Pinto Martins⁶⁷. O anteprojeto⁶⁸ previa a coexistência do instituto da estabilidade com o novo regime de fundo de garantia do tempo de serviço, cabendo ao empregado a opção por qualquer dos dois. Vale lembrar que a classe dos trabalhadores não se mostrou receptiva diante da possibilidade da extinção da estabilidade, que estava implícita com a implantação desse novo sistema.

O anteprojeto, além de prevê a possibilidade de escolha entre o antigo e o novo regime, também acautelava: a existência de uma estabilidade a empregados candidatos a cargo de dirigente sindical, o pagamento de indenização em caso de dispensa sem justo motivo no valor de 10%, o resgate pelo empregado do montante depositado na sua conta vinculada conforme condições estabelecidas.

Entre os argumentos da exposição de motivos para se instituir a Lei do FGTS, está a verificação feita, mediante estudos, de que durante mais de três décadas em que o sistema da estabilidade esteve em vigor, somente 15% dos empregados eram estáveis, sendo que quanto mais nova era a empresa, menor ainda era o percentual de empregados estáveis. Nesse sentido, as razões pareciam favorecer a implantação do sistema do FGTS, uma vez que o regime da estabilidade, visto deste ponto, contribuía para a dispensa do empregado antes que este completasse 10 anos de serviços na empresa⁶⁹.

O projeto enviado ao Congresso Nacional, em agosto de 1966, sofreu seis emendas das 103 que foram apresentadas. Foi convertido em lei no mês seguinte, e regulamentado em dezembro do mesmo ano pelo Decreto nº. 59.820.

⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do FGTS*. Op. cit., p. 29.

⁶⁸ Ver Anexo, p. 126.

⁶⁹ Nesse sentido, pronuncia Sérgio Pinto Martins, *Manual do FGTS*, p. 30: “[...] o TST, constatando tal situação, editou o Enunciado 26, que presumia “obstativa *à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar 9 (nove) anos de serviços na empresa*”. Entretanto, não se podia dizer que a dispensa era obstativa, pois o empregado ainda não adquirira o direito à estabilidade, o que somente ocorria quando tivesse 10 anos de empresa”.

O FGTS foi criado em 13 de setembro de 1966 pela Lei nº. 5107. O art. 1º estabelecia que o FGTS teria como finalidade assegurar ao trabalhador uma garantia pelo tempo de serviço prestado a certa empresa. A lei determinava o recolhimento mensal pelas empresas do equivalente a 8% das remunerações pagas aos empregados.

A diferença básica em relação ao fundo anterior (FIT) é que esses depósitos deveriam integrar um fundo unificado de reservas, com contas individuais cujos titulares seriam os próprios trabalhadores. O grande objetivo da introdução do FGTS era, de fato, a flexibilização⁷⁰ da legislação trabalhista.

A gestão do FGTS foi delegada ao Banco Nacional da Habitação (BNH), e posteriormente, com a sua extinção, à Caixa Econômica Federal, que passou a ter direito ao uso dos recursos bem como a atribuição de garantir as aplicações dos mesmos. A delegação da administração do FGTS ao BNH explicitava sua vinculação com a política nacional da habitação que teve início em 1964.

De acordo com a lei que criou o FGTS, o trabalhador poderia optar por aderir ao novo fundo ou vincular-se aos antigos dispositivos de indenização e estabilidade.

Nessa última hipótese, os recursos recolhidos mensalmente pelas empresas, embora mantivessem uma relação com a situação individual de cada trabalhador, eram administrados pelas mesmas que, em tese, deveriam aprovisioná-los para o pagamento das indenizações devidas. Por outro lado, para os trabalhadores optantes pelo novo sistema, os depósitos seriam efetuados em nome dos próprios titulares, e o saldo das contas seria automaticamente liberado, a título de indenização, no momento da demissão. Em contrapartida, feita a opção pelo FGTS, a empresa se desobrigava da indenização pela estabilidade aos empregados que completassem 10 anos no emprego, isentando-se também do dever de desembolsar, no momento da demissão, o montante equivalente à indenização devida.

Inicialmente, os créditos em cada conta eram feitos a cada trimestre, sendo que o cálculo de juros sobre os saldos corrigidos era realizado a partir dos mesmos critérios adotados para as operações do Sistema Financeiro da Habitação.

⁷⁰ O comentário de José Pastore em 26 de fevereiro de 96 ainda é atual: “A flexibilização tem uma função auxiliar importante. Na Europa, ela ajudou a colocar as pessoas nas novas modalidades de trabalho, tais como trabalho por projeto, por empreitada, em tempo parcial, por prazo determinado, etc. No Brasil, a flexibilização terá um papel estratégico. Ela facilitará a desobstrução dos entraves legais que hoje bloqueiam a entrada de pessoas no mercado formal. O excesso de rigidez da Constituição, CLT e Justiça do Trabalho estão provocando uma reação selvagem por parte do mercado. Mais de 55% da nossa força de trabalho já está à margem da lei [...]”. José Pastore – Relações de Trabalho: Limites e virtudes da flexibilização. Disponível em: < <http://www.josepastore.com.br/artigos/relaçõestrabalhistas/035.htm> > Acesso em: 25 maio 2006.

A taxa de juros era também diretamente proporcional ao tempo de serviço do trabalhador: 3% a.a. sobre os saldos corrigidos das contas de empregados com até dois anos de serviço na mesma empresa; 4% a.a. para aqueles com permanência no mesmo emprego entre três e cinco anos; 5% a.a. para os empregados com tempo de serviço entre seis e dez anos; e 6% a.a. para os trabalhadores com mais de 10 anos de serviços prestados à mesma empresa.

Em 1971, com a intenção de reduzir os custos dos programas habitacionais para a população de baixa renda, a remuneração passou a obedecer a uma taxa única de 3% a.a. No ano seguinte, reduziu-se o ritmo de capitalização de trimestral para anual, sistemática esta que vigorou até janeiro de 1976. A partir daí, o lançamento dos juros mais correção monetária voltou a ser trimestral, mantendo-se a taxa de juros de 3% a.a.

4.3.1 – Natureza jurídica do FGTS

O FGTS, a partir da Lei nº 8.036/90, desempenha papéis bastante diferenciados. Para o trabalhador, o saldo da sua conta (conta vinculada) representa a principal garantia de indenização em caso de despedida involuntária (desde que este não possa caracterizá-la como dispensa por justa causa). Pelas suas características, esse seguro tem a forma de pecúlio individual. A conta é aberta em nome de determinada pessoa, que detém o direito exclusivo de sacar os recursos. O fato gerador depende de uma relação de trabalho individual e os recursos têm prazo e condições de saques definidos.

O FGTS assemelha-se a uma conta de previdência individual. É distinto, portanto, das garantias sociais básicas e genéricas asseguradas pelas políticas sociais (como o seguro-desemprego, direito do cidadão que perde seu emprego, independentemente de contribuições prévias).

Ao mesmo tempo, o FGTS é formado por contribuições compulsórias, criadas pelo poder público. Decorrem daí direitos e prerrogativas do governo em termos de gestão e direcionamento dos recursos, respeitadas as obrigações de zelar pelo patrimônio acumulado e de assegurar as condições que garantam a liquidez das contas no momento em que seus

titulares possam ou queiram sacar os recursos a que têm direito. Trata-se, assim, de instrumento público de poupança compulsória e de financiamento de políticas públicas.

A busca pela definição da natureza jurídica do FGTS tem causado intensa controvérsia entre os doutrinadores, resultando nos mais variados posicionamentos.

Para Délio Maranhão⁷¹ o FGTS não passa de "crédito legal dos trabalhadores, decorrentes da execução do contrato de trabalho". Tal definição é bastante assemelhada à de Arnaldo Süssekind⁷² que assim conclui: "o FGTS corresponde a créditos do trabalhador, que se acumulam mediante depósitos mensais em conta vinculada".

Para Maurício Godinho⁷³ o FGTS é instituto de natureza, *no mínimo*, tridimensional quanto a seus objetivos e estrutura. De um lado, há uma relação empregatícia que une empregador e empregado, em que o primeiro tem uma obrigação de efetuar recolhimentos mensais e o segundo situa-se como credor dessa relação. Vínculo jurídico também existe entre empregador e Estado, em que o segundo tem o dever de fiscalizar o recolhimento que deve ser cumprido pelo primeiro. Numa terceira dimensão encontra-se a relação jurídica entre o Estado e a Sociedade, onde o primeiro, como gestor do Fundo, tem o dever de cumprir a sua proposta de destinação social para com a segunda, que é a destinatária desse benefício.

Há quem entenda ainda ter o FGTS natureza jurídica meramente indenizatória. Carlos Henrique da Silva Zangrando⁷⁴, por exemplo, diz ser o FGTS "um meio sagazmente concebido de permitir a indenização do empregado pela despedida injustificada, proporcionalmente ao seu tempo de serviço e ao salário".

Vale ainda mencionar a posição de Sérgio Pinto Martins⁷⁵, para quem o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço possui natureza jurídica híbrida, uma vez que deve ser visto sob dois ângulos, tais sejam: o ponto de vista do empregador e ponto de vista do empregado.

A natureza jurídica do Fundo, inspecionada sob o ponto de vista do empregador, sob a ótica de Sérgio Pinto Martins, possui natureza jurídica de tributo, mais especificamente de uma contribuição social. O próprio Supremo Tribunal Federal já declarou possuírem os depósitos do FGTS natureza jurídica de contribuição social. Não deve ser outro o entendimento a ser seguido, até mesmo tendo em vista que se trata de uma contribuição de

⁷¹ MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 1992, p. 251.

⁷² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 123.

⁷³ DELGADO, Maurício godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1273.

⁷⁴ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Resumo do Direito do Trabalho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 469.

⁷⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 408.

intervenção no domínio econômico com destinação vinculada à habitação, infra-estrutura e saneamento básico, além de encontrar-se estritamente ligada aos interesses das diversas categorias profissionais deste país.

Sob a perspectiva do empregado, segundo o mesmo autor, deve o FGTS ser entendido como "um crédito feito na conta vinculada do trabalhador, uma espécie de poupança forçada feita em seu proveito" com o objetivo de, levando-se em consideração o tempo de serviço prestado pelo empregado, compensar, de alguma maneira, a despedida realizada unilateralmente pelo empregador. Não se confunde desse modo, com a indenização, uma vez que não se tem em vista apenas a reparação de alguma espécie de dano causado ao empregado pela cessação do vínculo empregatício por iniciativa do empregador.

A Lei nº 8.036/90, que veio substituir a Lei nº 5107/66, em seu art. 2º, diz que o FGTS "é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados", os quais virão de "eventuais saldos apurados nos termos do art. 12, § 4º" da mesma lei, de "dotações orçamentárias específicas", dos "resultados das aplicações dos recursos do FGTS", das "multas, correção monetária e juros moratórios devidos", bem como de "demais receitas patrimoniais e financeiras" (art. 2º, § 1º). Deste modo, verifica-se que o Fundo é composto por duas partes, ou seja, uma formada pelo conjunto de contas vinculadas dos empregados, que são sustentadas pelos depósitos realizados pelos empregadores, e outra que é um fundo propriamente dito, mantido pelas diversas fontes discriminadas acima. Assim sendo, quando se examina a natureza jurídica das prestações pagas ao FGTS, deve-se inicialmente averiguar para qual das suas duas faces o recurso se reserva.

Em se tratando dos 8% sobre os salários que são recolhidos às contas vinculadas dos trabalhadores mês a mês, o posicionamento de boa parte da doutrina tem consolidado entendimento de que nada mais é do que verba salarial. Como de fato, esse percentual depositado na conta do empregado, à semelhança do imposto de renda retido na fonte, compõe parte do salário do empregado que o empregador, em razão de lei, retém e dá destinação específica. A semelhança para por aí, pois se distancia esse depósito daquele imposto com o qual foi comparado porque, no caso do FGTS, o empregado é sempre portador da titularidade do recurso, que poderá ser sacado quando atendidos os requisitos legais. Visto assim, essa "contribuição" do FGTS tem aparência de uma poupança forçada a qual o empregado está subordinado por determinação legal, ou melhor, o Estado impõe ao

trabalhador a constituição de uma reserva bancária para saldar gastos excepcionais definidos em lei.

Distante é a natureza da outra parte do FGTS, o fundo propriamente dito, visto que este não está vinculado aos empregados titulares das contas, possuindo outras finalidades. É a Lei n. 8.036/90 que decide quais serão as destinações dadas a essa parte do fundo, sem, contudo, eliminar a possibilidade de outras serem instituídas. Em seu art. 2º, ela prescreve que os recursos agregados ao fundo deverão "ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações". Já o art. 5º estabelece:

Ao Conselho Curador do FGTS compete:

I - estabelecer as diretrizes e os programas de alocação de todos os recursos do FGTS, de acordo com os critérios definidos nesta lei, em consonância com a política nacional de desenvolvimento urbano e as políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana estabelecidas pelo Governo Federal;

Fica claro que os recursos incorporados ao Fundo não detém a natureza equivalente àquela constituída pelas contas vinculadas. Certamente não se pode chamar de uma poupança forçada, pela própria ausência de vinculação com os titulares das contas.

A destinação social do FGTS, não alude inseri-lo no sistema da Seguridade Social, definido no art. 194 da CF como "um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social". Em se tratando da parcela do Fundo em que não há vinculação dos recursos aos titulares de contas individuais, não há nenhuma semelhança deste com o seguro-desemprego, componente da Previdência Social (art. 201, III). Igualmente, essa mesma desvinculação não aproxima o fundo da assistência social, cujos objetivos são aqueles do art. 203 da CF.

De uma maneira ou de outra, as contas vinculadas do FGTS incidem em poupanças impostas aos trabalhadores pelo Estado, enquanto que o Fundo em si, apesar de não fazer parte do Sistema da Seguridade Social, trata-se de um Fundo Social.

4.3.2 – Estrutura do FGTS

O Estado para aprovisionar recursos para o financiamento da habitação, infraestrutura e investimentos das estatais, durante os anos 60 e 70, necessitava da montagem de um sistema de financiamento eficiente, no sentido de assegurar um fluxo de recursos estável e em grandes volumes. Nesse contexto, o FGTS surgiu como expectativa de um mecanismo útil aos interesses do Estado, conforme assinalado no item 4.2 deste estudo.

A Constituição Federal de 1988 incorporou o FGTS ao rol dos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, relacionando-o ao Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo II “Dos Direitos Sociais”:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

O regime normativo que hoje compreende o FGTS é muito amplo. Note-se que o Fundo foi elevado à classe de direito social pela Constituição Federal de 1988 e sua estrutura atual é disciplinada pela Lei nº. 8.036⁷⁶, de 11 de maio de 1990 e seu Decreto regulamentador.

O fundo foi aprovado pelo Decreto nº. 99.684, de 8 de novembro de 1990 (com redação modificada posteriormente), que revogou a antiga Lei nº 5.107/66. A Lei nº 8.844, de 21 de janeiro de 1994, dispôs sobre fiscalização, apuração e cobrança judicial das contribuições e multas. Os critérios básicos para elaboração de propostas orçamentárias e diretrizes para aplicação dos recursos foram estabelecidos pela Resolução do Conselho Curador nº. 200, de 12 de dezembro de 1995.

A Lei nº 8.036/90 estabelece as diretrizes das aplicações com recursos do FGTS, regulamentando as normas de desembolso, de inspeção e acompanhamento dos programas de investimento. No art. 9º, indica os agentes aptos a realizar aplicações dos recursos do FGTS, de acordo com as normas fixadas pelo conselho curador, sendo que as aplicações podem ser

⁷⁶ Posteriormente as Leis nº 8.922/94, nº 9.467/97 e nº 9.711/98, as Medidas Provisórias nº 169/04 e nº 349/07 produziram alterações nesta Lei.

feitas diretamente pela CEF, demais órgãos integrantes do SFH e outros agentes financeiros devidamente credenciados pelo Banco Central.

Entre os requisitos para concessão de empréstimos dos recursos do Fundo, destacamos a vinculação circunscrita a áreas de aplicação como habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana; e ainda, uma reserva de que pelo menos 60% dos recursos destinados à aplicação⁷⁷ devem ser investidos em habitação popular, sendo que as aplicações em saneamento básico e infra-estrutura urbana devem ser complementares aos programas habitacionais.

A Resolução 200/95 dispõe sobre certos aspectos das aplicações do FGTS quais sejam: demarcar quais recursos se reserva às aplicações e contratações, quais os critérios para a repartição dos recursos em plano nacional (por área de aplicação), quais os critérios de distribuição por UF, por faixa de renda do mutuário e descrição de condições financeiras de aplicação⁷⁸. A mesma Resolução antecipa que os recursos disponíveis para contratações serão distribuídos por UF segundo índices que dependem, especialmente, da demanda habitacional e do déficit de água e esgoto de cada UF. Ou seja, quanto mais desprovido de habitações a população de baixa renda e quanto maior o déficit de água e esgoto, mais elevada a prioridade da UF na repartição dos recursos para contratações.

Com a edição da Lei Complementar nº. 110, de junho de 2001, em seu art. 2º, criou-se uma contribuição social onde se acrescenta aos 8% já recolhidos mensalmente mais 0,5%, passando a ser de 8,5% o valor do recolhimento mensal feito pelo empregador. Esse acréscimo não é direito trabalhista, mas sim uma contribuição social mensal, cujo credor é a União, feita por meio da Caixa Econômica federal.

Outra modificação que se ressentiu desta mesma lei em seu art. 1º é o aumento de 10% sobre o montante do FGTS em depósito, a título de contribuição social, “devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa”, onde mais uma vez o credor é a União.

⁷⁷ A Resolução do Conselho Curador 200/95 define como recursos destinados à aplicação a disponibilidade inicial mais as receitas correntes (arrecadação das contribuições, arrecadação de empréstimos, receitas financeiras) menos as saídas (despesas com saques, desembolsos das operações de crédito e despesas operacionais) menos o fundo de liquidez (reserva técnica do FGTS) no período de referência.

⁷⁸ As condições financeiras de aplicação dos recursos do FGTS são regulamentadas em vários aspectos, entre os quais cabe citar: a participação mínima dos tomadores nos investimentos; o comprometimento máximo da renda familiar dos mutuários pessoas físicas; a estrutura de taxas de juros; os prazos de amortização; as taxas de administração do agente financeiro; e a taxa de risco de crédito da CEF.

A Lei nº. 8.036/90 e o Decreto n.º 9.684/90 ainda são a legislação essencial do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Muito embora, ainda exista uma longa série de Resoluções, Portarias, Circulares e Instruções Normativas, que dizem respeito ao FGTS, de caráter mais administrativo e fiscal, mostrando-se menos interessantes a este estudo.

O FGTS é hoje um fundo com grande possibilidade de resgates a curto prazo. Com altivo montante de saques correntes pelos titulares das contas, o Fundo depende do recolhimento mensal dos empregadores para atendê-los. O Fundo é sensível ao ciclo econômico, devido à dependência do emprego formal, e também a mudanças estruturais na economia, como no caso do aumento do emprego informal. Neste quadro, uma redução expressiva das contribuições correntes (já em curso pelos problemas de desemprego e aumento da informalidade no trabalho) tende a provocar expressivo desequilíbrio, com a possibilidade de se inviabilizar em alguns anos o atendimento dos resgates com base nos recursos próprios do fundo.

4.3.3 – Objetivos do FGTS

A versão mais divulgada pelo Governo Federal a respeito do propósito de se instituir o FGTS em sobreposição ao regime da estabilidade, foi apresentada com o objetivo de proteger o trabalhador regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, contra despedida sem justa causa, mediante a formação de um pecúlio a ser recebido quando de sua dispensa. Outro propósito do Fundo está na possibilidade da arrecadação de recursos para aplicação em programas sociais, tais como: habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana (ex. construção de casas populares, calçamento de ruas, rede de esgotos sanitários etc.).

Uma síntese, apontada como sendo os propósitos da instituição do FGTS⁷⁹:

- Formar um Fundo de Indenizações Trabalhistas, assegurando a formação de um pecúlio relativo ao tempo de serviço de cada empregado;

⁷⁹ Ver Anexo, p.126

- Garantir os meios para as empresas efetuarem as indenizações necessárias a trabalhadores;
- Oferecer ao trabalhador, em troca da estabilidade no emprego, a possibilidade de formar um patrimônio;
- Proporcionar ao trabalhador aumento de sua renda real, pela possibilidade de acesso à casa própria;
- Formar Fundo de Recursos para o financiamento de programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana. (art. 9º da Lei nº 8.036/90).

Observa-se que a lei que instituiu o Fundo não faz qualquer alusão à proteção ou garantia do emprego. A sua natureza é de indenizar e não de proteger o trabalhador.

O resumo dos objetivos do Fundo encontra-se no site do Ministério do Trabalho e do Emprego. A apreciação da exposição de motivos que deu origem à Lei do FGTS, tratada no capítulo anterior, trouxe noções gerais de seus objetivos a partir de sua implantação. Porém, a questão dos objetivos, ou melhor, o tema que traz a discussão em questão, paira exatamente sobre este foco: o instituto do FGTS após quatro décadas de sua criação continua a atender plenamente aos seus propósitos?

É nesse viés que este estudo procura argumentos que demonstrem a negativa do foco, ou seja, a desatenção aos objetivos primeiros que deram origem ao FGTS.

4.4. Fluxo de recursos do Fundo

A direção de recursos do FGTS tem início a partir de sua principal fonte de receita, erigida por meio de depósitos dos empregadores nas contas vinculadas dos empregados. A Lei nº 8.036/90, em seu art. 15, força os primeiros a depositarem o correspondente a 8% da remuneração paga ou devida ao trabalhador no mês anterior ao de referência.

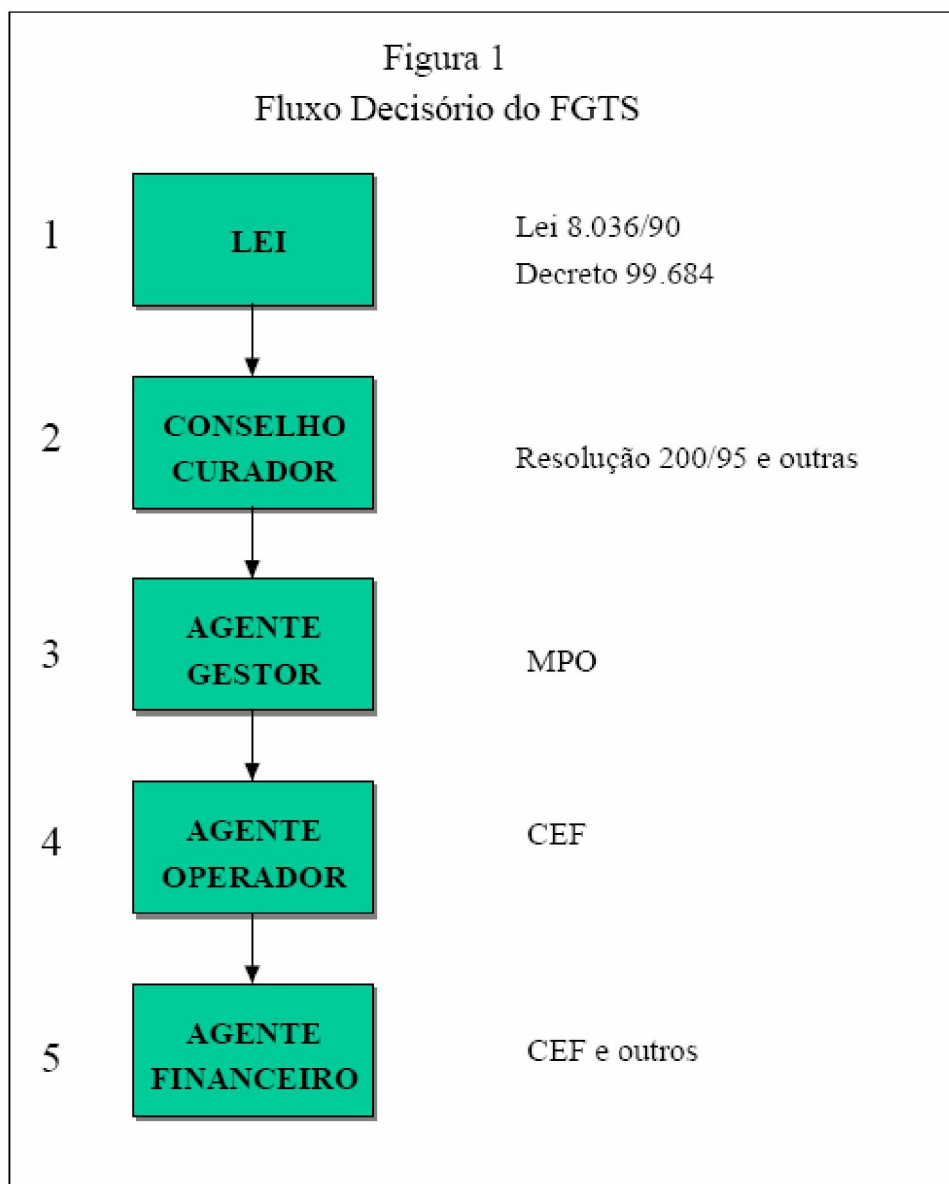
Os recursos disseminados pela rede bancária, são centralizados e geridos pelo agente operador (CEF), tornando-se disponíveis para diferentes usos tais como pagamento de gastos administrativos, empréstimos, fundo de liquidez e saques.

Quanto ao empréstimo, este é definido pela Resolução 200/95 do Conselho Curador como a “operação de crédito entre o agente operador e o agente financeiro”. Neste ponto os empréstimos podem ser destinados tanto à CEF, agente operador e agente financeiro do fundo⁸⁰, quanto a outras instituições (bancos estaduais e outros agentes financeiros ligados ao Sistema Financeiro de Habitação).

Os empréstimos são repassados ao agente promotor ou mutuário pessoa jurídica (instituições que se encarregam de promover as construções das unidades e financiá-las às pessoas físicas). Por meio dos agentes financeiros, os recursos também podem ser repassados diretamente para o mutuário pessoa física, o que conhecemos por financiamento⁸¹.

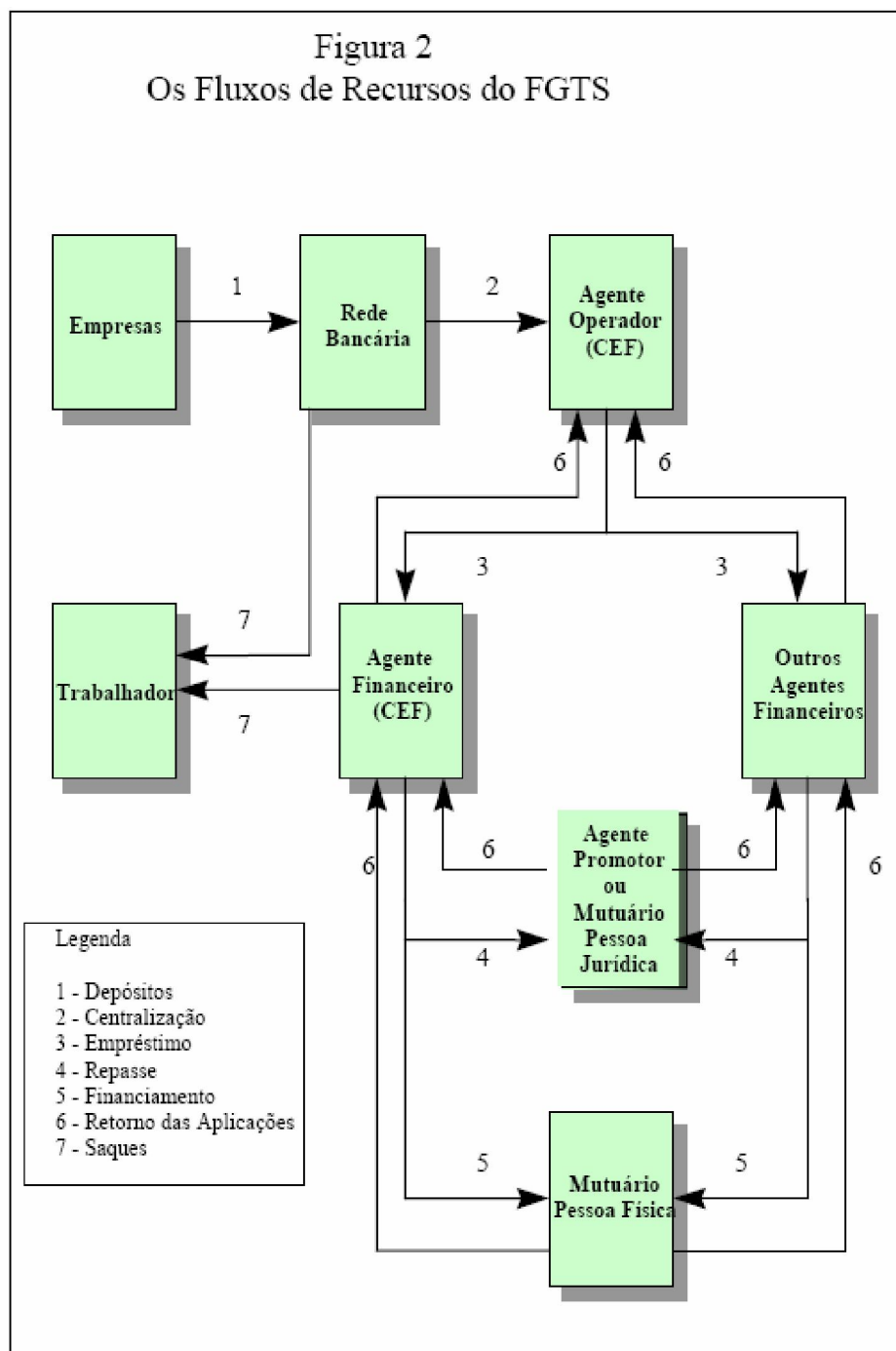
⁸⁰ O mesmo não ocorria até a extinção do BNH, com a incorporação de suas atribuições de administração do FGTS pela CEF em 1986. Desde a criação até a sua extinção, o BNH atuava como agente administrador e emprestava às instituições do SFH, inclusive a CEF. A Caixa Econômica Federal era, até então, um dos agentes financeiros.

⁸¹ Item 7 do Conselho Curador, Resolução nº 200/95.

Figura 1 - Ilustra a estrutura do fluxo decisório do FGTS⁸².

⁸² Textos para discussão nº 671: *FGTS: Avaliação da Proposta de Reforma e Extinção*. Rio de Janeiro. 1999. p.8. Disponível em: < <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td0671.pdf> > Acesso em: 5 abr. 2006.

Figura 2 - Descreve a mecânica dos fluxos⁸³



⁸³ Textos para discussão nº 671: *FGTS: Avaliação da Proposta de Reforma e Extinção*. Rio de Janeiro, 1999. p.9. Disponível em: < <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td0671.pdf> > Acesso em: 5 abr. 2006.

Na figura 2, depara-se com o esboço do fluxo seguido pelos recursos do FGTS. Quanto aos retornos das aplicações que compõem o fluxo número 6 (repasses e empréstimos), os mutuários (pessoas físicas ou jurídicas) pagam os juros, amortizações e outros encargos aos agentes financeiros, e estes últimos, repassam ao agente operador. A CEF, na qualidade de agente operador⁸⁴, tem o comprometimento de assumir os riscos das operações de crédito junto aos mutuários em sua inteireza.

Por fim, os saques compõem um dos aspectos mais importante do fluxo de saída e concomitantemente sujeita de forma linear a capacidade de aplicação e investimento do FGTS. Os saques são autorizados pelo agente operador (CEF) e executados pela agente financeiro (CEF) e pela rede bancária habilitada.

4.4.1. Critérios para a movimentação do FGTS

Segundo a legislação vigente, as contas vinculadas do FGTS podem ser movimentadas nas seguintes situações:

- Despedida sem justa causa;
- Término do contrato por prazo determinado;
- Aposentadoria;
- Suspensão do Trabalho Avulso.
- Necessidade pessoal, urgente e grave, decorrente de desastre natural causado por chuvas ou inundações que tenham atingido a área de residência do trabalhador, quando a situação de emergência ou o estado de calamidade pública for assim reconhecida, por meio de portaria do Governo Federal;
- Falecimento do Trabalhador;
- Ter o titular da conta vinculada, idade igual ou superior a 70 anos;
- Quando o trabalhador ou seu dependente for portador do vírus HIV;

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990, art. 9º, §1º e Resolução 200/95, item 8.6, do Conselho Curador.

- Quando o trabalhador ou seu dependente for acometido de Neoplasia Maligna (câncer);
- Quando o trabalhador ou seu dependente estiver em estágio terminal, em razão de doença grave e possuir conta cujo saldo seja decorrente do complemento dos planos econômicos, quando formalizada a adesão até 30.12.2003.
- Permanência da conta por três anos ininterruptos sem depósito, para os contratos rescindidos até 13/07/90 e, para os demais contratos, a permanência do trabalhador por três anos ininterruptos fora do regime do FGTS;
- Rescisão do contrato por culpa recíproca ou força maior;
- Rescisão do contrato por extinção total ou parcial da empresa;
- Decretação de nulidade do contrato de trabalho nas hipóteses previstas no art. 37, II, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário; Rescisão do contrato por decretação de nulidade do contrato de trabalho nas hipóteses previstas no art. 37 § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário, ocorrida após 28.07.2001;
- Rescisão do contrato por falecimento do empregador individual.
- Utilização na compra da casa própria;
- Aplicação em FMP⁸⁵; Pagamento de prestação/amortização/liquidação de saldo devedor do SFH;

Embora ao longo dos anos as hipóteses de saque tenham sido ampliadas, houve uma retração quanto à possibilidade de movimentação da conta fundiária por motivo de casamento.

A Lei 5.107/66, revogada em 1989, permitia o saque do FGTS em caso de casamento pela trabalhadora, mas não previa o mesmo direito para o participante do sexo masculino. A legislação que atualmente regulamenta o fundo (Lei 8.036/90) não inclui o matrimônio entre as hipóteses de saque.

⁸⁵ Fundo Mútuo de Privatizações, introduzido pela Lei nº 9.491/97.

5. O FGTS E A POLÍTICA ECONÔMICA ESTATAL

A redução dos diferentes encargos que incorrem sobre a atividade produtiva está entre os focos capitais das propostas de reforma tributária ainda em discussão. Discute-se que essa desobrigação patrocinará a competitividade sistemática da economia, com ganhos de produtividade, melhoria das condições de concorrência nos mercados externos e benefícios de preço e qualidade para o consumidor. Acredita-se ainda que a redução de tributos venha colaborar para expansão do emprego formal e amortizar a informalidade e a inadimplência das obrigações legais pelas empresas.

É bastante difundida a hipótese, no caso dos contratos de trabalho, de que os encargos incidentes sobre a folha de pagamento representam grande limitação ao crescimento do emprego formal e à ascensão da competitividade da economia de forma geral. O FGTS aparece como um dos ônus do empregador (8% mensais sobre o salário, mais a indenização de 40%⁸⁶ sobre o saldo da conta do empregado no caso de demissão sem justa causa) restritivo à ampliação de empregos formais. Qualquer proposta de alteração nessa área defronta-se com dificuldades consideráveis, decorrentes, em boa parte, da natureza peculiar do FGTS.

Os recursos do fundo destinam-se a vários fins para os diferentes agentes econômicos envolvidos. Para o trabalhador, além de seguro contra o risco de perda do emprego, a conta do FGTS é considerada parte de sua renda e fonte de poupança para o futuro: além de poder sacar de sua conta para compra ou reforma de imóvel residencial, mesmo enquanto está empregado, o trabalhador muitas vezes "força" sua demissão, ou acerta com o empregador uma demissão "negociada", com o objetivo de levantar recursos que tendem a outro destino.

Para o governo, os depósitos no FGTS deveriam representar importante fonte de poupança compulsória, capaz de contribuir de forma significativa para o financiamento de algumas políticas sociais, por meio da oferta de crédito a setores não-atendidos pelo sistema financeiro privado. Ao menos é esse um dos objetivos de natureza social para o qual fora instituído.

Para o próprio FGTS, as contribuições representam a principal fonte de recursos correntes, indispensáveis ao seu equilíbrio financeiro, tendo em vista que o prazo médio de

⁸⁶ Sobre as alterações nos valores de 8% para 8,5% nos depósitos das contas vinculadas e no acréscimo de 10% no valor da indenização patronal em casos de despedida injustificada ver item 6.2 deste estudo.

vencimento das obrigações (as contas vinculadas dos trabalhadores) é bem menor que o prazo médio de amadurecimento das operações ativas. Acrescente-se que os saques têm crescido muito nos últimos anos com o aumento do desemprego, e as receitas dos depósitos têm caído, com a crescente informalidade nas relações de trabalho.

O deslinde da importância primária e atual do FGTS para o governo, para o empregador e para o empregado levou a percorrer os caminhos da sua constituição e agora a tomar a direção em uma perspectiva mais crítica. Lembrando que esse trabalho não se propõe à indicação de um modelo que substitua o Fundo, mas levantar questões que merecem, transcorridas quatro décadas de sua implantação, um reexame.

6 – O FGTS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

A propriedade essencial das relações de trabalho e do Direito do Trabalho no Brasil exprime-se pela incidência de normas estatais numa posição simétrica à concretização eficaz da contratação coletiva de trabalho e de seus instrumentos normativos.

A conformação do sistema brasileiro é assinalada pela tendência ao corporativismo, onde a produção é organizada de forma a atender aos fins dos superiores interesses da nação.

O corporativismo influencia o direito sindical no Brasil desde a década de 30 quando da instituição do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio: o nascimento dos sindicatos outorgados e controlados; a normatização de convenções coletivas nos moldes dos sindicatos controlados; e a formação das comissões mistas de conciliação⁸⁷. A estrutura sindical vigente é a mesma estabelecida há mais de 70 anos, durante o Governo Vargas, tendo como base a Unicidade Sindical, sendo esta uma estrutura corporativista, atrelada ao Estado, responsável pelo reconhecimento de um único “sindicato oficial”.

Contemporaneamente, os sindicatos sustentam-se incrustados dentro do Estado, atuando bem mais pelas vias políticas do que profissionais na condução das relações de trabalho.

⁸⁷SIQUEIRA NETO, J. F.; In Marco Antônio de Oliveira. (Org.). *Economia & Trabalho: textos básicos*. Campinas: UNICAMP. Instituto de Economia, 1998, V. 1, pp. 205-217.

A Justiça do Trabalho encontra-se em sobrecarga processual, pois a idéia mais difundida é a de que o Judiciário é a via exclusiva de resolução dos conflitos trabalhistas. José Francisco Siqueira Neto⁸⁸ argumenta que toda essa estrutura legalística não é eficiente no amparo aos trabalhadores; não rebate com celeridade às modificações do processo de trabalho, e ainda instiga o não cumprimento da legislação, o que consequentemente direciona os conflitos trabalhistas ao Poder Judiciário. Ressente-se dessa prática a ausência de autonomia das representações trabalhistas em relação à regulação normativa, já que se conserva o domínio e o intervencionismo estatal sobre a organização sindical.

A forma sistemática das relações de trabalho brasileira está configurada num conjunto de regras cunhadas pelo Estado, envolvida na mais ampla interferência legislativa, em que as negociações coletivas revelam-se insignificantes ou incompetentes quanto à generalização de seus efeitos.

A novidade significativa na Constituição Federal de 1988, com relação à matéria de direito do trabalho, foi a inserção dos direitos dos trabalhadores como "Direitos Sociais", que versa na inclusão desse capítulo no título dedicado aos "Direitos e Garantias Fundamentais", ao lado dos "Direitos Individuais e Coletivos"⁸⁹.

Diante desse painel conflitante das relações de trabalho, em que o Estado intervém com regras que colocam os seus interesses acima dos interesses dos trabalhadores, reafirma-se a necessidade de discutir a relevância do modelo em vigência do FGTS, a aferição do seu alcance e os efeitos que ele provoca, e quais as implicações sobre as relações de trabalho. Entende-se por relação de trabalho o estabelecimento do vínculo empregatício entre empregado e empregador.

Relembrando as colocações que deram origem a este estudo, a respeito das conseqüências da instituição do Fundo sobre essas relações, como: a desconstrução das

⁸⁸ SIQUEIRA NETO, J. F. Op. cit. p. 212.

⁸⁹ As principais manifestações infraconstitucionais até a Constituição Federal de 1988, além das regulamentações específicas que regem as relações de trabalho, são: A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 01.05.1943, que regula todas as relações individuais e coletivas do conjunto dos trabalhadores, exceto os trabalhadores rurais e servidores públicos; A Lei n. 5.889, de 08.06.1973, que institui normas reguladoras do trabalho rural; A Lei Federal n. 1.711, de 28.10.1962 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União), que regulou as relações de trabalho dos funcionários públicos civis da União Federal, sendo alterada pela Lei n. 8.112/90 (Regime Jurídico Único); A Lei n. 4.330, de 01.06.1964, que regulou o direito de greve, alterada pela Lei n. 7.783/89; A Lei n. 5.107, de 13.09.1966, que criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e aniquilou com a estabilidade no emprego (ainda em vigor com alterações); A lei n. 6.019, de 03.01.1974, que regulou o trabalho temporário (ainda em vigor); O Decreto-Lei n. 1632, de 04.08.1978, que dispôs sobre a proibição de greve nos serviços públicos e em atividades essenciais e de interesse da segurança nacional (revogado pela Constituição Federal). SIQUEIRA NETO, J. F. Op. cit., p. 209.

relações de trabalho; o incentivo ao revezamento, favorecendo a rotatividade; o favorecimento do desemprego estrutural; o fim da estabilidade de emprego.

A fragmentação das relações de trabalho deve-se, em grande parte, à instituição do FGTS. A partir de sua implantação, e sua posterior regulamentação, suprimiu-se a estabilidade dando lugar a um sistema meramente indenizatório, provocando despedidas ao arbítrio do empregador.

Esse segmento estimula o chamado revezamento em prejuízo da estabilidade do trabalhador que, ao término do contrato, estará desempregado, recebendo, ainda que sem justa causa, bem menos do que recebiam os trabalhadores antes de 64.

Contrários à idéia de que o FGTS fora responsável pelo banimento da estabilidade, existem argumentos de que a lei anterior gerava problemas, como a demissão sumária de trabalhadores ao completar os 9 anos de casa, isto é, antes que adquirissem a estabilidade. É bem verdade que, se existia alguma forma de proteção contra a demissão ou que um empregado teria seu emprego por até 9 anos, com a instituição do FGTS, essa garantia ficou reduzida a poucos meses.

Durante a vigência do regime da estabilidade, se uma empresa dispensasse um empregado estável, em razão de sua extinção, ou quando não houvesse motivo de força maior para isso, ela seria obrigada ao pagamento de uma indenização de um mês de serviço, por ano trabalhado (art. 478, da CLT), em dobro (arts 497 e 498, do mesmo diploma legal).

Outro aspecto importante a se observar com cautela e boa vontade é o fato de que, a maior parcela das empresas do país são constituídas por pequenas e micro empresas, com uma carga tributária além das potencialidades das mesmas, o que faz com que em muitos casos o FGTS nem sequer seja pago. Além do que, em caso de dispensa injustificada do trabalhador, o empregador é obrigado a pagar, a título de indenização, o valor de 40% sobre os depósitos feitos no Fundo, que na realidade, a partir de 2001, passaram a ser de 50%.

Também, a rotatividade criou imensos problemas para as pequenas empresas, basicamente atacando as tradições de trabalho, de ofício e hábitos de trabalho. As empresas de construção civil principalmente, mais do que em qualquer outro setor da economia, tornaram-se suficientemente aptas para dispensar levas de trabalhadores durante as etapas de cada obra.

O fato é que as leis fundamentais do país são elaboradas para socorrer os interesses do Estado. Vale lembrar que os depósitos de “indenização” tornaram-se obrigatórios em banco, o que beneficiou em muito os banqueiros e o capital especulativo. Desta forma, a

vantagem que o pequeno empresário usufruía sobre o trabalhador teve que ser compensada com a obrigatoriedade do depósito em banco, mensalmente.

Esses e outros são aspectos do Fundo que contribuem para o aumento do desemprego estrutural, corroborado por um arsenal de artifícios jurídicos e pressões econômicas que forçam o empregado a sujeitar-se a condições de trabalho que lhe são oferecidas, sem nenhuma garantia, sequer carteira assinada.

6.1. Vantagens e desvantagens do FGTS

Seguramente, o regime do Fundo de Garantia demarcou sulcos profundos no panorama da economia brasileira. E não poderia deixar de notar que a estrutura defletiu os rumos do mercado de trabalho com acentuadas linhas de vantagens e desvantagens.

Segundo Vera Lúcia Ferrante⁹⁰, a partir do FGTS, empresários consideraram ter surgido uma alternativa melhor para a dispensa de empregados improdutivos e conseqüentemente a seleção de outros mais eficientes. O que a autora pontua de “racionalização da atividade empresarial” vista sob a ótica governista, devido ao seu caráter facilitador do rompimento das relações de emprego. Ela argumenta demonstrando que está longe de ser racionalista o critério de dispensa surgido a partir do FGTS, uma vez que na perspectiva de renovação do quadro de empregados nem sempre o efeito pretendido é alcançado, como por exemplo, a falta de experiência do novo empregado, comportamento deficiente ou mesmo uma troca equivocada entre bons empregados por outros menos eficientes. E tudo isso acarreta ainda perda de tempo e dispêndio de capital, descaracterizando e distanciando o comportamento empresarial do objetivo de racionalização e do princípio da eficiência.

Toda essa facilidade de reformar o quadro de empregados das empresas, proporcionando uma maior rotatividade da mão-de-obra, só foi efetiva para o empregador. Nenhum impedimento trouxe a lei do FGTS ao empregador quanto à dispensa arbitrária, a não ser a indenização rescisória de 40% sobre o valor do fundo já depositado. O mesmo não se verifica em relação ao empregado, que perde o direito à indenização rescisória e ao saque da

⁹⁰ FERRANTE, Vera Lúcia B. Op. cit., pp. 186 – 194.

quantia depositada no fundo quando ele próprio solicita o seu desligamento da empresa. Sem falar que no início da vigência da lei do FGTS existia um plano de capitalização diferenciada de juros de acordo com a permanência do empregado na empresa e a possibilidade de candidatar a planos de aquisição da casa própria empregados com mais de cinco anos na mesma empresa.

As argumentações numéricas com as quais Vera Lúcia Ferrante expressou seu estudo mostram que 88% dos empresários consideraram que a lei do FGTS trouxe vantagens. O novo quadro deu uma maior liberdade para alterar o ritmo de produção da empresa sem enfrentar os transtornos, em detrimento da lei de estabilidade, presentes na relação patrão-empregado à hora da dispensa. E 86,5% deles consideraram que a lei veio beneficiar a situação dos trabalhadores.

O mesmo foi constatado na inquirição de trabalhadores, em que a maioria considerou que eles próprios foram os maiores beneficiados pela lei, em segundo lugar os empregadores e em terceiro o governo. Para justificar os benefícios da própria classe com o advento da lei, argumentaram com o fato de que o maior causador de dispensa não seria mais o tempo, o fim das pressões no período pré-estabilidade e a maior liberdade para sair em busca de novas oportunidades de emprego. As argumentações daqueles que consideraram ser os empresários os mais beneficiados pela lei apontam a redução dos compromissos referentes ao pagamento da indenização, a possibilidade de não ter mais problemas com empregados estáveis e a maior liberdade para a escolha do quadro de pessoal. Já os empregados que consideraram ser o governo o mais beneficiado, justificaram declarando que o mesmo passou a ter a possibilidade de fazer negociações e utilizar os recursos do FGTS em seus empreendimentos, encontrando na alteração da legislação trabalhista formas de adequá-la aos objetivos propostos em sua política econômica.

Delineando as opiniões de empregados e empregadores a respeito do caráter vantajoso do FGTS, Vera Lúcia Ferrante aponta uma boa parte favorável à idéia de que a lei não trouxera desvantagens para a classe empresarial. Nesse arcabouço de vantagens para empregadores estaria a disponibilidade de planejar racionalmente seu orçamento, com a previsão antecipada da exigência do depósito; a diminuição dos problemas de indenização, com o fim de obstáculos de cunho econômico, ao desfazimento das relações de emprego; a maior liberdade de ação na demissão e admissão de funcionários; a perspectiva da obtenção de maior rendimento e produtividade; a facilitação para dispor de empregados improdutivos

com o fim da estabilidade, e tudo isso sem a necessidade de pagar em dobro a indenização, retirando o regime de responsabilidade direta das empresas no pagamento destas, com a inserção do sistema de responsabilidade coletiva e institucionalizada.

No rol dos aspectos desfavoráveis ao empresariado situam-se o aumento das despesas decorrentes da obrigação de depósitos mensais em favor de todos os empregados, podendo gerar desequilíbrio no orçamento, antecipando um problema que, sobretudo só aconteceria com o fim da relação e a possibilidade de perda de empregados produtivos devido à maior mobilidade por eles contraída.

Em sua pesquisa, a Autora citada⁹¹ aponta uma maioria absoluta de empregadores que consideraram o FGTS adequado para o empregado por razões como direito à indenização de 40% do valor do fundo no ato da dispensa, maior autonomia na relação de emprego e a possibilidade de acesso aos benefícios da lei de forma mais justa. Já os empregados consideraram como desvantagens do novo sistema, a perda da estabilidade e a conseqüente insegurança daqueles empregados não especializados ou mais velhos que poderiam ser substituídos por outros mais jovens e mais especializados.

A principal constatação de seu trabalho está no fato de que, mesmo empregados e empresários posicionando-se diferentemente no arcabouço da economia, não ocorreu dissensões capitais nas manifestações favoráveis diante das modificações suportadas pela legislação trabalhista. Nem mesmo em presença da eliminação da regulamentação da lei da estabilidade constataram-se manifestações expressivas de conflitos de interesses de ambas as classes. Podendo até mesmo se verificar certo apoio e cooperação à nova ordem vigente imposta pelo governo.

A maioria dos empregados nunca experimentou algo parecido com o regime da estabilidade. Nasceram sob a nova ordem, e se quer conhecem sua estrutura ou fundamentação além de um simples depósito mensal em sua conta, que determina o saque em situações especiais.

A substituição da Lei da estabilidade pela do FGTS provocou críticas ao governo no sentido de que as vantagens financeiras proporcionadas pela nova lei não está à altura da perda de um direito social já conquistado, direito ao qual, este mesmo governo, forçou sua renúncia por parte do trabalhador, tão somente porque a classe patronal teimava em não acatá-lo.

⁹¹ FERRANTE, Vera Lúcia B. Op. cit., p. 196.

É visível a incapacidade do Fundo em impedir as despedidas por ato unilateral dos empregadores. O efeito contrário desse impedimento é a facilitação que a classe patronal encontrou diante da lei do FGTS em promover despedidas sem qualquer justificativa. Esses são indicativos de que a lei do Fundo revigorou a força empresarial em detrimento do trabalhador.

A partir daí, a indisciplina, a baixa produtividade, atitudes de inconformismo com as regras da empresa e até mesmo a substituição de um funcionário por outro de salário mais baixo são critérios mais comuns para os despedimentos.

É notável também a estratégia governista em incluir a proteção com garantia de estabilidade a membros de sindicatos. De certa forma, estes se tornaram aliados do governo e da classe empresarial na implementação da lei do Fundo.

No entanto, resta verificar se os argumentos favoráveis ainda são fortes o bastante para que se continue insistindo na permanência inalterada da lei do FGTS.

6.2. Distorções dos objetivos do FGTS

De sua concepção em 1966, o FGTS tinha dois alvos fundamentais proferidos. De um lado, compor fundo de acúmulo de capital para proveito do trabalhador que fosse dispensado; de outro, as reservas obtidas com os depósitos compulsórios formados serviriam para a manutenção do programa habitacional do governo federal.

Como engenho no amparo contra o desemprego, o FGTS mostrou-se um mecanismo impróprio, uma vez que se constata que os trabalhadores que mais carecem são precisamente os que menos acumulam no fundo. Até porque, uma das conseqüências ressentidas de sua implantação foi o aumento da rotatividade e instabilidade das relações de trabalho nos fragmentos mais baixos da categoria salarial.

Pelo lado das aplicações, uma série de distorções se seguiu. O FGTS deu mostras de fracasso ao não cumprir o compromisso de pagar aos titulares de suas contas vinculadas uma taxa de juros real de 3% no período que antecedeu ao Plano Real. É importante que se verifique que sequer uma taxa positiva de rendimento foi obtida durante este período. Em termos mais objetivos, o FGTS deixou de proporcionar rendimentos que ao menos

contrabalançassem a perda produzida pela inflação, provocando apreensões significativas do capital dos trabalhadores aplicado nesta modalidade de poupança compulsória.

Para acentuar ainda mais o histórico de desencontros entre os objetivos do fundo e a sua realidade em desacordo com estes, não há equivalência entre o regime da estabilidade e o regime do fundo no que se refere ao valor dos recolhimentos e a multa do regime anterior.

Quando da criação da lei do FGTS em 1966, foi estabelecido um percentual de recolhimento de 8%, conforme art. 165, III da Carta de 1967. Consta da exposição de motivos do projeto que deu origem à Lei nº 5.107/66, uma equivalência econômica dos depósitos de 8% , somados com juros e multa, com a indenização por tempo de serviço em caso de despedida injustificada no regime da estabilidade. Ou seja, uma vez recolhidos 8% que se acumulariam durante um ano, ao final deste período equivaleriam a exatos um mês de remuneração por ano de serviço. A exposição de motivos garantiu, expressamente, que não haveria perda para os trabalhadores com a mudança de regime. Porém, estes se viram lesados diante do novo regime, uma vez que os depósitos capitalizam juros de apenas 3% ao ano e a correção monetária não supera as perdas da inflação. Ou seja, em comparação com o mês de remuneração como base de incidência da compensação por tempo de serviço não recebem 100%.

Sobre a diferença residual entre o antigo e o novo sistema, O TST editou, então, a Súmula nº 98, que pronuncia:

A equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e da estabilidade da Consolidação das Leis do Trabalho é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos quaisquer valores a título de reposição de diferença.

No final da década de 80, devido a mudanças reiteradas nos índices econômicos, provocados pela transição de planos econômicos consecutivos do governo (planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II), as contas do FGTS suportaram freqüentes danos.

Em virtude da dilapidação evidente do patrimônio dos trabalhadores em depósito no fundo, o STF julgou em 31 de agosto de 2000 o RE 226.855-7/RS reconhecendo que a Caixa

Econômica Federal executou de forma incorreta a correção monetária derivada dos planos econômicos citados, com decisão no seguinte sentido⁹²:

I – a relação do assalariado com o FGTS não é de natureza contratual, mas institucional;

II – sendo institucional a relação, os titulares das contas não têm direito a determinado regime jurídico de correção monetária com base na inflação real, de modo que os saldos das contas fiquem a salvo da erosão inflacionária e das surpresas dos planos econômicos.

Na apuração de valores para efeitos de perdas econômicas, o STF considerou que às contas do fundo eram devidas a título de correção apenas 16,41%, referentes ao Plano Verão/89 (período de 1º.12.1988 a 28.2.1989) e 44,80%, referentes ao Plano Collor I/90 (abril de 1990).

João de Lima Teixeira faz críticas nesse sentido⁹³:

A decisão do Supremo Tribunal, mesmo sendo favorável à União, em sua maior parte, impôs a esta a obrigação de repor, nas contas do FGTS, as correções [...] referentes ao chamado Plano Verão [...], e [...], referentes ao Plano Collor I [...], *não em razão das perdas reais havidas mas porque o governo silenciara sobre as regras de correção do FGTS ao elaborar as Mediadas Provisória desses dois planos*. Se tivesse definido o critério, mesmo que este implicasse em lesão aos trabalhadores, o STF teria dado como válido esse critério, em razão da tese adotada de que, sendo institucional a relação jurídica entre o trabalhador e o FGTS, não há direito à preservação dos valores reais do Fundo.

Há alguma coisa, no mínimo questionável a respeito desta tese, como anota João de Lima Teixeira. Uma vez que cabe ao Poder Executivo, depositário dos bens dos trabalhadores, a administração destes, não pode ser lícito fazer uso ou dispor desses bens para necessidades do próprio administrador ou por gerir mal.

⁹² Sobre contemplação do STF a respeito dos planos econômicos: Bresser, Verão, Collor I e Collor II, Arnaldo Süssekind *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. V 1, 21. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 668.

⁹³ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* Op. cit., p. 669.

Em agosto de 2001 o FGTS sofreu um golpe expressivo através da edição da súmula 252 do STJ, ao conformar-se com o direito dos trabalhadores ao expurgo da inflação, realizado pelos planos econômicos: Verão e Collor. Como agente operadora do Fundo, a Caixa Econômica Federal, deixou de atualizar essas contas pelos índices de 26,05% e 84,32%, correspondentes à inflação dos meses de fevereiro/89 e março/90, o que resultou numa majoração nas mesmas em aproximadamente 69%.

A Caixa Econômica Federal, operadora do fundo, responsável pela reposição dos percentuais, declarou não dispor desse montante, cujo valor de sua dívida chegou a quarenta bilhões de Reais naquela época. O Poder Executivo eximiu a CEF dessa responsabilidade.

O Governo Federal chegou a apresentar propostas para obter o montante a fim de pagar aos trabalhadores. Propostas que não lograram êxito. Por último, com a edição da Lei Complementar nº.110/01, transferiu-se aos empregadores a obrigação de pagar a conta, transformando-os em sujeitos passivos da obrigação tributária.

A edição da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, produziu medidas com o propósito de permitir a reposição dos valores correspondentes aos expurgos gerados pelos Planos Econômicos, que refletiram na atualização dos depósitos nos quase 60 milhões de contas vinculadas, existentes em 89 e 90, fazendo com que as mesmas tivessem uma defasagem correspondente a 68,89%.

A referida Lei determinou que se constituísse um acréscimo de 10% a serem pagos pelo empregador no caso de dispensa imotivada. Esse acréscimo não será revertido em favor da conta vinculada do empregado dispensado, mas sim em favor do Fundo, cujo escopo será a quitação da dívida da Caixa Econômica com os empregados que dispunham de contas vinculadas em 1989 e 1990. Ou seja, os empregados dispensados sem justa causa continuam a auferir os mesmos 40% anteriores a edição da Lei Complementar nº 110/01, porém as empresas são obrigadas a depositar 50% do que estava depositado na conta vinculada do empregado dispensado sem justa causa.

Além do acréscimo de 10%, esse mesmo dispositivo instituiu outro acréscimo, no valor de 0,5 %, também devido pelo empregador, mensalmente, sobre os salários de seus empregados. Os 8% devidos sobre as parcelas nas quais há incidência de contribuição para o FGTS, a partir da Lei Complementar nº 110/01, passou a ser de 8,5%⁹⁴. Mais uma vez, o

⁹⁴ Além das medidas citadas, a edição da Lei Complementar nº 110/01 gerou obrigação para os empregadores com o direito do empregados despedidos a partir de 1º de dezembro de 1989 ao recebimento da diferença registrada no valor da indenização de 40% paga e razão da despedida sem justa causa. Sobre a questão do

acrécimo de 0,5% não beneficia o trabalhador. Este acréscimo é depositado no mesmo Fundo, com o propósito de minimizar a dívida da CEF para com os trabalhadores, cujas contas vinculadas foram atingidas pelo expurgo dos Planos Verão e Collor.

Todas as distorções e impropriedades comungam rumo à confirmação do quanto o sistema do FGTS é vulnerável, e carece com demasiada urgência de modificações. Ele não está resguardado por nenhum mecanismo legal das variações econômicas, principalmente de medidas governamentais como as que o país já presenciou e vem presenciando.

6.3. Desconstrução das relações de trabalho

Em qualquer tempo, e principalmente na contemporaneidade, as relações de trabalho estão atreladas aos problemas sociais. É o desemprego, o problema social decorrente, responsável por uma série de enormes problemas que atingem toda a sociedade e o homem enquanto indivíduo ávido por estar incluso nesta sociedade marcadamente capitalista.

O desemprego está ligado às políticas de macro-economia, porém, ao mesmo tempo, se encontra acoplado à forma de regulação das relações de trabalho. Aos empregadores é adjudicada enorme facilidade jurídica para despedirem seus empregados, acendendo uma grande rotatividade de mão-de-obra, que tanto incita o desemprego quanto patrocina a precariedade nas relações trabalhistas, e mais, coloca o trabalhador numa posição mais frágil, provocando a precarização das condições de trabalho.

Nesta perspectiva, o direito do trabalho deve cumprir uma de suas finalidades, delineando o que seria um melhor exemplo de segurança e decência nas relações de trabalho, qual seja o de coibir o desemprego desmesurado e involuntário que apenas serve para desenvolver o exercício de contratos que desqualificam os seus fins sociais e motivam insegurança na sociedade.

“Reflexo do crédito de complementos de atualização monetária na obrigação do empregador de pagar a indenização de 40%”, ver Arion Sayão Romita, *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*, São Paulo: LTr, 2003, pp. 327-330.

Novamente, é forçoso avivar que a dispensa injustificada de trabalhadores não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, visto que esta conferiu, no inciso I, do seu artigo 7º, aos empregados a garantia da “proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

No Brasil, o posicionamento doutrinário interpreta a Constituição Federal no sentido de entender que a ordem jurídica resolveu privilegiar o direito de despedir sem justificativa como pedra fundamental do sistema de rescisão dos contratos trabalhistas. Diga-se de passagem, que é ao avesso do que assegura toda a ostentação constitucional, o suposto direito potestativo de resilição contratual vem sendo empregado para facilmente enfraquecer a condição social do trabalhador.

A resistência oferecida foi a ratificação da convenção 158 da OIT, acolhida na tentativa de minimizar esse problema, acenando com a possibilidade de ter o efeito de abreviar este suposto direito potestativo irrestrito, não tivesse sido ela esterilizada rapidamente pelo Supremo Tribunal Federal que lhe negou tal efeito⁹⁵.

6.4. Favorecimento da rotatividade nas relações de emprego

Acerca da rotatividade convivem as críticas mais reiteradas quanto à instituição do FGTS como aparelho regulador das relações de trabalho entre empregados e empregadores.

É considerável a afirmação de que o FGTS proporciona ao empregador maior liberdade de mobilização da mão-de-obra, o que produz por consequência a facilitação da rotatividade desta mão-de-obra.

Sob o ângulo de que a rotatividade para o empregado proporciona-lhe opção de escolher o local e atividade mais lucrativa, com possibilidade de crescimento, poderia atribuir-lhe um caráter benéfico.

No entanto, a rotatividade apresenta faces não tão simplistas.

⁹⁵ ADI-MC 1480 / DF - Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno Publicação: DJ 18-05-2001 PP-00429 Ementa Vol-02031-02 PP-00213.

Conforme adverte Roberto Brás M. Macedo⁹⁶, o FGTS tolera, em casos de demissões, que o empregador se libere de uma indenização com recursos próprios. O Fundo determina a facilidade por parte das empresas em dispensar seus empregados e recompor seus custos de mão-de-obra. Em suma, o Fundo elimina o grande problema das demissões pelos empregadores, qual seja um dispêndio severo de expedientes financeiros.

Do outro lado, o que se encontra é a possibilidade vislumbrada pelo empregado, já que o tempo de serviço é visto como um patrimônio sobre o qual pode dispor, de fazer aumentar a sua renda, principalmente em momentos de problema financeiro urgente.

Deste ponto, a rotatividade recebe estímulos do Fundo uma vez que este proporciona uma disponibilidade financeira imediata ao empregado. Daí encontra uma antítese à proposta teórica do FGTS cujo escopo “aparente” era obstar a rescisão de contrato provocada pelos empregados ao listar as hipóteses de saque.

A regulamentação do FGTS, desde a sua implementação, já decorridos 40 anos, agrava problemas ligados ao desemprego. Um aspecto que se pode atrelar aos anteriormente mencionados diz respeito aos empregados demitidos com mais de 40 anos de idade⁹⁷.

No mercado atual de trabalho, concorrem diversas situações geradas pelo agravamento do número de desempregos, e a competitividade deixa os desempregados mais velhos em desvantagem. Até os trabalhadores que estão empregados vivem situações de desconforto diante da insegurança de manterem-se no emprego. É sabido que as empresas estão sempre dispostas a substituir empregados mais antigos, conseqüentemente mais caros, por jovens com pouca ou nenhuma experiência, que estão dispostos a sujeitarem-se por salários abaixo de suas qualificações. É claro que no rol de alegações para tais despedidas, ainda que não exigível pela legislação pátria, consta a falta de qualificação, a diminuição da capacidade de trabalho, a aquisição de vícios de função inadequados aos novos padrões das empresas, etc.

De certa forma, o empregado situa-se numa relação de impotência quanto aos meios de conservação do emprego. Pode-se afirmar que existiu e ainda existe concretamente uma

⁹⁶ MACEDO, Roberto Brás Matos; CHAHAD, José Paulo Z. Op. cit., p. 57.

⁹⁷ “No Brasil, antes da modificação da legislação trabalhista, a marginalização existia em menores dimensões, pois, quando o empregado atingia a idade de 40 anos, tinha grande possibilidade de ser estável e não poder ser despedido. Com a criação do FGTS, a situação mudou e, tendencialmente, parece assumir proporções mais graves. Ao ser despedido, um homem de 40 anos dificilmente conseguirá um emprego no mesmo padrão do que ocupava antes”. FERRANTE, Vera Lúcia B. Op. cit., p. 204.

marginalização sofrida pelos empregados mais velhos, tanto nos mais facilmente despedidos quanto para os mais dificilmente contratados.

Não resta dúvida que a rotatividade é um fenômeno complexo, onde existem inúmeras causas que a justifiquem, no entanto, desde a instituição do FGTS ele tem se mostrado um fator capaz de explicar o volume de rescisões de contrato de trabalho. Um traço é encontrado no saldo acumulado na conta vinculada do empregado que se constitui num estímulo para um grande número de empregados entrarem em acordo com o empregador para, desta forma, obter recursos para satisfazer necessidades não atendidas com o próprio salário.

Outro traço do estímulo oferecido à rotatividade está nas disposições contidas no FGTS, que terminam por aprovisionar ao empregador um instrumento capaz de induzir a rescisão contratual no momento que lhe parecer oportuno. Este fato é comprovado pelo próprio demonstrativo⁹⁸ contábil do Fundo em 2006, onde fica evidente que a modalidade de saque mais representativa é a de despedida sem justa causa, responsável por 67,24% do total de saques. O que demonstra um crescimento em relação ao ano de 2005, cuja mesma modalidade de saque respondeu por 57,66% do total de saques.

Roberto Brás e Chahad discorrem sobre a questão da rotatividade como uma equação de múltiplas variáveis, onde uma delas é o FGTS⁹⁹:

Os depósitos feitos periodicamente podem ser entendidos como um parcelamento de futuras indenizações, que associado ao direito de demitir o empregado sem justa causa, conferem ao empregador o poder de enfrentar as crises, de qualquer natureza, de sua empresa, recompondo a mão-de-obra a sua disposição, deixando num plano secundário aspectos mais de conotação social, que talvez recomendassem a manutenção do vínculo empregatício com o trabalhador. O desaparecimento do sistema de indenizações nos moldes do Capítulo VII da CLT deixou sem freios a parte economicamente mais forte na relação de emprego, que é o empregador, tornando inconstantes as regras jurídicas de favorecimento de empregado.

É inegável que o FGTS funciona como um elemento catalisador da rotatividade da mão-de-obra. É importante examinar que o FGTS e toda a legislação trabalhista a que está ligado admitem em demasia a discricionariedade do ato empresarial de despedir e sem proteção adequada o trabalhador objeto dessa demissão.

⁹⁸ Demonstrações Contábeis do FGTS – Relatório Administrativo do FGTS – Exercício 2006. Disponível em: <http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/fgts/demonstracao_financeira_fgts/DEMONSTRACAO_FINANCEIRA_FGTS_2006.PDF> Acesso em: 10 abr. 2007.

⁹⁹ MACEDO, Roberto Brás Matos; CHAHAD, José Paulo Z. Op. cit., p. 119.

O sociólogo Adalberto Moreira Cardoso, em entrevista concedida ao Jornal o Globo, ao ser indagado sobre a rotatividade no emprego disse que¹⁰⁰:

Temos talvez a mais alta taxa de rotatividade anual do mundo - de 37% do universo de trabalhadores para algo entre 7% e 15% em países da Europa e nos EUA. Os grandes culpados pela rotatividade são o FGTS e a multa pela demissão, justamente os instrumentos criados para proteger os trabalhadores da arbitrariedade da demissão. Os custos para demitir são maiores quanto mais tempo o sujeito fica empregado. Então as empresas vão demitindo tão logo detectam que os custos da dispensa estão aumentando. Nesse sentido, a troca do FGTS pela garantia de emprego pode resultar na redução da rotatividade.

O FGTS, conforme visto no terceiro capítulo, é praticamente uma particularidade da legislação trabalhista brasileira. Guardada a devida similaridade com o Fundo espanhol, pode-se dizer que o FGTS é um aspecto que diferencia o direito trabalhista deste país do direito trabalhista de países europeus e o norte-americano. E se essa diferença contribui para aumentar a rotatividade no emprego neste país em relação a outros países, então é porque alguma coisa não vai bem ou perdeu completamente o foco.

6.5. O FGTS e a flexibilização do mercado de trabalho

A rigidez do mercado de trabalho no Brasil, como consequência adjacente do excesso de encargos sobre a folha de pagamento, é ponto controverso entre doutrinadores e até mesmo entre os empregadores.

O enrijecimento no emprego formal privado brasileiro é avaliado como inibidor do ajustamento econômico, diante do cenário mundial, em que a abertura comercial e a oferta do mercado de trabalho são expoentes tangíveis para inserção no panorama da competitividade internacional. O ponto de partida de discussões atuais procura avaliar as normas que promovem incessantes aumentos do custo relativo do trabalho em descompasso com o

¹⁰⁰ Adalberto Moreira Cardoso, sociólogo e professor do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), que vem estudando há meses as propostas do Governo contra o desemprego, reunidas no pacote apresentado semana passada, diz que “O capital venceu o trabalho”. “Segundo ele, ao tentar evitar o aumento do desemprego, o Governo fez uma transferência grande de recursos dos trabalhadores para as empresas, as únicas beneficiárias das medidas. O sociólogo afirma que o fim do imposto sindical vai varrer do mapa nada menos do que dez mil sindicatos no país. Ele acredita, no entanto, que as organizações que sobreviverem ficarão mais fortes porque vão aglutinar os pequenos e os médios sindicatos”. Entrevista ao jornal O Globo. Disponível em: < <http://www.sindicato.com.br/artigos/sindicat.htm> > Acesso em: 25 jan. 2007.

favorecimento relativo deste aspecto na economia, que desestimula a geração de empregos. Se de um lado as empresas se mostram inflexíveis na adequação da força de trabalho, motivadas por seus regulamentos internos, rebatendo as transformações circunstanciais e as condições de alterações estruturais do mercado, a legislação trabalhista faz um movimento inverso diante do diagnóstico de austeridade no emprego formal privado. E a saída tem apontado para uma flexibilização legislativa, alterando o sistema do FGTS e o custeio das atividades sociais, mormente da previdência, distorcendo ou extinguindo alguns direitos trabalhistas consagrados, concomitantemente na Constituição de 1988 e na CLT.

É necessário o exame do sentido do termo “flexibilização” na legislação trabalhista, lembrando que o termo flexibilização não contempla um vocábulo singular. Em espaço de direito do trabalho, ele tem sido aproveitado de forma geral para simular um conjunto variado de proposições na busca de envolver um campo bastante dilatado.

Hipoteticamente, o termo admite uma maior maleabilidade nos custos da mão-de-obra operacional dos trabalhadores, na gestão dos recursos humanos e na organização do tempo de trabalho.

Há, no entanto, outros vocábulos utilizados por parte da doutrina como, por exemplo, desregulamentação, adaptação e simplificação entre outros para explicar ou mesmo representar uma forte tendência para modernização nas relações trabalhistas. Pode-se dizer que a modernização nas relações de trabalho é entendida como sendo o menor grau de interferência do Estado em espaço de direito do trabalho.

Rosita Nassar¹⁰¹ entende que o termo flexibilização está vinculado à necessidade de outorgar às leis trabalhistas maior plasticidade, maior maleabilidade, destituindo-as, desta forma, do rigor habitual.

Colocando de maneira concisa, a flexibilização no direito do trabalho versa numa dilatação do poder que tem as partes envolvidas no contrato de trabalho, empregador e empregado, de constituírem e deliberarem acerca dos parâmetros e demarcações responsáveis pela condução das suas relações de trabalho.

Analisada como modo de adequação dos mercados de trabalho diante dos novos padrões socioeconômicos, a flexibilização pode revelar-se um contingente de modificações na

¹⁰¹ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do direito do trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 1991. p.15.

forma de prestação do trabalho no que se refere a sua duração, o seu local, a sua contraprestação e o seu encerramento.

A narrativa histórica da evolução do Direito do Trabalho demonstra o seu caráter protecionista e imperativo. Poder-se-ia dizer que o Direito do Trabalho¹⁰² é marcado por ser de ordem pública irrenunciável, e que, se transformações vêm ocorrendo é para acatar severas mutações do contexto social.

Nesse contexto de modificações da sociedade, pode-se colocar a instauração do FGTS em 1966 como a primeira flexibilização significativa ocorrida no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. É sabido também que, desse momento em diante, o regime jurídico do FGTS passou a vigor em caráter opcional e, paralelamente, a estabilidade decenal. A estabilidade no emprego após 10 anos de prestação de serviços, tida como garantia da continuidade do contrato de trabalho, não teve outro rumo que não o da supressão do mundo jurídico após a lei do FGTS.

O FGTS foi o marco da tendência flexibilista na legislação trabalhista brasileira, e a partir daí uma série de modalidades surgiram nessa direção¹⁰³.

¹⁰² “O Direito do Trabalho, entendido como ramo do Direito que promove a composição dos conflitos de interesses oriundos da prestação de trabalho subordinado e a adoção de medidas que visem à melhoria da posição social dos trabalhadores, desempenha um importante papel social, podendo ser utilizado como instrumento da política de emprego. O Direito do Trabalho, mais do que qualquer outro ramo do direito, sofre a influência das mudanças e das transformações verificadas no campo político, [...] mas também das modificações operadas no ambiente social e na situação econômica.” ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003. p. 56.

¹⁰³ Adotando-se como referência o padrão habitual de contrato de trabalho, imbuído de todas suas características e princípios que dirigem a relação empregatícia, ao longo do tempo, o ordenamento jurídico brasileiro, assumiu em normas esparsas algumas modalidades de flexibilização do Direito Laboral, como: a subempregada, em que o empregado principal no desempenho da empreitada utiliza da subcontratação de terceiros, conduzindo, fiscalizando e assalariando-as (art.455 da CLT); a terceirização da mão de obra, que é forma de contratação bem disseminada no setor empresarial objetivando ao atendimento de atividades-meio, assim consideradas aquelas que não se encaixam dentro da finalidade da empresa contratante. (ex.: Lei nº 7102/83); o trabalho temporário, que é modalidade instituída pela Lei 6019/74, destinada a contratação temporária de empregados visando o atendimento das necessidades de outras empresas; o estágio, forma de relação atípica de trabalho criada pela Lei nº 6494 de 07.12.1977, regulamentada pelo Decreto nº 87.497 de 18.08.1982, com o objetivo de promover a complementação do ensino ao introduzir o estudante no meio ambiente do trabalho mediante acompanhamento da instituição de ensino; o contrato por prazo determinado, regra (§ 2º do art. 443 da CLT) que admite a contratação por tempo determinado desde que seja feita para atender necessidade ou serviço temporário da empresa e contrato de experiência; a redução de salários, mesmo sendo previsão constitucional em seu art.7º a proteção contra a reductibilidade salarial, existe um espaço para a possibilidade de uma redução desde que negociada coletivamente; a redução ou compensação de jornada de trabalho (Incisos XIII e XIV da CF), condicionando à negociação coletiva a possibilidade de compensação de horas extras a serem abatidas com folgas; a possibilidade de aumento da jornada máxima de turnos ininterruptos de revezamento também com a participação sindical; a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas prevista no inciso VI do art.8º da C.F. também se insere dentro conceito permissivo da flexibilização diante da possibilidade de seu surgimento também por via negocial;

São considerados, para efeito de encargo trabalhista acessório ao salário do trabalhador, custeados pelo empregador, a contribuição de 8% sobre o salário mensal e a indenização de 40% sobre o saldo da conta do trabalhador na despedida sem justa causa. Estes por sua vez, são apontados como fator de arrefecimento da competitividade externa da economia, principalmente quando entendidos como um fator a mais a instigar a informalidade das relações de trabalho, que conseqüentemente é determinante na contratação do montante recolhido ao Fundo pelos empregadores.

A Lei nº 9.601, de 21/01/98, instituída com o objetivo de criar novos postos de trabalho, regulamentou o contrato de trabalho por tempo determinado, estabelecendo para esses contratos, entre outras medidas, o recolhimento patronal do FGTS de 2% (art. 2º, inciso II), com isenção da indenização de 40%, já que o contrato se encerra por expiração de prazo e não por dispensa imotivada, facultando-se ao empregador a efetivação de depósitos bancários adicionais para os empregados.

O FGTS coopera significativamente no avanço à flexibilização do mercado de trabalho, incentivando os contratos de curto prazo e a rotatividade da mão-de-obra, especialmente nos segmentos de baixa renda¹⁰⁴, exatamente por ter se tornado um facilitador da demissão do trabalhador a qualquer tempo.

Um elemento que abona a questão de que o FGTS seja um colaborador no processo de flexibilização do mercado de trabalho assenta-se num dado considerado ponto relevante – a restrição à despedida no Brasil é de caráter meramente monetário. De forma geral, o dever de indenizar não produz o efeito esperado de impedi despedidas injustificadas, e sequer existe preceito normativo que determine a reintegração do empregado ao trabalho, caso haja algum conflito acerca da demissão, salvo os casos de estabilidade provisória, previstas no artigo 10, inciso II, alíneas “a” e “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal/88, artigo 543, parágrafo 3º da CLT e artigo 118 da Lei nº 8.213/91.

Se por um lado são rígidos os custos sobre a folha de pagamento como: depósitos do FGTS e indenização em casos de despedidas injustificadas, a oferta de salários torna-se cada

¹⁰⁴ Conforme item 6.1 deste estudo, Vera Lúcia Ferrante advertiu que a flexibilização da mão-de-obra foi um dos escopos da criação do FGTS. A apreciação a cerca da rotatividade da mão-de-obra por Macedo e Chahad, op. cit. pp. 21-50, sinaliza o FGTS como um dos fatores responsáveis pelos índices constatados no Brasil.

vez mais flexível em função da rigidez destes custos¹⁰⁵. É visível, no atual mercado de trabalho no Brasil, a crescente flexibilização das despedidas e dos salários.

É adversa a posição que ocupa o montante depositado na conta vinculada do empregado. De um lado esses depósitos sagram-se como um ônus na folha de pagamento, sendo um dos responsáveis pela flexibilização dos salários e um difusor da informalidade nas relações de trabalho. Do lado do empregado o FGTS mostra-se improfícuo na qualidade de pecúlio ou como amparo para o desempregado de baixa renda. A rotatividade muito elevada nas faixas inferiores da pirâmide salarial faz com que a indenização em geral seja inferior ao montante recebido no seguro-desemprego. O acesso a indenizações consecutivas de pequena abrangência é parte da elevada rotatividade da mão-de-obra, elemento fundamental da flexibilidade do mercado de trabalho brasileiro. Quanto ao empregado de salário elevado, essa observação é pouco significativa, pois é presumível que, esse, é detentor de mão-de-obra qualificada, sendo provável uma colocação em outra empresa.

O montante das contas vinculadas, ainda que de soma pouco significativa, é grande incentivador do empregado a propor um acordo ao empregador, abrindo mão da indenização rescisória para sacar o valor contido no Fundo.

6.6. Favorecimento do desemprego estrutural

O quadro de desemprego estrutural está densamente ligado à situação econômica do país. O desemprego estrutural é ocasionado pelo desajustamento da estrutura econômica que atua sem empregar inteiramente a força de trabalho disponível. Sua derivação, na maior parte, é provocada pelo aniquilamento de ocupações tradicionais no meio rural, pela constante deficiência na base educacional, pela crescente convergência de um mercado de trabalho cada vez mais desregulado em meio a tantos outros fatores.

¹⁰⁵ CAMARGO, J. M. A. G (Org.). *Flexibilidade do Mercado de Trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, p. 19, considera a rigidez dos custos sobre a mão-de-obra um responsável direto pela redução dos salários: “[...] quando negocia um contrato legal, o trabalhador está negociando o salário nominal acrescido dos salários indiretos que receberá. É por isso que os salários de mercado refletem todos os custos de mão-de-obra que revertem ao trabalhador, e não apenas seu salário nominal. Isso significa que a rigidez do custo não-salarial da mão-de-obra não torna rígido o seu custo real total, uma vez que os salários reais sejam flexíveis”.

Na argumentação de Pochman¹⁰⁶, em períodos de prosperidade generalizada, com a ampliação da renda, de abertura de novas fábricas e de aumento no consumo, o emprego tende a alcançar níveis mais elevados, enquanto nas fases de desaceleração econômica há geralmente o aumento da taxa de desemprego. Nesses casos, as empresas utilizam menos a capacidade produtiva, enquanto o setor público corta gastos e o crédito é reduzido. As flutuações cíclicas no comportamento geral da economia têm sido muitas vezes contra-arrestadas pelo manejo das políticas fiscais, monetárias e comerciais. Dessa forma, as oscilações mais amplas no nível de atividade podem ser contidas ou minimizadas, com efeitos diretos sobre o comportamento conjuntural do emprego,

A partir da década de 90 ativou-se no Brasil transformação de cunho neoliberal¹⁰⁷. Seus efeitos trouxeram impacto significativo nas grandes cidades, principalmente as de caráter social, mais efetivamente nos processos de produção e gestão da força de trabalho. O declínio do emprego formal, a contração dos salários e a precarização das relações de trabalho, foram e ainda são os principais problemas que se acentuam nas regiões metropolitanas.

Das reformas neoliberais ressentem-se o fortalecimento do mercado de capitais, o arrefecimento da força de trabalho no setor industrial provocado pela automação da produção, a terceirização, a ampliação do desemprego estrutural, e o recorde de lucros dos bancos privados.

A regulamentação do trabalho tem sido apreendida como um obstáculo ao alargamento do capital, sendo necessário garantir produtividade sob baixos custos salariais. Como implicação direta, os resultados consolidam-se por meio do aumento do trabalho informal; aumento da carga horária de trabalho; arrefecimento do rendimento médio do trabalhador, determinado pelo desemprego e pela desregulamentação. Alterações se seguiram, favorecendo a “livre negociação”; contrato por tempo determinado, sem direito à indenização de 40% sobre o FGTS; jornada de trabalho semanal superior às quarenta e quatro horas previstas na Constituição, sem pagamento das horas extras (banco de horas); “despedida temporária”, com interrupção do contrato de trabalho por cinco meses.

Durante a década de 90, foram propostas muitas alterações por meio de portarias, medidas provisórias, leis, emendas constitucionais. Essas alterações foram responsáveis pela

¹⁰⁶ POCHMANN, M.; OLIVEIRA, M. (Org.). *Economia & Trabalho: textos básicos*. Campinas: UNICAMP. IE, 1998, pp. 219-233.

¹⁰⁷ POCHMANN, M.; OLIVEIRA, M. (Org.). Op. cit., pp. 219-233.

precarização do trabalho, enfraquecendo as condições e o contrato de trabalho, patrocinando os interesses dos empregadores, deixando ao completo arbítrio patronal as despedidas, removendo do Estado a responsabilidade para com as políticas públicas.

O FGTS, direito do trabalhador, já precário, além de não oferecer óbice às demissões tem sido alvo de propostas que reduzem ainda mais a sua significância. Nos contratos temporários, além da redução no recolhimento patronal de 8%, inexistente a indenização de 40% sobre o FGTS. Os recursos do Fundo têm sido empregados até mesmo para as privatizações de empresas públicas.

A reforma trabalhista a ser desencadeada após a reforma sindical propõe acabar com direitos como a indenização de 40% do FGTS para as demissões sem justa causa, o 13º salário, entre outros, que estão definidos pela CLT e pela Constituição Federal.

Acreditou-se que a substituição progressiva do instituto da estabilidade no emprego pelo sistema do FGTS geraria um aumento nos postos de trabalho no Brasil, pois o seu propósito seria um meio de atrair capitais privados estrangeiros¹⁰⁸.

O aniquilamento da estabilidade de forma definitiva não acarretou qualquer ampliação nos postos de trabalho. Convém elucidar que nenhum estudo demonstrou que a geração de postos de trabalho estava atrelada ao fim da estabilidade e, o que de fato passou a ocorrer de maneira desmedida, foram as despedidas, tendo como consequência o crescimento do nível de desemprego. O FGTS, é claro, não é o único responsável por esse quadro. O aumento do nível de desemprego é um processo complexo, seqüela da política econômica e do mercado globalizado em franca expansão em todo o mundo.

A arrecadação do FGTS ficou muito comprometida, já que o instituto se mostrou incompetente na promoção do nível de emprego no país. Na tentativa de cercar o problema, e promover o aumento da arrecadação, o governo tornou a arrecadação do FGTS opcional para os patrões de empregados domésticos. A adesão à opção oferecida mostrou-se insignificante diante das expectativas. Outra tentativa sem grandes reflexos entre os empregados foi a utilização dos valores depositados em suas contas vinculadas para comprar ações de empresas estatais.

¹⁰⁸ O Senador Roberto Campos foi um dos arquitetos do sistema do FGTS, e alegou em sua defesa que: "a redução da importância da estabilidade, dentro da legislação trabalhista nacional, está sendo encarada como meio de atrair capitais privados estrangeiros, que encontram, em nossa legislação trabalhista, freio aos seus desejos de expansão e inversão" (Diário do Congresso, Seção I, 14-4-76, p. 7360).

Ainda na tentativa de promover a criação de novos postos de trabalho, foi instituído o contrato por tempo determinado (Lei n.º9.601, de 21.01.1998, art. 2º, inciso II), no qual as contribuições dos empregadores reduziu-se a 2%. Contudo, o número de contratos nessa modalidade não é expressivo do ponto de vista da geração de empregos e é prematuro para que se tenha uma noção do que isso representou em termos de acréscimo no Fundo. E mais, o encerramento do contrato de trabalho se dá por decurso de prazo e não por dispensa injustificada, não tem o empregado outra remuneração que não seja o salário mensal, sem direito a multa de 40%.

Em termos de geração de empregos, a substituição do regime da estabilidade, prevista na CLT, pelo instituto do FGTS não proporcionou vantagens ao empregado. A perda da estabilidade pelo empregado promoveu dispensas sem restrição, a qualquer tempo. Mesmo até depois da criação do seguro desemprego (Lei 7.998/90), a situação do desempregado continuou difícil, pois como não havia abertura de novos postos de trabalho, ele permanecia nessa situação, enquanto que o benefício era limitado no tempo (Lei 8.900/94).

Por outro lado, o chamado desemprego estrutural, resultante da abertura econômica e da modernização tecnológica, tende a manter alta a pressão para o pagamento dos benefícios do FGTS (saques), o que restringe ainda mais sua capacidade de investimento.

7. A DESPEDIDA ARBITRÁRIA NO BRASIL E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AO EMPREGO

Muito embora, durante a Assembléia Constituinte formada para a elaboração da Constituição de 1988 tenham surgido propostas¹⁰⁹ no sentido de se acolher uma estabilidade, vinculada simplesmente à admissão do trabalhador ou ainda uma tentativa de proteção ao trabalhador contra despedidas sem justa causa ou sem motivo justificado, o resultado ao qual se chegou foi a supressão da estabilidade.

A autonomia da vontade entre as partes do contrato de trabalho não é irrestrita, porquanto existem regras básicas estabelecidas pela lei trabalhista que devem ser seguidas. Não obstante de se pensar que o mais salutar inclina-se para uma relação de trabalho

¹⁰⁹ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., pp. 67-70.

equilibrada entre empregado e empregador, é bem verdade que a prática é outra, até porque este último é quem detém os meios de produção e o poder econômico.

No Brasil, a proteção ao empregado contra despedidas arbitrárias e sem justa causa, prevista no inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal, até o momento não foi regulamentada por lei complementar. No entanto, a doutrina já distingue ambas as modalidades de dispensa imotivada, apesar de se questionar se a dispensa sem justa causa já não estaria englobada pela despedida arbitrária.

Na definição de Maristela Basso¹¹⁰, é considerada arbitrária a despedida que ocorre pelo capricho do empregador e que não se fundamente em motivos econômicos, financeiros, técnicos da empresa ou disciplinares (falta grave do empregado). Esta definição foi obtida por afinidade ao artigo 165¹¹¹ da CLT que versa sobre a vedação da despedida arbitrária do representante dos empregados na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA¹¹². Quanto à dispensa sem justa causa, esta deriva de motivos econômicos, financeiros e técnicos da empresa, mas fora das hipóteses classificadas pela lei como justa causa do empregado, afastado o motivo disciplinar. Portanto, está desamparada de fundamentação legal.

Consideram-se motivos econômicos e financeiros aqueles relacionados à insolvência da empresa. Motivos técnicos ou tecnológicos referem-se à atividade de produção que podem ser ocasionadas, por exemplo, pela automatização da empresa. E o motivo disciplinar é consequência de falta grave cometida pelo empregado dentro das hipóteses taxativas previstas no artigo 482 da CLT.

A despedida arbitrária consubstancia-se no desvio do poder de direção e organização do empregador. Investido do direito de propriedade, o empregador detém o poder de mando que se revela de forma disciplinar (aplicação de penalidades pela empresa ao empregado insubordinado ou indisciplinado), organizacional (o empregador organiza a atividade econômica empresarial) e de controle (a empresa fiscaliza as atividades profissionais do empregado).

¹¹⁰ BASSO, Maristela. *A Convenção 158 da OIT e o direito constitucional brasileiro*. Trabalho & doutrina: processo e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, n. 1, 1996. p. 30.

¹¹¹ Art. 165. Os titulares da representação dos empregados da CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

¹¹² MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*, 4 ed. São Paulo: Atlas. 2001, p. 317.

O empregador, apesar de deter o poder de direção, muitas vezes abusa desse direito e sem qualquer razão fundada na lei ou nos motivos técnicos, econômicos e disciplinares dispensa o empregado.

A conseqüência direta é a perda do emprego que gera efeitos sobre a vida do empregado e de sua família como pobreza progressiva com perda do poder aquisitivo, dívidas, entre outros. Razões como essas são suficientes para que a referida lei complementar venha regulamentar o inciso I, do artigo 7º da Constituição Federal, efetivando a proteção ao emprego no Brasil.

Na visão de Rogério Varella Gonçalves há “uma ligação inquebrantável entre a defesa do emprego e a proteção em face dos efeitos nocivos da automatização, especialmente no que se refere ao desemprego estrutural”¹¹³. Isso porque com o avanço da tecnologia e a conseqüente substituição da mão de obra por máquinas, afunila progressivamente o mercado de trabalho, estimulando a exasperação da concorrência e à sujeição do empregado a condições precárias de trabalho, além de estar sempre seguido da insegurança no emprego.

Neste momento, apenas existem proteções ao emprego daqueles empregados que, por lei, possuem estabilidade provisória. Esta consiste no direito do empregado de permanecer no emprego nas hipóteses previstas em lei, acordos ou convenções coletivas. É proteção ao emprego diante de uma situação especial, salvo cometimento de falta grave pelo empregado¹¹⁴.

As hipóteses de estabilidade provisória previstas em lei são as seguintes: empregado acidentado no trabalho (art. 118¹¹⁵ da Lei n.º 8.213/91 – garantida, pelo prazo de 12 meses, a manutenção de seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente); dirigente da CIPA (art. 10, II, letra *a*¹¹⁶ do ADCT – veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa desde o registro de

¹¹³ GONÇALVES, Rogério Magnus Varella. *Direito Constitucional do Trabalho: aspectos controversos da automatização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 118.

¹¹⁴ A dispensa do empregado provisoriamente estável só se concretiza mediante a apuração da suposta falta grave por meio de inquérito administrativo. Ao ser constatada, é o empregado dispensado por justa causa. Mas, verificando-se a inexistência de falta grave cometida pelo empregado após apuração em inquérito, é ele reintegrado ao emprego ou, se isso for considerado desaconselhável, ele será indenizado com o dobro do que seria pago com a extinção do contrato de trabalho por tempo indeterminado, de acordo com o artigo 497 da CLT (Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro). Além das hipóteses limitativas previstas em lei, o empregado não mais possui estabilidade no emprego.

¹¹⁵ Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

¹¹⁶ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II – fica

candidatura até 1 (um) ano após o final de seu mandato); gestante (art. 10, II, letra *B*¹¹⁷ do ADCT – da confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, prevendo o artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias); dirigente ou representante sindical (art. 8º, VIII¹¹⁸ da Constituição Federal – do registro da candidatura até 1 (um) ano após o término do mandato).

O instituto da estabilidade deteve, durante sua vigência, o sistema impeditivo da dispensa injustificada. No entanto, esse sistema cedeu espaço ao sistema de coerção econômica, atualmente vigente no país, pois procura-se impedir o fim do contrato de trabalho com o pagamento de indenização compensatória promovido pelo FGTS.

Saliente-se que a indenização é compensatória pela perda do emprego e não se debate a existência de lesão para o empregado, ou dolo ou culpa de qualquer uma das partes da relação de emprego. A indenização compensatória deveria funcionar como garantia ao emprego, posto que pretendesse coibir a dispensa injustificada. Verdadeiramente, a dispensa injustificada não é tão onerosa ao empregador e, destarte, o sistema da coerção econômica não tem a eficácia desejada.

Em diversos países a lei garante estabilidade no emprego, após a fluência de certo prazo, apenas possibilitando a dispensa do empregado que cometer ato faltoso e também por motivo de ordem técnica, econômica ou financeira, ou seja, o princípio da justificação, em muitos países, atualmente, é fundamento da terminação do contrato.

A nulidade da despedida arbitrária é a disposição contemporânea do direito estrangeiro. O abrigo jurídico à relação de emprego contra dispensa injustificada ganhou magnitude no plano internacional com a Convenção 158 (junho de 1982) da OIT. Adotada durante a Conferência Internacional da OIT, teve como antecedentes a Recomendação 119 (de 1963), que seguiu proposições sobre a terminação da relação de trabalho. Durante essa Conferência, também foi adotada a Recomendação 166, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

¹¹⁷ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

¹¹⁸ Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

A Convenção 158 remete ao abrigo da lei a proteção contra a despedida arbitrária ou socialmente justificada por iniciativa do empregador. Dispõe para tanto, sobre o pagamento de uma indenização compensatória, entre outros direitos, em combate à simples dispensa sem justa causa.

A proteção ao emprego consiste em uma medida de amparo ao empregado contra despedida arbitrária e dispensa sem justa causa. O exame da matéria em seu art. 4º confirma ser o objeto da Convenção 158 o mesmo do inciso I, do artigo 7º da CF/88. No entanto, a proteção contra a dispensa injustificada de trabalhadores, recepcionada pela CF/88, conferiu a necessidade de regulamentação por lei complementar a este artigo (ainda aguardando regulamentação), o que dificulta a aplicabilidade do dispositivo.

O preceito fundamental da Convenção aponta para que a despedida do empregado baseie-se numa causa justificada, seja relacionada com sua competência ou comportamento, seja para resguardar o adequado funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. A ordem jurídica brasileira não reconheceu o critério de justificação para dissolução contratual, por ato unilateral do empregador, para a dispensa sem justa causa, conforme preceitua a convenção 158 da OIT, por não reconhecer a eficácia jurídica plena do mencionado art. 7º, inciso I da CF de 1988.

Por estar o princípio da proteção do Direito do Trabalho acoplado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, pode ele ser concebido como alicerce que legitima o disposto no art. 7º, inciso I da CF/88 e garanta a aplicabilidade da convenção 158 da OIT no Brasil? Não é o que de fato se verifica.

Vivenciando períodos em que os direitos e as garantias fundamentais do trabalhador suportam ofensivas sombrias motivadas por interesses econômicos do neoliberalismo, deve-se evocar os princípios, pois eles combatem pelo melhor aproveitamento e edificação do direito do trabalho brasileiro no Estado Democrático de Direito.

A eficácia interna das normas contidas em tratados internacionais está prevista no § 2º do artigo 5º da CF/88: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." Nesse sentido, é razoável a evocação de Tratados e Convenções dos quais o Brasil seja signatário.

O mercado global vem sendo invadido por mercados que procuram expor seus produtos e contratar força de trabalho sem as barreiras legalísticas que seus próprios países

impõem. Buscam mercados facilitadores¹¹⁹, só possíveis em países onde a legislação não dificulte a obtenção de suas metas. Esses desafios constituem obstáculo à efetivação dos objetivos da OIT e cooperam para a produção de normas internacionais do trabalho cada vez mais flexíveis, na qual cada indivíduo desfruta um mínimo de garantias e direitos e os empreendedores de todas as nações levem vantagem.

Gabriela Neves Delgado¹²⁰ concorda que “a globalização do sistema destaca o crescente domínio das empresas multinacionais, do sistema financeiro e do mercado de capitais sobre o poder político dos Estados”.

A ordem econômica internacional em vigor inibe a efetivação da ação normativa da OIT e colabora para uma desmantelamento do sistema internacional de proteções ao trabalho, agravando os problemas sociais da maioria dos países.

Observa-se que o processo de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho no panorama internacional consente às multinacionais dilatar o seu campo de atuação, acendendo disparidade social. A nova ordem é a defesa de uma sociedade em que cada indivíduo deve desfrutar um mínimo de garantias e de direitos no campo social do trabalho. A internacionalização do mercado acarreta repetidamente contratação laboral sob condições precárias e menos resguardadas, carreando a redução do preço da força de trabalho.

O atual “sistema de proteção ao emprego”, o FGTS, convive hoje com o seguro-desemprego, mas não há qualquer exigência no Brasil de que a demissão deva ter causa justificada, nem possibilidade de recurso como acontece nas legislações de vários países, apreciadas no Capítulo Terceiro. Enquanto não for promulgada a lei complementar referida no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, o empregado permanecerá desprotegido na relação de emprego e continuará à mercê do abuso do poder de direção do empregador, facilitando ainda mais a inserção de empresas estrangeiras, beneficiárias da fragilidade legislativa nacional.

O grande desafio que se apresenta consiste exatamente em reestruturar o Direito do Trabalho por meio do predomínio dos Direitos Humanos no universo juslaboral. A saída para o progresso do trabalho e do emprego consubstancia-se na sua regulamentação e na edificação

¹¹⁹ “O Estado se internacionaliza, mediante processos de integração regional e celebração de tratados de livre comércio. [...] As atividades produtivas se fragmentam e se espalham por vários países e mesmo por continentes, permitindo às empresas multinacionais distribuir seus investimentos pelos territórios onde a legislação lhes seja mais favorável.” ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003. p. 211.

¹²⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 36.

de um Estado voltado para o bem-estar e para a integração do indivíduo no mercado de trabalho.

8. O FGTS E A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

A administração dos recursos do FGTS, inicialmente, era realizada pelo Banco Nacional da Habitação (BNH), criado pelo regime militar de 1964. Em 1989 uma nova lei (Lei nº 7.839) introduziu mudanças expressivas no FGTS, relacionadas à gestão e à fiscalização da arrecadação, ao controle e aplicação dos recursos, bem como aos critérios de saques e aos prazos de recolhimento, repasses e capitalização.

Essa norma atribuiu à Caixa Econômica Federal (CEF) a administração do Fundo, que, entre outras funções, tornou-se responsável não apenas pela elaboração dos programas de aplicação dos recursos, como também por submetê-los ao Conselho Curador do FGTS. Este Conselho seria formado por representantes do governo, dos empregados e dos empregadores, conforme disposto naquele diploma legal.

O novo diploma também modificou o prazo de pagamento dos depósitos, além de seguir o mesmo índice de reajuste utilizado para atualização dos depósitos de poupança, tomando como base o saldo existente no primeiro dia útil do mês. O certificado atual do FGTS, Lei nº 8.3036/90, no seu artigo 4º, situa a CEF como agente operadora do Fundo.

A CEF, como agente operadora do Fundo beneficia-se excessivamente dessa condição. Benefícios estes que vão além do que se deveria esperar ou permitir.

Nesse quadro de desajustes, existem situações que vão, insistentemente, “minando” a possibilidade, se é que um dia existiu, de que a proposta do FGTS pudesse trazer vantagens reais à classe trabalhadora. Em destaque cita-se:

- A pouca utilização dos recursos do Fundo em planos habitacionais e de saneamento básico;
- A obrigação de depósitos bancários, proporcionando o benefícios aos banqueiros e o favorecimento do aumento do capital especulativo;

- A manipulação das reservas do Fundo pela Caixa Econômica Federal, usando-o cada vez mais para favorecer o aumento da sua credibilidade e em defesa dos seus interesses;
- O rendimento insignificante dos depósitos atinentes ao Fundo.

8.1 - A utilização do FGTS em planos habitacionais e de saneamento básico.

É de conhecimento público que o Brasil apresenta, em relação ao cenário internacional, uma posição de extraordinária desigualdade no que se refere ao direito à moradia.

No Brasil, o reconhecimento desse direito deu-se mediante a Emenda Constitucional 26/2000, que modificou o art. 6º da Constituição Federal de 1988, fazendo incluir a moradia na categoria dos direitos sociais.

No entanto, a história da política habitacional no Brasil não demonstra momentos de superação deste desafio. Durante o governo de Getúlio Vargas, os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) determinava primazia dos empréstimos habitacionais para financiar as classes de melhor renda. O que não foi diferente, anos depois, com o Banco Nacional de Habitação (BNH), em que os recursos do FGTS destinados às camadas de baixa renda foram desviados para o atendimento de grupos de renda média¹²¹.

Nesse período, nasce o Sistema Financeiro da Habitação (SFH), cujo legítimo escopo era instituir mecanismos de financiamento a longo prazo para a indústria da construção civil e, como subproduto, validar o regime militar junto aos extratos de rendas média e alta. É irrefutável a afirmação de que o SFH jamais foi idealizado com o objetivo de construir habitação para pobres. Nessa perspectiva, o SFH começou a assumir sua configuração definitiva a partir de 1968, após a instituição do FGTS e da Caderneta de Poupança.

Já a partir de 1986, extinto o BNH, os recursos do Fundo nos governos seguintes, suportaram um controle mais rigoroso em suas finanças, quando Estados e Municípios com potencial de endividamento reduzido tiveram seu acesso aos empréstimos negado. Em 1998,

¹²¹ CARDOSO, A. L. *Desigualdade Urbana e Políticas Habitacionais* (Professor IPPUR/UFRJ – Observatório IPPUR/UFRJ-FASE) – RJ, 2000. p.29.

por pressão do ajuste com o Fundo Monetário Internacional, o acesso ao FGTS sofreu limitações. Em contrapartida, o governo federal lançou o Programa de Arrendamento Residencial, que atendeu apenas as classes com renda acima do limite consentido pelo Programa, sendo, portanto, instrumento inadequado para o combate das desigualdades habitacionais.

Os dados da Síntese de Indicadores Sociais – 2005, apresentados pelo FIBGE 2006, comprovam a situação de desigualdade vivenciada pela população na área habitacional, evidenciando um percentual superior a 80% de famílias brasileiras com rendimento mensal familiar per capita menor ou igual a três salários mínimos. Nas Regiões Norte e Nordeste esse percentual é de quase 90% (Tabela 1). E ainda, 84% do déficit habitacional no País estão entre as famílias situadas nessa faixa de rendimento.

Tabela 1

Famílias, total e sua respectiva distribuição percentual, por classes de rendimento mensal familiar per capita em salário mínimo, segundo Grandes Regiões-2005									
Grandes Regiões	Total (1)	Classes de Rendimento Mensal Familiar per capita em Salário Mínimo (%)							
		Até ¼	Mais de ¼ a ½	Mais de ½ a 1	Mais de 1 a 2	Mais de 2 a 3	Total Até 3	Mais de 3 a 5	Mais de 5
Norte	4.005.090	10,8	22,4	29,0	19,3	6,0	87,5	4,3	3,2
Nordeste	14.536.519	18,5	24,9	27,4	13,8	3,8	88,4	3,0	2,9
Sudeste	24.772.268	3,5	11,1	24,9	26,6	10,8	76,9	8,8	8,3
Sul	8.701.118	3,5	9,9	24,0	30,2	12,4	80,0	9,4	7,9
Centro-Oeste	4.024.523	4,2	14,9	28,2	26,2	8,4	81,9	6,7	7,9
BRASIL	56.039.518	8,0	15,6	26,0	23,3	8,7	81,6	6,9	6,4

Fonte: FIBGE (2006)

Da retrospectiva da trajetória da política habitacional brasileira¹²² a partir da implantação do FGTS como fundo de fomento dos programas do governo federal, entre os anos de 1964 e 1984, verificou-se a concessão de aproximadamente de 4,5 milhões de financiamentos habitacionais, que por mais expressivo que pareça o montante, menos de 5% das aplicações do SFH realizadas foram designadas às famílias com renda de até três salários mínimos mensais.

¹²² CARDOSO, A. L. *Desigualdade Urbana e Políticas Habitacionais* (Professor IPPUR/UFRJ – Observatório IPPUR/UFRJ-FASE) – RJ, 2000. p.29.

Já nos anos 90, a política habitacional do governo Fernando Collor de Mello (1990-1992) empenhou sobremaneira os recursos do FGTS, muito além de sua capacidade. O Conselho Curador do Fundo não teve outra alternativa a não ser decidir pela interrupção da concessão de novos empréstimos, até que se refizesse o patrimônio do fundo, o que perdurou até o ano de 1995¹²³.

O FGTS como mecanismo – instituídos no pós-64, no bojo do processo de criação do SFH – perpetuou como fonte de financiamento das políticas habitacionais implementadas pelos sucessivos programas dos governos democráticos que se sucederam entre 1985 e 2002.

Todo retrospecto da aplicação de recursos do Fundo nos programas de habitação não é muito diferente do quadro atual, que tem apontado para o esgotamento em que se encontra um dos objetos deflagradores deste instituto: a sua destinação social.

Os problemas de saneamento básico e habitação estão se agravando no país, conforme atesta Raymundo Oliveira, presidente do Clube da Engenharia, em carta de sua autoria ao Ministro do Planejamento, publicada no site da instituição¹²⁴:

[...] Depois que a Caixa absorveu as funções do extinto BNH (Banco Nacional de Habitação), o que se viu foi o crescimento da população favelada, por falta de uma política habitacional, e o aumento da poluição de rios, lagoas e praias, provocada pela ausência de saneamento básico, e, no que tange ao suprimento de água potável, constatamos que não são mais realizadas, na dimensão necessária, obras de adução, tratamento e distribuição de água potável.

A mesma carta segue atestando, desta vez por meio dos números, a incapacidade ou má vontade da Caixa até mesmo de gerir os recursos do FGTS na habitação e no saneamento básico¹²⁵:

[...] depois que o FGTS passou a ser administrado pela Caixa, os recursos para habitação e saneamento tornaram-se escassos. No primeiro semestre deste ano, dos R\$ 5 bilhões, destinados pelo Conselho Curador do FGTS para financiar a habitação, a Caixa aplicou apenas R\$ 1,4 bilhão. [...] As reservas do FGTS já somam mais de R\$ 100 bilhões. Este montante é mais do que suficiente para justificar a necessidade da criação de um agente de fomento para as áreas de Habitação e Saneamento, que tenha como foco a aplicação destes recursos.

¹²³ ZAMBONI, R. A. *Financiamento, gasto e produção de moradias (1990/2002)*. Relatório de Pesquisa. Campinas: IE-Unicamp, 2004. p.12.

¹²⁴ O jornal A Nova Democracia, 22 de dezembro de 2004 – *Depreciação da Força de Trabalho: FGTS para o capital financeiro*. Disponível em: < <http://www.anovademocracia.com.br/2214.htm>> Acesso em: 15 nov. 2005.

¹²⁵ O jornal A Nova Democracia, 22 de dezembro de 2004 – *Depreciação da Força de Trabalho: FGTS para o capital financeiro*. Disponível em: < <http://www.anovademocracia.com.br/2214.htm>> Acesso em: 15 nov. 2005.

Acrescente-se a isso o fato de que o déficit habitacional do país é superior a 7 milhões de moradias, ou seja, mais de 12 milhões de pessoas ou 12% da população. Outro dado importante noticiado é que, segundo a Pesquisa Nacional por Amostragem (PNAD) do IBGE¹²⁶, 10% dos domicílios da população urbana, cerca de 3,9 milhões deles (25% dos domicílios no total), não possuem atendimento pela rede de abastecimento de água, e 46% dos domicílios urbanos, cerca de 18,1 milhões, não possuem acesso ao sistema de coleta de esgoto, sendo que da parcela atendida, apenas 3,4% do esgoto sanitário coletado recebe tratamento apropriado.

Ao mesmo tempo, dados do próprio governo, confirmados por estatísticas de organismos internacionais, calculam que a cada real aplicado em saneamento economiza-se dois reais e cinquenta centavos em tratamento de saúde. De acordo com estudo do IPEA (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas), 65% das internações hospitalares de crianças decorrem de doenças hídricas, ou seja, por deficiência ou falta de serviços de água e esgotamento sanitário, com enormes custos de saúde pública.

Confirmando a situação caótica descrita, há divulgação que o “Saneamento básico do Brasil é um dos piores da América Latina, mostra pesquisa – 16/06/2005”¹²⁷. “[...] É das piores situações do continente e da região”¹²⁸. Conforme relatório da avaliação de cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) pelos países da América Latina e Caribe, o Brasil foi o único país onde houve diminuição ao acesso de saneamento básico na parcela da população rural, onde em 1990 era de 37%, caiu para 25% em 2002.

Em 16 de janeiro de 2007, a Caixa Econômica Federal¹²⁹ anunciou que “fechou o ano de 2006 com R\$ 18,1 bilhões aplicados em desenvolvimento urbano, sendo R\$ 13,8 bilhões em habitação e R\$ 4,2 bilhões em saneamento e infra-estrutura. Na área habitacional o montante atendeu 600.399 famílias, das quais 73% têm renda mensal bruta de até cinco salários mínimos – faixa na qual se concentram 92% do déficit habitacional (7,9 milhões)”.

Na contramão do que a CEF anuncia, a Associação Brasileira dos Mutuários da Habitação (ABMH)¹³⁰, em 27 de dezembro de 2006, anunciou: “IBEDEC afirma que déficit

¹²⁶ Matéria publicada no site Saneamento Básico. Disponível em: < <http://www.saneamentobasico.com.br/>> Acesso em: 25 jan. 2007.

¹²⁷ Ministério da Saúde. DST-AIDS. Disponível em: < www.sistemas.aids.gov.br> Acesso em: 25 jan. 2007.

¹²⁸ Afirmação feita pelo coordenador das Nações Unidas no Brasil ao se referir ao cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio pelos países da América Latina e do Caribe, publicada no site do Ministério da Saúde. DST-AIDS. Disponível em: < <http://www.sistemas.aids.gov.br>> Acesso em: 25 jan. 2007.

¹²⁹ Caixa Econômica Federal. Disponível em: < <http://www.caixa.gov.br> > Acesso em: 25 jan. 2007.

¹³⁰ Matéria publicada em 27 de dezembro de 2006 pela ABMH: Associação Brasileira dos Mutuários. Disponível em: < http://www.abmh.org.br/informativos.asp?v_id_informativo=190> Acesso em: 25 jan. 2007.

habitacional aumenta por erro no foco do governo para o setor”. Segundo a matéria, Dr. Rodrigo Daniel dos Santos, consultor jurídico do IBEDEC (Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo) e integrante da ABMH, comenta que por erro do governo no foco de investimentos o déficit na habitação só tem aumentado¹³¹.

Ocorre que 86% do déficit habitacional está centrado em famílias com renda inferior a 3 salários mínimos, e apenas 14% desse déficit está localizado em famílias com renda acima desta. Tudo indica que os recursos governamentais são direcionados em magnitude oposta para a população. Segue comentando que “mais de 85% dos recursos para empréstimos e investimentos em habitação são investidos em imóveis para a classe média e alta e apenas 15% são destinados a população de baixa renda, que é quem deveria receber 85% desses recursos.

Os relatos comprovam que o FGTS acende polêmica, desde os objetivos da sua concepção até a forma como está articulado no programa habitacional e às repercussões negativas que teria sobre o mercado de trabalho.

De acordo com o exposto anteriormente, um dos objetivos deste programa foi extinguir a estabilidade no emprego. Ele não foi substituto da estabilidade no emprego e sua vinculação com o programa habitacional o fez responsável por parte do insucesso deste benefício para a população de baixa renda. Também foi um deflagrador de elevadas taxas de rotatividade da mão-de-obra.

Verdadeiramente pode-se dizer que, o FGTS propiciou ao governo federal a arrecadação de enormes somas em dinheiro. No entanto, de sua destinação social com fins de aplicação na construção de moradias, não há constatações de que tenha beneficiado parcelas da população de baixa renda. Ao contrário, grande parte de sua destinação foi para privilegiar a classe média e alta. O destaque da destinação social ineficiente dos recursos do Fundo é revelado pelo crescimento do déficit habitacional entre a população com renda inferior a 3 salários mínimos.

Assim, a Lei Federal nº 5.107/66, que implantou o FGTS, teve por objetivo dar nova orientação no disciplinamento das relações do trabalho, mas os seus efeitos no plano habitacional prestigiaram construções de edifícios de apartamentos para a classe média e

¹³¹ Segundo Rodrigo Daniel, “é necessário que o governo inverta a equação dos seus investimentos, como nunca fora feito nestes quase 40 anos de Sistema Financeiro da Habitação, repensando as políticas habitacionais e os programas destinados a conter o déficit habitacional no país. Se a população crescer conforme as projeções do IBGE, em 2050 seremos 259 milhões de habitantes, com um déficit habitacional superior a 30 milhões de unidades”. ABMH: Associação Brasileira dos Mutuários. Disponível em: < http://www.abmh.org.br/informativos.asp?v_id_informativo=190 > Acesso em: 25 jan. 2007.

moradias para pessoas bem situadas financeiramente, que se aproveitaram dos empréstimos da área.

Constata-se facilmente que foram usados critérios discriminatórios nos empréstimos para construção ou compra da casa própria, com prejuízos para os empregados sem qualificação profissional e os trabalhadores de baixos salários, que permaneceram e permanecem até nossos dias, com sérias dificuldades para adquirir a sua moradia própria.

8.2 - A manipulação das reservas do Fundo pela Caixa Econômica Federal, na defesa dos seus interesses.

A Caixa está cada vez mais priorizando as suas atividades comerciais, pautando-se na geração de lucros em detrimento de sua função original que é a de atender à população.

O foco da Caixa Econômica Federal tem sido o de ganhar competitividade como banco comercial, com interesse voltado em ampliar o número de correntistas, liderando nas captações da caderneta de poupança do país, na administração de fundos de investimento e na ampliação de sua rede de agências para, novamente, servir aos grandes empreiteiros.

O dinheiro do Fundo é emprestado por um custo muito baixo às grandes empreiteiras, especuladoras do mercado imobiliário e de outros ramos, para onde sempre retornam capitais a pretexto de novos empréstimos.

No momento do saque das contas pelos trabalhadores despedidos, a Caixa procura convencer o trabalhador a deixar esse saldo em uma conta poupança na própria instituição. E mais, caso o trabalhador aceite a proposta, não precisa passar pela longa espera na fila de saques. Esta é só mais uma realidade de um dos quadros onde quem “dá as cartas do jogo” tem o poder de ditar também as regras, e as alternativas de reversão são poucas.

8.3 - A rentabilidade dos depósitos do FGTS

Como se já não bastasse o FGTS ter contribuído para o aumento do desemprego, tampouco ter sido utilizado em habitação e saneamento básico, ainda possui um rendimento insignificante.

O FGTS é formado por depósitos mensais, efetuados pelas empresas em contas individuais, em nome de cada um de seus empregados, no valor equivalente a 8% das remunerações. No caso de contrato temporário de trabalho com prazo determinado, o percentual é de 2%. Esses depósitos são remunerados com juros: de 3% a 6% ao ano, para quem optou pelo FGTS até setembro de 1971 e 3% ao ano para as contas abertas a partir daí. Um rendimento tão risível que a poupança, investimento sinônimo de baixa remuneração, garante rendimento mensal maior, sendo cerca de 0,5% + TR.

Como é de conhecimento, o valor depositado no Fundo nunca foi atualizado corretamente, sendo que empregadores e empregados não têm condições de fiscalizar a aplicação, tanto da correção monetária, quanto dos juros.

É de se observar que o FGTS é um Fundo privado com função pública. Ele pertence ao trabalhador, mas tem como norte, estabelecido em lei, o financiamento da habitação, infraestrutura e saneamento urbano. Ao trabalhador, verdadeiro proprietário da conta do Fundo são oferecidas correções incapazes de alcançar os verdadeiros índices da inflação, enquanto a Caixa manipula essas reservas, oferecendo-as como empréstimos sob juros que ela, a Caixa, verdadeiramente aproveita.

9. OS NOVOS RUMOS DO FGTS

O FGTS, instituído com o propósito de financiar saneamento básico e habitação, além de ser uma pretensa figura de amparo ao trabalhador injustamente despedido, é, portanto, uma conjugação de patrimônios individuais dos trabalhadores, sujeito a capitalização para aplicações em programas habitacionais. Porém, está longe de ser a "conquista social" que prometeram.

De seus efeitos contraproducentes, o que seus idealizadores não previram na época é que a sua utilização acabaria distorcendo sua finalidade. Uma delas, e a mais comum, encontra-se como sendo o recurso do qual se vale o empregado para se livrar de uma dificuldade financeira, forçando a sua despedida com o propósito de levantar o Fundo.

Uma das implicações dessa rotatividade, promovida pelo próprio empregador, manifesta-se na ausência de treinamento de pessoal promovido pela maioria das empresas brasileiras, diversamente do que ocorre nas empresas do resto do mundo. Um número expressivo de empregados aspira à despedida, atraídos por certa quantia atingida no Fundo. Nesse caso, são procedentes as razões que levaram à redução do número de empresas que investem em treinamento de seus empregados a partir do FGTS. O investimento acaba indo diretamente para a concorrência.

Razões como estas são suficientes para garantir a completa precarização da qualificação da mão-de-obra dos empregados, o que dificulta, sobremaneira, a conquista de novos postos de trabalho em caso de desemprego. Por essas e outras razões, o Brasil tem um dos maiores índices de rotatividade de mão-de-obra, e, conseqüentemente, um dos menores índices de produtividade pessoal.

Diante de tantos efeitos negativos, poucas são as perspectivas de medidas que possam solucioná-los, ou mesmo amenizá-los.

O patrimônio constituído com o FGTS é depositado em conta de um fundo condominial em nome de cada empregado. Ele é, nessa perspectiva, um fundo privado, pertencente, em regime de condomínio, a todos os trabalhadores formalmente contratados, e, embora, seja de caráter individualizado, não é disponibilizado para o trabalhador.

Legalmente, desde a sua instituição, o Governo se intitulou gestor do Fundo, sendo responsável pela restituição de possíveis danos causados pela administração. A situação é um tanto adversa, considerando ser ele um fundo privado, de propriedade dos trabalhadores.

Ao longo de suas quatro décadas, segundo estudos realizados pelo IPEA, o valor do patrimônio dos trabalhadores em depósito no Fundo suportou perdas reais se comparado com o índice de inflação medida pelo Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI). A maior delas foi evidenciada durante os anos de 1989 e 1990, conforme discorrido no Item 6.2 deste estudo.

Não há dúvidas de que o Fundo desde a sua implantação é um patrimônio do trabalhador, portanto é de propriedade privada. Mesmo tendo este atributo peculiar, o

Governo, sob o pretexto de usar os seus recursos para financiar habitação popular, saneamento e infra-estrutura, acaba sempre impondo a sua tutela sobre o patrimônio do trabalhador, gerindo recursos que são por natureza condominial.

Todos os pontos permeados até aqui indicam o caráter imperfeito, relativo à constituição e ao uso dos recursos do Fundo. Por motivos evidentes há que se aceder à idéia de que o instituto apreciado carece de transformações substanciais.

Algum tempo após a sua implantação, antes mesmo que viesse a se sobrepor ao instituto da estabilidade, propostas surgiram e, ainda surgem acerca de modificações na estrutura do FGTS.

Uma delas inclinava-se diante da tese de coexistência entre o FGTS e o instituto da estabilidade prevista na CLT¹³². A opinião seria de resguardar aquilo que cada um desses institutos possuísse de valioso: a segurança do emprego no caso da estabilidade e a formação de um patrimônio pelo tempo de serviço no caso do FGTS.

Desta forma seria eliminado do direito patronal o caráter arbitrário de despedir seus empregados, vinculando-o a objetivos de interesse social, tais como a segurança do empregado no vínculo empregatício. Não seria necessário, tal como ocorreu no início, a opção por um dos regimes. De fato, o FGTS conservar-se-ia como sistema de crédito do trabalhador, pois lhe seria assegurado um outro tipo de escolha entre o recebimento de indenização legal ou cumprimento do contrato de trabalho pelo empregador. Essa nova sistemática se daria porque o empregado, depois de decorrido determinado tempo de serviço, unicamente poderia ser despedido por iniciativa da empresa no caso de falta grave ou motivo socialmente justificável.

Acarretaria a um sistema de composição híbrida - a estabilidade no emprego e o FGTS - que resguardaria a segurança no emprego, permitiria a formação de um patrimônio do trabalhador ao mesmo tempo em que forneceria à empresa uma fonte de indenizações, em moldes que não cerceiem o desenvolvimento da empresa.

A idéia é pouco consistente, mas tem aspectos consideráveis, como o fato de o empregado só poder ser demitido por iniciativa da empresa *no caso de falta grave ou motivo socialmente justificável*. Este aspecto muito semelha aos sistemas de garantia de emprego de países como Alemanha, Inglaterra e Suíça.

¹³² MACEDO, Roberto Brás Matos; CHAHAD, José Paulo Z. Op. cit., pp. 120 a 123.

Partidário de proposta semelhante, Eduardo Gabriel Saad acredita na composição da Lei do FGTS com o instituto da estabilidade de modo diverso daquele seguido pela CLT: vencido o período de prova, tornar-se-ia estável o empregado e sua dispensa só se admitiria nos casos de falta grave, ou por motivo de ordem técnica ou econômica.

O autor considera que o contorno de tal espécie de garantia de emprego é mais aberto à realidade social e econômica brasileira, proporcionando ao empregado o máximo de proteção, e como consequência imediata *“arrancaria o Fundo de Garantia da crônica situação de crise em que vive há alguns anos, pois a rotatividade da mão-de-obra cairia consideravelmente e, em razão desse fato, os depósitos da conta vinculada só teriam de crescer”*¹³³.

Com o propósito de aproximar o Instituto do FGTS da realidade do emprego no país, em novembro de 2000, a Social Democracia Sindical (SDS) apresentou um a proposta de mudanças estruturais no mecanismo do FGTS, com a criação de um novo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço com os seguintes termos¹³⁴:

- a) ser o FGTS efetivamente de caráter condominial;
- b) ser o FGTS inteiramente privado;
- c) ser o FGTS gerido exclusivamente pelos trabalhadores;
- d) ser o FGTS liberto da tutela estatal, o que significa também que o tesouro não terá mais responsabilidades financeiras para cobertura de eventuais déficits do Fundo.

A proposta de criação de um novo FGTS formulada pelo pela SDS antevê a promoção de um pecúlio para o empregado em caso de despedida, com as seguintes características:

“I - Limitação do valor do principal da conta individual compulsória, em 12 vezes o salário mensal atual;

¹³³ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p. 35.

¹³⁴ Documento entregue ao presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, e ao Ministro do Trabalho, Francisco Dornelles pelo presidente da SDS: Enilson Simões de Moura (Alemão) em Brasília, em 27 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.sds.org.br/sdsnews/fgts/prop_jan2001_fgts.htm>. Acesso em 13 fev. 2007.

II - Capitalização com rendimento mínimo equivalente ao das cadernetas de poupança;

III - Esse novo Fundo seria gerido exclusivamente pelos trabalhadores, com obrigatoriedade de contratação de auditoria independente.

IV - A administração do patrimônio do Fundo deverá ser contratada mediante licitação pública de âmbito nacional, com a formação de sub-contas com regras básicas uniformes, mas gestão diferenciada;

V - Possibilidade de cada trabalhador optar pela administradora dos seus recursos, nas sub-contas definidas;

VI - A administração das contas seria igualmente contratada mediante licitação, não sendo remunerada a duplicidade de contas de um mesmo trabalhador.

VII - O FGTS atual permaneceria como um Fundo em extinção, estabelecendo-se mecanismos de transição:

VIII - A arrecadação dos empregados antigos continuaria indo para o FGTS atual para cobrir os saques;

IX - A contribuição dos novos empregados passaria para o novo Fundo;

X - A parte boa dos ativos seria transferida para o novo Fundo;

XI - O Tesouro Nacional ficaria com a responsabilidade pela liquidação do FGTS, mas não assumiria nenhuma responsabilidade financeira com o novo Fundo”.

De acordo com a proposta, os objetivos imediatos desse novo Fundo balizariam em torno dos seguimentos descritos:

- Não admitir a mistura da constituição do pecúlio com o financiamento social
- Garantia de um seguro-desemprego mínimo
- Redestinação da multa sobre o FGTS
- Redução progressiva da contribuição
- Estímulo à estabilidade

- Compensar a desvantagem dos trabalhadores de mais idade
- Mudança do seguro-desemprego para seguro-desocupação

O Governo Federal, com a implantação do Fundo quis a um só tempo “amparar o trabalhador despedido” e aprovisionar recursos para atender à sua política social. Quando a proposta em questão coloca como um de seus escopos *não admitir a mistura da constituição do pecúlio com o financiamento social*, ou seja, não permitir que se componham objetivos de amparo da remuneração dos trabalhadores com objetivos de financiamento de programas sociais do governo. A justificativa é de que essa composição transfira ao trabalhador o peso de subsidiar os programas sociais. É de se esperar que o façam aqueles mais abastados e não os assalariados.

Reafirma a proposta que o foco tangenciado pelo novo Fundo é, acima de tudo, proporcionar ao trabalhador empregado, que ele tenha uma fonte de renda, congruente a um ano do último salário, em caso de despedida, depois de cerca de 10 anos de trabalho.

Caso a despedida ocorra em um lapso de tempo inferior a 10 anos, essa fonte de recursos será proporcionalmente menor. Nesse caso, a estrutura deve estar agregada ao seguro desemprego (*garantia de um seguro-desemprego mínimo*) de forma que a renda seja pelo menos equivalente a um salário-mínimo, durante 6 (seis) meses, no mínimo.

Em relação à indenização rescisória de 40% sobre o valor do Fundo, como mecanismo de desestímulo a despedida sem justa causa, estima a proposta, que esta seria conservada, sendo possível que o percentual passe a ser objeto de negociação coletiva. Porém, os valores não seriam repassados aos empregados (*redestinação da multa sobre o FGTS*), mas para o próprio Fundo, com o propósito de cobrir o seguro-desemprego, na forma proposta acima.

Ainda com o propósito de modificar o destinatário da multa rescisória, o seu valor necessitaria de uma reavaliação, passando a ser maior para as despedidas de empregados com pouco tempo no emprego, e decrescendo, para ser menor para os casos de maior tempo.

Também a taxa das contribuições devidas pelos empregadores poderá ser progressivamente diminuída (*redução progressiva da contribuição*), passando dos atuais 8% nos primeiros 120 meses (10 anos) para taxas menores, tudo mediante negociação coletiva.

A proposta prevê ainda que a contribuição empresarial compulsória depositada nas contas individuais do novo FGTS permaneça em 8% durante os 120 primeiros meses de inscrição do empregado no Fundo (consecutivos ou interrompidos). No entanto, essas contribuições poderão ser interrompidas, a partir do momento em que o saldo na conta vinculada do trabalhador atinja o equivalente a 12 vezes o seu salário mensal, conservando-se depositado no Fundo. Após esse prazo a continuidade ou não do depósito será uma escolha, sempre segundo negociações coletivas.

Caso o trabalhador já tenha em sua conta vinculada o montante que equivalha aos 12 meses de seu salário mensal, poderia ser negociada a sua suspensão, direcionando a contribuição compulsória de 8% a uma conta de poupança privada, capaz de proporcionar melhores percentuais de remuneração ou então, que seja repassada diretamente ao empregado, majorando a sua remuneração.

Em caso de despedida sem justa causa, o trabalhador poderia sacar os recursos do Fundo, sendo que a contagem do prazo se reiniciaria. Selhe-ia facultada a opção de conservar os recursos no FGTS, a fim de manter o pecúlio.

Uma das metas a ser atingida com tais mudanças seria a de que a partir daí a estrutura funcionasse como um incentivador da estabilidade do trabalhador na empresa (*estímulo à estabilidade*). Acredita-se que o empregador teria interesse em conservar o empregado por mais tempo, uma vez que seu custo adicional se amortizaria ao longo do tempo.

Poderia também repassar ao empregado o ganho da redução, propiciando um aumento salarial líquido. Sindicatos poderão se mobilizar para que isso ocorra, sempre por negociação e não por imposição legal.

Visto sob outro ângulo, a proposta ambiciona atingir objetivos mais ousados. Toda a estrutura tenderia beneficiar a contratação de trabalhadores com mais tempo (*compensar a desvantagem dos trabalhadores de mais idade*), instituindo um equilíbrio para os trabalhadores com mais de 40 anos de idade, sendo esta uma parcela de trabalhadores discriminada pelo mercado.

Cada empregado teria depositado em sua conta um percentual de contribuição individual e pessoal, de tal forma que muitos deles, mesmo quando despedidos por justa causa, poderiam ter o interesse em conservar a sua conta no Fundo, pois seria um diferencial de competitividade no mercado de trabalho.

As modificações na estrutura atual do FGTS necessita ser complementada pela alteração do atual seguro-desemprego em seguro-desocupação (*mudança do seguro-desemprego para seguro-desocupação*).

O objetivo seria de que o FGTS necessitaria agregar o atendimento ao seguro-desemprego, pela destinação da multa rescisória para o próprio Fundo, de maneira a afiançar valores mínimos a todos os demitidos, independentemente do seu tempo de emprego. Ou melhor, o que de fato se objetiva é a transformação de um direito individual em direito coletivo.

O atual seguro-desemprego deveria então ser transformado em seguro-desocupação, acolhendo também o mercado informal, como pecúlio outorgado a todos os desempregados, durante o período que participarem de programas de qualificação. Para isso deveriam ser equacionados os recursos complementares ao já proposto. O propósito seria o de assegurar uma forma de bolsa para que o trabalhador desocupado tenha uma renda mínima, enquanto se qualifica.

Não é difícil de se constatar que são conflitantes as normas que compõem o direito do trabalho e a realidade econômica e política brasileira. Por um lado, as normas existentes não possibilitam que empregados e empregadores debatam livremente seus problemas. As partes estão emparelhadas a regras que equiparam, sob diversos aspectos, as empresas pequenas, médias e grandes. O fato de que umas se situam num patamar de desenvolvimento superior às outras, ou de que algumas atravessam períodos de dificuldades financeiras, ou mesmo as de tecnologia inferior em relação ao mercado, não encontram contemplação legal e eficiente que trate a questão com equidade. Não bastasse, paralelamente a essa situação, encontra-se a estrutura sindical severamente inconciliável com o regime democrático.

As palavras de Saad traduzem as aspirações atuais sobre o tema¹³⁵:

Diante desse panorama, ninguém discute que urge modificar, substancialmente, todo o nosso Direito do Trabalho a fim de que deixe de ser um obstáculo à completa democratização do país. Destarte, o FGTS também precisaria passar por profunda mudança para dissipar a angústia do trabalhador diante da permanente ameaça de uma decisão arbitral e unilateral do seu contrato de trabalho.

¹³⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p. 59.

A Lei nº 5.107/66 ao ser idealizada, e posteriormente implantada durante a década de 60, acenava com maiores possibilidades de benefícios do que desvantagens ao trabalhador.

Há 40 anos, era admissível que o Estado mantivesse um nível elevado de intervenções nas relações de trabalho, quando o país suportava os males do subdesenvolvimento¹³⁶ e a classe trabalhadora estava à mercê da classe patronal dominante.

Passadas mais de quatro décadas de vigência da CLT, as relações entre empregados e empregadores não são mais como antes. Diante de tantas e profundas modificações, a lei encontra-se incapacitada de suportá-las e alcançá-las plenamente.

Em presença de uma realidade social e econômica sem qualquer analogia com a década de 60 no que se refere às relações de trabalho e ao FGTS, acredita-se que as classes dos empregados e dos empregadores aguardam inovações que procurem resolver problemas resultantes das distorções da própria lei.

Por mais que a realidade das relações de trabalho do Brasil não se iguale às de outros, percebemos nesses países (França, Itália, Espanha, etc.)¹³⁷ certa similaridade em estágio econômico análogo ao nosso. Esses países oferecem maior abertura na legislação para que empregados, diretamente ou por meio de sindicatos, decidam com o diálogo direto com os empregadores, problemas que, no Brasil, ainda são objeto de normas jurídicas cogentes ou restritivas, desprovidas de elasticidade e que estão em constante atrito com a realidade social e econômica que não cessa de contrair novos contornos.

Se as propostas de modificação da Lei do Fundo, tal como a apresentada pela SDS resolvessem suas distorções e imperfeições, não é objeto deste estudo proferir tal julgamento, mas tão somente reafirmar a posição inicial de que é urgente e necessário que se reveja e se procure alternativas que dêem novos rumos ao Fundo de Garantia, sempre procurando atender ao melhor interesse da coletividade trabalhadora deste país.

¹³⁶ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p. 60.

¹³⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., pp. 60-61.

10. CONCLUSÃO

Tão logo examinada a trajetória da implantação à contemporaneidade do Fundo de Garantia, seu propósito primário como mecanismo de proteção social, é, portanto, uma conjugação de patrimônios individuais dos trabalhadores sujeitos a capitalização para aplicações em programas habitacionais, chega-se a um ponto refutável.

Considerando que, a princípio, a modificação da legislação trabalhista no passado soou como resposta às exigências de internacionalização da economia brasileira, apesar de não ter sido esse o sentido dos discursos governamentais, o FGTS situou-se como a “gema” dessas transformações.

As mudanças anunciavam a expectativa de bons efeitos. Entre os efeitos defendidos na exposição de motivos do anteprojeto estava a possibilidade que o FGTS oferecia de organizar um mecanismo interno de poupança, o que é fato. Outra expectativa era de que contribuiria substancialmente para a formação de empregos, elevando-se a demanda de mão-de-obra e proporcionando o aumento da legítima estabilidade dos empregados. Estimularia o desaparecimento da alta rotatividade de mão-de-obra não qualificada e, o sistema de depósitos do anteprojeto, serviria para desestimular as dispensas numerosas de trabalhadores.

A proposta acenava com a possibilidade de que os trabalhadores encontrar-se-iam protegidos por um aparelho de política social compensatória para o desemprego e, por outro lado, os empregadores teriam acesso a um mercado de trabalho mais flexível.

Indisfarçável, no entanto, foi o seu objetivo de abolir a estabilidade no emprego, por meio de oferta de vantagens absorventes, motivando os trabalhadores a aderirem ao novo sistema. E não poderia ser de outra forma, porque revogar os dispositivos da Constituição que versavam sobre a estabilidade era atitude intolerável. Não bastasse isso, o direito adquirido dos empregados estáveis já estava agasalhado pela própria Constituição. Assim, nada mais caberia do que, como de fato ocorreu, promover ofertas atrativas e a facilitação da possibilidade de negociação do tempo de serviço anterior do estável, ou seja, por linhas transversas, constranger a própria classe trabalhadora a tomar a iniciativa de colocar em desuso o instituto da estabilidade, ante imprudência de suprimi-lo.

O Estado vendia o seu projeto na captura do aval da classe trabalhadora por meio de promessas. Para manejar a opinião e aumentar o número de optantes, os argumentos entreviam: a possibilidade de desligamento do trabalhador de determinada empresa e mudar

para outra a qualquer tempo; a possibilidade da aquisição da casa própria por meio do plano de financiamento do BNH; as novas oportunidades de emprego a partir da aplicação do FGTS em áreas de construção civil; diversas condições de saque do depósito na conta vinculada do trabalhador e a expectativa de participação nos lucros da empresa através do Programa de Integração Social criado pelo governo.

O Anteprojeto do FGTS era a promessa de novos tempos para a política de empregos no Brasil. Promessas imbuídas de expectativas prematuras como as que se referiam à aplicação dos recursos no Plano Nacional da Habitação, a criação de empregos, o aumento da estabilidade no emprego, a diminuição do ônus excessivo para as empresas, o fim da alta rotatividade de mão-de-obra não qualificada e o desestímulo às dispensas numerosas.

Este era o cenário quando teve início a implantação do FGTS. Promessas à parte, quais são as perspectivas dos próximos anos de um instituto com quatro décadas de existência e que pouco experimentou como mecanismo de proteção ao emprego?

A instituição do FGTS em sobreposição à estabilidade foi apresentada com o propósito de proteger o trabalhador regido pela CLT, contra despedidas injustas, mediante a constituição de um pecúlio a ser recebido quando de sua despedida. Outro propósito apresentado está na possibilidade da arrecadação de recursos para aplicação em programas sociais de iniciativa do Governo Federal. No entanto, a oferta ao trabalhador da possibilidade de formar um patrimônio em troca da estabilidade no emprego, proporcionando-lhe um aumento de sua renda real, pela possibilidade de acesso à casa própria é ainda mais ilusória.

Se esses foram realmente os efeitos pretendidos, erraram seus idealizadores. A natureza do pecúlio constituído no Fundo é de indenizar e não de proteger ou garantir o emprego do trabalhador. E esta indenização, apresentada como segurança financeira para despedidas sem justa causa, é sacada a qualquer tempo em virtude de uma dispensa "negociada" entre empregado e empregador ou até mesmo em razão de uma despedida "forçada", com o propósito de levantar recursos que tendem a outro destino.

Os efeitos reais levaram às despedidas constantes, negociadas ou não, promovendo a queda dos depósitos no Fundo, provocada pela elevação da taxa de desemprego e a crescente informalidade nas relações de trabalho.

A implicação da instituição do Fundo promoveu a fragmentação dessas relações que, após a supressão da estabilidade, deu lugar a um sistema puramente indenizatório, provocando despedidas ao arbítrio do empregador. Na maioria dos casos de demissões, o

montante recebido não produz o efeito de amparar o trabalhador desempregado, pelo simples fato de serem os trabalhadores que mais carecem, precisamente, aqueles que menos acumulam no Fundo. A implantação do FGTS promoveu o aumento da rotatividade e a instabilidade das relações de trabalho nos fragmentos mais baixos da categoria salarial.

A rotatividade de mão-de-obra é estimulada pelas próprias disposições do FGTS, que terminam por fornecer ao empregador um instrumento capaz de induzir a rescisão contratual a qualquer momento. E como consequência da rotatividade, de maneira generalizada, assiste-se à ausência de treinamento de pessoal promovido pela maioria das empresas brasileiras.

O FGTS, instrumento criado para proteção contra demissões arbitrárias, determinou neste país uma das maiores taxas de rotatividade no mundo. Além de protagonizar o início da tendência flexibilista na legislação trabalhista brasileira, ao permitir que seu regime jurídico vigorasse em caráter opcional.

O montante depositado na conta do empregado tem efeito adverso. Se por um lado, o recolhimento do FGTS posiciona-se como depósito que onera a folha de pagamento e promove a flexibilização dos salários, difundindo a informalidade nas relações de trabalho, por outro, mostra-se inútil enquanto economia ou abrigo para o desempregado de baixa renda.

A Constituição Federal de 1988 poderia ter corrigido imperfeições como estas, no entanto, suprimiu a estabilidade e deu lugar a uma simples indenização compensatória. E mesmo, conforme inciso I, do seu artigo 7º, tendo transferido à lei complementar a regulamentação da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, passados quase 19 anos, a determinação ainda não foi cumprida.

A resistência oferecida contra despedidas arbitrárias foi a ratificação da convenção 158 da OIT. Acolhida no intento de minimizar esse problema, agitou-se a possibilidade de ter o efeito de abreviar este suposto direito potestativo irrestrito, mas sob a alegação de inconstitucionalidade, foi esterilizada pelo Supremo Tribunal Federal que lhe negou tal efeito.

A alegação de inconstitucionalidade por parte dos interessados derrogou os efeitos da Convenção 158. Mas nada se ergue alegando a inconstitucionalidade promovida pela perda do emprego sem motivo justo, gerador de efeitos sobre a vida do empregado e de sua família, como a produção de pobreza progressiva determinada pela perda do poder aquisitivo.

O modelo brasileiro distancia-se dos instrumentos de proteção do trabalhador contra o risco de despedimento, existentes no cenário internacional, em que a tendência é obstar as dispensas arbitrárias dos empregados ao tornar obrigatória a justificativa para despedidas. A

atual disposição do direito estrangeiro, em parcela significativa dos países, é a “nulidade da despedida arbitrária”, mas abrindo possibilidades para que razões de ordem técnica ou financeira possam também ser determinantes para a dispensa do empregado.

Para aqueles que defendiam o aniquilamento da estabilidade sob a argumentação de que fortaleceria a geração de emprego, o resultado mostrou-se diferente. O que de fato passou a ocorrer foram as despedidas, que provocaram o crescimento do nível de desemprego. Logo, em termos de geração de empregos, a substituição do regime da Estabilidade, prevista na CLT, pelo instituto do FGTS não proporcionou vantagens ao empregado.

Por outro lado, a abertura econômica e a modernização tecnológica determinaram a acentuação do desemprego estrutural, tendendo a manter alta a pressão para o pagamento dos benefícios do FGTS (saques), abreviando ainda mais sua capacidade de investimento.

O empregado situa-se numa relação de impotência quanto aos meios de conservação do emprego. No mercado atual de trabalho, concorrem diversas situações geradas pelo agravamento do número de desempregos, e a competitividade deixa os desempregados mais velhos em desvantagem.

O histórico de desencontros entre os objetivos do Fundo aguça-se ainda mais com a constatação de que não há equivalência entre o regime da estabilidade e o regime do fundo, no que se refere ao valor dos recolhimentos do regime da estabilidade. A exposição de motivos do anteprojeto garantiu expressamente que não haveria perda para os trabalhadores com a mudança de regime. Porém, estes se viram lesados, uma vez que os depósitos capitalizam juros de apenas 3% ao ano e a correção monetária não supera as perdas da inflação.

Outro desmando evidente foi a não atualização das contas, de responsabilidade da Caixa Econômica Federal, realizado pelos planos econômicos: Verão e Collor, produzindo a edição da súmula 252 do STJ com relação aos expurgos da inflação. Só que para cobrir o dano, a Lei Complementar nº 110/01 transferiu aos empregadores a obrigação de pagar a dívida.

Se o FGTS não consegue cumprir a sua função primária de funcionar como amparo ao trabalhador injustamente demitido, o quadro atual tem apontado para o esgotamento em que se encontra um dos objetos deflagradores deste instituto: a sua destinação social.

Os dados do FIBGE/2006 registraram um percentual superior a 80% de famílias com rendimento mensal familiar per capita menor ou igual a três salários mínimos. Essa camada desatendida acentua a desigualdade da população na área habitacional, promovendo o

crescimento da população favelada por falta de uma política habitacional. Acrescente-se a isso, o fato de que o déficit habitacional do país é superior a 7 milhões de moradias, sendo que cerca de 4 milhões dos domicílios da população urbana não possuem atendimento pela rede de abastecimento de água, e mais de 18 milhões não possuem acesso ao sistema de coleta de esgoto.

O FGTS propiciou ao governo federal a arrecadação de uma enorme soma. No entanto, de sua destinação social com fins de aplicação na construção de moradias, não há constatações de que tenha beneficiado parcelas da população de baixa renda. O destaque da destinação social ineficiente dos recursos do Fundo é revelado pelo crescimento do déficit habitacional entre a população com renda inferior a 3 salários mínimos.

Todas as distorções e impropriedades confirmam o quanto o sistema do FGTS é vulnerável, e carece com demasiada urgência de modificações.

Os indícios apontam para um FGTS fundamentado numa ilusão, qual seja o de que a economia brasileira caminharia ao longo de uma trajetória forte e permanente expansão do emprego, sem dificuldades que pudessem comprometer uma alta taxa de crescimento a longo prazo e sem os solavancos característicos de crises conjunturais. Isso porque a proteção que concede ao trabalhador que perde o emprego constitui apenas um estoque de recursos que se revelará incapaz de sustentá-lo se o período de desemprego no qual ele perde o fluxo dos seus salários se estenderem por um período de tempo considerável.

Esses e outros são aspectos do Fundo que contribuem para o aumento do desemprego estrutural, corroborado por um arsenal de artifícios jurídicos e pressões econômicas que forçam o empregado a sujeitar-se a condições de trabalho sem nenhuma garantia. Nesse quadro de desajustes, encontram-se situações que vão, insistentemente, “minando” a possibilidade, se é que um dia existiu, de que a proposta do FGTS pudesse trazer vantagens reais à classe trabalhadora.

A linha seguida por este estudo buscou argumentações teóricas com o intento de demonstrar que os propósitos motivadores da implantação do FGTS não atingiram sua finalidade verdadeira. E hoje, mais do que nunca, não oferece ao empregado um amparo compensador pela perda do emprego.

Afinal, se o Fundo fora criado para garantir amparo ao trabalhador em situação de desemprego ou, ainda, para lhe proporcionar meios que facilite o acesso à moradia, o que de

fato ele garante se, na maioria dos casos, o montante recebido é menor do que o seguro-desemprego?

Se ao longo de toda história do Direito, este inclina-se rumo a evoluir para que dele se aproveite as sociedades, espera-se que sua evolução alcance com urgência a legislação trabalhista que há tempos clama por reformas. Atingindo, necessariamente, o atual sistema de proteção ao emprego que se encontra na forma de mera indenização.

As relações de trabalho, de caráter mais universal, devem primar por uma espécie de garantia de emprego mais aberta à realidade social e econômica, proporcionando ao empregado o máximo de proteção e, como consequência imediata, espera-se arrebatado o FGTS da incurável situação de conflito em colocou o trabalhador e o seu emprego.

Diverso da forma adotada por um grande número de legislações estrangeiras, que oferecem maior abertura legislativa para que empregados, diretamente ou por meio de sindicatos, discutam diretamente com os empregadores, questões que no Brasil, ainda são objeto de normas jurídicas cogentes ou restritivas, desprovidas de elasticidade e que estão em constante atrito com a realidade social e econômica, a legislação pátria encontra-se numa posição solitária e inábil para dirimir matéria elementar das relações trabalhistas.

Diante da perspectiva de reformas na legislação trabalhista, é imprescindível a propositura de projetos alternativos, realmente inovadores, que busquem eliminar os incentivos à rotatividade. O FGTS deve estar incluído entre os debates. E que as discussões abram espaço para uma revisão jurídica do instituto, ouvindo as classes interessadas e dando abertura para que propostas sejam apresentadas. Ao Estado caberá a mediação entre os debates, sem a imposição da sua vontade em defesa tão somente de seus interesses. Acima de qualquer interesse governista, espera-se atender os interesses das classes envolvidas: empregado e empregador.

Proposta de mudanças estruturais no mecanismo do FGTS, como a apresentada pela Social Democracia Sindical, objetivando a formação de um instituto de caráter condominial e inteiramente privado, gerido exclusivamente pelos trabalhadores, sendo liberto da tutela estatal, merece uma avaliação. Pois, o FGTS precisa transformar-se para afastar a consternação do trabalhador diante da permanente ameaça de uma decisão arbitrária e unilateral do seu contrato de trabalho.

Diante de tantas e profundas modificações, a legislação encontra-se incapacitada de alcançá-las plenamente. Em presença de uma realidade social e econômica sem qualquer

analogia com a década de 60, no que se refere às relações de trabalho e ao Fundo, as classes de empregados e de empregadores aguardam inovações que procurem resolver problemas resultantes das distorções da própria lei.

Prognóstico do que irá acontecer com o FGTS, se este se mantiver da mesma forma por uma ou mais décadas, é objeto para estudos estatísticos. Destarte, é coerente concluir que os fatos sociais e econômicos não toleram mais o enclausuramento em que os colocou uma legislação retrógrada que já perdeu parte da sua utilidade no processo evolutivo da sociedade.

É inegável que o instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço teve um alcance social desentrosado com o Direito do Trabalho. Mesmo assim, a sua desmantelação traria conseqüências para as políticas públicas de contorno social, e, porque não, em médio prazo, traria conseqüências para o próprio Sistema Financeiro Nacional. Os fatos e argumentos, aqui apresentados, podem não aprovar a sua desconstituição, mas determinam a necessidade da sua profunda reavaliação.

É coerente afirmar que há urgência em se rever e buscar alternativas que dêem novos rumos ao Fundo de Garantia, haja vista os argumentos que apontam para essa necessidade. É necessário que o proposto seja possível e sustentável por parte daquele que oferta o emprego, pois é primordial a viabilidade de propostas que abram mais frentes de trabalho, para que os empregadores possam cumprir com os seus empregados e com a União todos os compromissos determinados pela legislação.

Apoiado nos argumentos delineados ao longo deste estudo, que tão somente se propôs à condução de reflexões sobre o tema, encerra sugerindo o exame da possibilidade, já levantada, de assentamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como um instrumento vinculado à estabilidade do empregado na empresa e ao sistema de seguro-desemprego. Não se trata, entretanto, de restaurar a estabilidade decenal como de outrora, e sim de cunhar uma forma que garanta mais os créditos e a segurança do trabalhador. Esta é uma proposta para ser remetida a estudos vindouros.

REFERÊNCIAS

- AZEREDO, Beatriz. *Fundo de garantia do tempo de serviço: análise retrospectiva e impacto da nova legislação*. Texto para discussão 19. Brasília: Ministério do Trabalho e da Previdência Social, 1990.
- BARROS JR., Cássio de Mesquita. *A Convenção 158 - proteção contra despedida injustificada*. Trabalho & Doutrina: processo e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, n. 1, dez. 1996.
- BASSO, Maristela. *A Convenção 158 da OIT e o direito constitucional brasileiro*. Trabalho & doutrina: processo e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, n. 1, dez. 1996.
- CAMARGO, J. M. A. G (Org.). *Flexibilidade do Mercado de Trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.
- CARDOSO, A. L. *Desigualdades Urbanas e Políticas Habitacionais*. IPPUR/UFRJ – Observatório IPPUR/UFRJ-FASE – RJ, 2000.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004.
- FERRANTE, Vera Lúcia Botta. *FGTS: Ideologia e Repressão*. São Paulo: Ática, 1978.
- GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Direito constitucional do trabalho: aspectos controversos da automatização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- GRECO, Leonardo. *Ensaio sobre a proteção contra a Despedida Imotivada no Direito Comparado*. Rio de Janeiro Ed. da UGF.
- JATOBÁ, J.; ANDRADE, E. *A Desregulamentação do Mercado e das Relações de Trabalho no Brasil: potencial e limitações*. Texto para Discussão 312. IPEA, 1993.
- MACEDO, Roberto Brás Matos; CHAHAD, José Paulo Z. *FGTS e a Rotatividade*. São Paulo: Nobel; Brasília: Ministério do Trabalho, 1985.
- MACIEL, José Alberto Couto. Vigência da Convenção 158 da OIT. *Trabalho & doutrina processo e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, n. 1, dez. 1996.
- MALLET, Estevão. *A Convenção 158 em face do direito brasileiro*. Trabalho & doutrina processo e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, n. 1, dez. 1996.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*, 16ª ed., Rio de Janeiro: FGV, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*, 4 ed., São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito do Trabalho*, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Manual do FGTS*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Reflexos da Convenção 158 da OIT sobre as dispensas individuais*. Trabalho & doutrina processo e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, n. 1, dez. 1996.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

PASTORE, José. *Relações de Trabalho: Limites e virtudes da flexibilização*. Publicado em O estado de São Paulo, 20 de fevereiro de 1996 <<http://www.josepastore.com.br/artigos/relaçõestrabalhistas/035.htm>> Acesso em: 25 maio 2006.

POCHMANN, M.; OLIVEIRA, M. (Org.). *Economia & Trabalho*. textos básicos. Campinas: UNICAMP. IE, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

SIQUEIRA NETO, J. F.; In Marco Antônio de Oliveira. (Org.). *Economia & Trabalho*. textos básicos. Campinas: UNICAMP. Instituto de Economia, 1998, V. 1.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Direito Internacional do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. 21. ed. Atual. por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2004.

TEXTOS PARA DISCUSSÃO Nº 671: FGTS: *Avaliação da Proposta de Reforma e Extinção*. Rio de Janeiro. 1999. Disponível em: < <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td0671.pdf> > Acesso em: 5 abr. 2006.

ZAMBONI, R. *FGTS, questões atuais. Brasília*. IPEA, set. 1992 (Relatório Interno de CPS, 01/92).

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Resumo do Direito do Trabalho*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000.

Fontes Legislativas e Administrativas

ABMH: Associação Brasileira dos Mutuários. Disponível em: <http://www.abmh.org.br/informativos.asp?v_id_informativo=190> Acesso em: 25 jan. 2007.

ADI-MC 1480 / DF - Distrito Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator*: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno Publicação: DJ 18-05-2001 PP-00429 Ement Vol-02031-02 PP-00213.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT) - Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943.

BRASIL. *Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*, nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

BRASIL. *Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*, nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br>> Acesso em: 25/01/2007.

COMISSÃO DE PERITOS NA APLICAÇÃO DE CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. “Informe III, Parte 4-B”, da 59ª. Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, 1995.

DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS DO FGTS – Relatório Administrativo do FGTS – Exercício 2006. Disponível em: <http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/fgts/demonstracao_financeira_fgts/DEMONSTRACAO_FINANCEIRA_FGTS_2006.PDF> Acesso em: 10 abr. 2007.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. *Exposição de motivos do Anteprojeto do FGTS*. Brasília: 6 de agosto de 1966.

DST- AIDS - Ministério da Saúde. Disponível em: < www.sistemas.aids.gov.br> Acesso em: 25 jan. 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 158, de 1982. Convenção sobre terminação da relação de trabalho. Disponível em: <<http://www.ilo.org>>. Acesso em: 10 de set.2006.

_____. Recomendação 119, de 1963. Recomendação sobre a terminação da relação de trabalho. Disponível em: <<http://www.ilo.org>>. Acesso em: 10 de set.2006.

_____. Recomendação 166, de 1982. Recomendação sobre a terminação da relação de trabalho. Disponível em: <<http://www.ilo.org>>. Acesso em: 10 de set.2006.

_____. OIT 1995: *Protección contra el despido injustificado*. Disponível em: <http://training.itcilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/ILO_S_B/general_gurveys/25951.htm> Acesso em: 20 abr. 2006.

SDS – Social Democracia Sindical: Brasília, em 27 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.sds.org.br/sdsnews/fgts/prop_jan2001_fgts.htm>. Acesso em 12 fev. 2007.

ANEXO

ANTEPROJETO DA LEI DO FGTS - EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

15 de julho de 1966

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República

Tendo em vista os entendimentos mantidos com Vossa Excelência, assim como as recomendações constantes, especialmente, do discurso proferido em 1º de maio do corrente ano, procedemos aos estudos destinados ao aperfeiçoamento da legislação vigente sobre indenização por tempo de serviço e estabilidade, cujos resultados vimos agora expor a Vossa Excelência, e que estão consubstanciados no incluso anteprojeto de lei.

2. O texto que ora se oferece, resultou dos estudos iniciais, revistos em função dos debates públicos que cercaram a matéria, e também de sugestões concretas oferecidas por algumas categorias econômicas e sociais.

3. Em face das dúvidas suscitadas em torno do assunto, impõem-se apresentar os motivos que, no nosso entender, justificam as medidas propostas.

4. Cuida o anteprojeto de aspectos muito mais amplos que os da estabilidade, visando, antes de tudo, a um verdadeiro e positivo aperfeiçoamento do atual sistema de “indenização por tempo de serviço”.

5. O aspecto relativo à estabilidade está no anteprojeto como uma parte do conjunto, e posto de modo claro e iniludível, em termos de inteiro respeito, não só ao direito à estabilidade adquirida pelos atuais empregados que já contém dez ou mais anos de serviço, como também à preferência de todos aqueles que ainda não tenham adquirido esse direito ou que venham ingressar em novos empregos, desejando ter garantia dessa situação para o futuro. Fica, assim, integralmente respeitado o preceito do art. 157, item XII, da Constituição Federal, de vez que aos empregados é assegurado ampla e permanente opção entre o atual e o novo sistema consubstanciado no anteprojeto de lei.

6. Estará, pois, sempre vigente o preceito da estabilidade, a que se refere o inciso da Constituição acima referido, ficando livre tão somente a preferência, ou não, por seu amparo, tendo em vista o outro regime agora proposto.

7. Cabe ressaltar, por outro lado, que a norma constitucional, ao mencionar o instituto da estabilidade, ressalva expressamente a respectiva regulamentação pela lei ordinária, quando a condiciona aos “casos” e às “condições” que a lei estatuir. A lei continua dispondo sobre a estabilidade e ela mesma estabelece a possibilidade da opção por regime de mais amplas vantagens, não havendo renúncia a direito, legalmente assegurado, mas legítimo exercício de um desses direitos.

8. Essa matéria, entretanto, constitui tão somente um dos vários pontos de que trata o anteprojeto, dizendo respeito tudo o mais, como assinalado, a uma real melhoria do regime vigente quanto à indenização do tempo de serviço do empregado.

9. Como a ênfase maior dos debates tem sido posta em torno do que se refere à estabilidade, vemo-nos deter, de início, neste ponto.

10. Da própria argumentação utilizada, verifica-se a existência de uma situação de fato, incontestável, que é a de que um número cada vez maior de empresas vem dispensando seus empregados quando estes se aproximam do tempo de adquirir a estabilidade.

11. Isto mesmo acaba de ser confirmado em levantamento preciso, realizado pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, com base nas “relações da Lei dos 2/3”, do qual ressalta que, no conjunto, apenas 15% dos empregados são, no momento, estáveis, compreendendo-se estes, assim mesmo, em sua maioria, nas empresas mais antigas. De um outro levantamento, em significativo grupo do estado de São Paulo, verificou-se que, dentre as empresas mais modernas, embora com tempo suficiente para ter empregados estáveis, não chega a 1% o número destes.

12. Trata-se, destarte, de um fato social, generalizado, inegável, que deve ter, portanto, um significado próprio, a merecer análise da respectiva motivação, fora de idéias preconcebidas e de colocação da questão em termos de não discutibilidade.

13. Verdadeiros como são, esses dados indicam que o instituto da estabilidade, nas atuais condições sociais e econômicas brasileiras, longe de corresponder a uma vantagem efetiva para os empregados, voltou-se contra eles, pelo menos para a grande maioria, deixando assim de preencher a finalidade inicialmente pretendia, quando de sua generalização há mais de trinta anos, para transformar-se em um obstáculo à sua própria segurança no emprego.

14. Diante de um fato social dessa natureza, não se pode deixar de concluir pela ponderabilidade dos motivos que são invocados generalizadamente, pelas empresas, para agir por esta forma, dispensando sistematicamente bons e maus empregados. Não será lícito atribuir-se a um simples capricho ou a uma egoística política de pessoal, por parte dessas empresas, esse procedimento, tendo em vista a ampliação, dia a dia, do número das que assim agem.

15. Não se diga, por outro lado, como tem sido argumentado e proposto, que o remédio adequado para esse mal seria o da drástica redução, para seis meses ou menos, do tempo da estabilidade. Tal solução viria a resultar numa inversão de posições, agravando mais o problema, pela procura de novas formas, por parte das empresas, para contornar o impedimento da dispensa, já aí com relação praticamente a todos os seus empregados.

16. Os exemplos, que são comumente citados, de empresas que mantêm numerosos empregados estáveis, representam a minoria verificada no levantamento referido.

17. Louvável de todo é a atitude dessas empresas no tocante ao tratamento altamente social dado aos seus empregados, neste como noutros campos. Para estas, entretanto, em nada importaria a nova legislação. Não seria por causa dela que iriam alterar o trato de seus problemas trabalhistas. E é esta a verdadeira forma de conquista, do empregado, da segurança no emprego: a compreensão recíproca, harmônica, de empresa e de empregado, de que um necessita fundamentalmente do outro. É a manutenção do empregado na empresa, consciente, desejada; não imposta, repelida, evitada, contornada por mil formas, dentro de evidente clima de desconfiança e de incompreensão, quando não de franca hostilidade.

18. Daí, então, torna-se necessário o afastamento dessa situação, indesejável para ambas as partes, procurando-se uma solução realística para o problema, suscitado pelo incontestável fato social em causa.

19. Essa solução é que é buscada, em um plano global, mais amplo, pelo anteprojeto. Integralmente respeitadas as situações de direito adquirido já existentes – quer no que se refere ao tempo de serviço, quer quanto à estabilidade – nele se procede a uma reformulação da matéria referente às indenizações, dando-lhe maiores garantias práticas de execução e estendendo-se as novas situações decorrentes da extinção do contrato de trabalho, estas, sim atualmente inteiramente fora de qualquer amparo.

20. Da leitura do anteprojeto ora oferecido, é fácil verificar que, ao contrário do que tem sido frequentemente propalado:

I) É mantida integralmente a “indenização pelo tempo de serviço”, sendo apenas alterada a sua forma de liquidação. Esta deixará de ser feita, como é agora, por um pagamento direto da empresa, na ocasião da dispensa, o qual poderá, ou não, ser realizado, dependendo tão frequentemente de reclamação na Justiça do Trabalho. Segundo o novo regime propósitos mensais, no valor aproximadamente coberto por um sistema de depósito, a liquidação já estará prévia de 1/12 do salário pago ao empregado, por parte da empresa, em uma conta vinculada ao nome do mesmo empregado e que poderá ser por este logo movimentada, mediante comprovação da dispensa.

II) O valor da indenização não será inferior, de modo algum, ao atual (ou seja, um mês de salário por ano de serviço), uma vez que, como assinalado, o depósito mensal corresponde a esse valor, no momento de ser feito, e sua atualização é constantemente assegurada pela correção monetária e pela capitalização de juros, garantidas as contas vinculadas, podendo mesmo superar o “quantum” correspondente às indenizações, pelo sistema vigente.

III) Longe, portanto, de suprimir a indenização, o novo sistema a mantém e lhe dá uma forma de cobertura e de liquidez, muito superiores às do atual regime, em que a liquidação é inteiramente sujeita a querer, ou não querer, a poder, ou não poder, a empresa pagar, no momento da dispensa, o que é legalmente devido ao empregado.

IV) Enquanto, pela legislação em vigor, o empregado tem direito à indenização pelo tempo de serviço unicamente no caso de “despedida injustificada” por parte da empresa, pelo novo sistema também terá direito a recebê-la:

- a) quando sair espontaneamente do emprego;
- b) quando se aposentar por tempo de serviço, por velhice ou por invalidez definitiva;
- c) mesmo quando for despedido com justa causa, deixando apenas de ter, neste caso, a correção monetária e a capitalização dos juros;
- d) pelos seus dependentes, em caso de morte;

V) Nos casos de despedida injusta, e de aposentadoria, a conta bancária vinculada fica imediatamente e livremente à disposição do empregado; o mesmo quanto a seus

dependentes no caso de morte. Atualmente na despedida injusta, depende de demorada e aleatória liquidação. Na aposentadoria e na morte nada é devido.

VI) Nos casos de despedida com justa causa e de saída espontânea (nos quais, no regime atual nada é devido ao empregado) a conta poderá ser utilizada, nos seguintes casos:

- a) para estabelecer-se por conta própria;
- b) para aquisição de moradia própria;
- c) para atender a necessidade grave e permanente, pessoal ou familiar;
- d) para aquisição de equipamento destinado a atividade de natureza autônoma;
- e) para casamento do empregado do sexo feminino.

Mesmo fora desses casos, porém, a conta bancária continua em nome do empregado e será somada integralmente aos próximos depósitos feitos pela empresa na qual vir a se empregar, garantindo, assim, a cobertura total do seu tempo de serviço anterior.

No sistema atual, o empregado perde totalmente o seu tempo de serviço anterior, nessas situações.

VII) Outrossim, ainda que vigente o contrato de trabalho, desde que complete o empregado cinco anos de serviço na mesma empresa ou em diversas empresas, poderá utilizar a conta vinculada para aquisição de moradia, por meio de financiamento, em condições especiais, pelo Banco Nacional de Habitação; ou também para atender a necessidade grave e permanente, pessoal ou familiar.

VIII) além disto, no regime atual, no caso de falência, concordata ou simples encerramento das atividades da empresa, (por exemplo: casos recentes da Panair, do grupo Jaffert, do grupo Abdala), o empregado fica sujeito à longa espera da solução judicial, que pode vir até em bases mais reduzidas se os bens da empresa não forem suficientes. No novo sistema, os depósitos vinculados garantirão desde logo o pagamento do que for devido, a partir da sua vigência.

IX) Todos os demais dispositivos legais em vigor, relacionados com o contrato de trabalho e sua rescisão, são mantidos, sem qualquer alteração, como sejam: aviso prévio, férias, 13º salário, conceitos de justa causa etc.

X) Do mesmo modo, toda e qualquer reclamação sobre a matéria, continuará a ser da competência da Justiça do trabalho, inclusive o direito pessoal do empregado de reclamar

diretamente, por intermédio da mesma Justiça, se a empresa por ventura deixar de efetuar, total ou parcialmente, os depósitos mensais em sua conta vinculada.

XI) Nada tem a ver a matéria do anteprojeto com o “seguro-desemprego”, que constitui questão diferente, e é objeto dos estudos de uma Comissão Especial criada por Lei recente.

XII) A participação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, no sistema, é meramente no sentido da fiscalização periódica da efetivação dos depósitos e da eventual cobrança compulsória dos que não se realizarem. O ônus dessa participação é bem reduzido e tão somente um acessório de sua fiscalização e das cobranças normais das contribuições por eles arrecadados. E, como ficou dito acima, sem prejuízo da atuação do Instituto, o empregado tem o direito de cobrar, ele mesmo, na Justiça do Trabalho, o que for devido, tal como atualmente ocorre.

21. A gestão do “Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”, pelo Banco Nacional da Habitação, destina-se a assegurar a rentabilidade necessária para garantir a correção monetária e a capitalização das contas vinculadas. Não interfere no direito, ou não, dos empregados, matéria a ser resolvida, quando necessário, pela Justiça do Trabalho. Além disso, os trabalhadores participarão do respectivo órgão gestor.

22. Diga-se, por outro lado, que a própria gestão do Fundo propiciará o conhecimento permanente e imediato, de quaisquer concessões setoriais ou locais, permitindo a adoção de medidas corretivas que se mostrarem adequadas. Cabe frisar, ainda que, a forma de aplicação dos recursos do Fundo possibilita a sua administração descentralizada por intermédio da rede bancária privada; somente nestas condições será possível a gestão dinâmica necessária à sua pronta aplicação, imprescindível à obtenção da correção monetária que lhe preservará o valor; e da rentabilidade capaz de, prover a satisfação dos seus encargos.

23. Em termos econômico-financeiros, a economia do país deverá ainda beneficiar-se largamente pelas aplicações no Plano Nacional da Habitação, permitindo que este disponha dos recursos na escala necessária ao atendimento da demanda habitacional existente, decorrente do aumento da população e do déficit acumulado há longo tempo. Estas, e as demais aplicações, dirigidas em consonância com o planejamento econômico, ao desenvolvimento do país, deverão, além disso, contribuir substancialmente para a criação de novos empregos, elevando-se a demanda de mão-de-obra e proporcionando-se, assim, aumento da real estabilidade dos empregados.

24. Pelo que ficou exposto é fácil verificar como o novo sistema trará, de imediato, consideráveis e efetivas vantagens à grande maioria dos empregado que, até agora, não atingiram a estabilidade e tem cada vez menos possibilidades de consegui-la, ou seja, 85% do total, consoante os reais levantamentos feitos, já atrás mencionados.

25. Quanto aos já estáveis (15% do total), terão assegurado, tranquilamente, seu direito adquirido, tal como agora vigente, sem qualquer alteração. Se o preferirem, porém, sopesando o maior número de vantagens do novo sistema, poderão por ele optar.

26. Tudo estará, portanto, realisticamente, em ponderar se será melhor continuar aquela grande maioria de trabalhadores, sem o conjunto das novas vantagens propostas, na esperança de uma futura estabilidade no mesmo emprego, à qual se torna cada vez mais improvável chegar algum dia, conforme a realidade quotidiana, o fato social incontestado, estão demonstrando.

27. Cumpre acentuar que o anteprojeto não representará, para as empresas, um ônus excessivo, uma vez que certas contribuições que se tornaram desnecessárias ou prescindíveis pela adoção do novo sistema, são extintas consoante o disposto nos artigos 22 e 23 do anteprojeto.

28. Por outro lado, atendendo a algumas reivindicações dos trabalhadores e que realmente se coadunam com a plena obtenção dos objetivos visados pelo anteprojeto, foram incluídas disposições específicas, a saber:

I) A que assegura a permanência no emprego ao empregado sindicalizado, a partir do momento da sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical, até o final de seu mandato, caso seja eleito. Esta chamada “estabilidade provisória” já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e torna-se realmente indispensável para assegurar o tranqüilo exercício dos mandatos sindicais.

II) A que estende a garantia do tempo de serviço a esses empregados, durante o exercício de seu mandato de direção ou representação sindical, cabendo ao Sindicato a que pertençam efetuar depósito mensal de 8% sobre a remuneração. Até agora o empregado investido em funções de dirigente sindical, com a contagem de seu tempo de serviço suspensa, ficava ao completo desamparo, temendo até mesmo voltar ao emprego, em virtude do risco de ser despedido com uma indenização irrisória.

III) A que visa a mais solidamente garantir a permanência do empregado durante o primeiro ano de serviço na empresa. Com efeito, o empregado que optar pelo novo regime

fica desde logo protegido, já que a indenização que por ventura lhe seja devida é depositada mês a mês, por seu empregador. Pode ocorrer, entretanto, que alguns empregados deixem de exercer a opção. Buscando protegê-los contra a quase inevitável despedida aos dez meses de serviço como vem ocorrendo principalmente com relação à mão-de-obra não qualificada, o anteprojeto prevê que os depósitos feitos em nome de empregados não optantes, caso sejam eles despedidos durante o primeiro ano de serviço, reverterão para o próprio empregado ou para o FGTS, conforme a existência, ou não de justa causa na despedida.

Desaparecerá, assim, a alta rotatividade de mão-de-obra não qualificada, tão indesejada sob todos os pontos vista.

IV) A que assegura ao empregado, optante ou não, que for dispensado sem justa causa, ou que atingir o término de contrato a prazo determinado, antes de completar um ano de serviço, o pagamento de férias proporcionais na forma atualmente prevista pela Consolidação das Leis do Trabalho. Esta forma, combinada com o sistema de depósitos do anteprojeto servirá para desestimular as dispensas numerosas, presentemente verificadas, de trabalhadores, para evitar que completem o primeiro ano de serviço.

29. As bases econômico-financeiras do anteprojeto estão solidamente estabelecidas, consoante os estudos atuariais em anexo.

30. Face ao exposto, Senhor Presidente, estamos convencidos da conveniência e oportunidade do anteprojeto, cuja elaboração visou, unicamente, a atender ao interesse comum dos trabalhadores, das empresas e do desenvolvimento nacional.

Prevalecemo-nos da oportunidade para reiterar a Vossa Excelência os protestos do mais profundo respeito. – Walter Perdcchi Barcelos, Ministro do Trabalho e Previdência Social – Roberto de Oliveira Campos, Ministro Extraordinário Para o Planejamento e Coordenação Econômica”.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)